

Lei e Política de Concorrência no Brasil



Uma revisão pelos pares



2005





INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
Sustainable Development
Department
Multilateral Investment Fund

Special Office in
Europe



ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Competition Division

Lei e Política de Concorrência no Brasil

UMA REVISÃO PELOS PARES

**O texto inglês é a versão original, português que é
uma tradução unofficial somente.**

PREFÁCIO

O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) cooperam em temas de direito e política de concorrência com vistas a promover o crescimento econômico, o emprego, a eficiência econômica e a elevação do padrão médio de vida no médio e longo prazo. Há um consenso crescente de que leis e políticas de concorrência efetivas são essenciais para que esses objetivos sejam alcançados.

A “revisão entre pares” é um aspecto central do trabalho da OECD. Os mecanismos de revisão entre pares variam, mas estão sempre baseados na expectativa de que todos os países da OCDE e seus parceiros submetam suas leis e políticas de concorrência a um questionamento substantivo por parte de outros membros. Este processo proporciona valiosos *insights* para a parte revisada, além de promover a transparência e o entendimento recíproco no benefício de todos.

Os benefícios desse processo são especialmente visíveis no que tange à lei e à política de concorrência. Como resultado das atividades do Comitê de Concorrência, países da OECD que em algum momento enfrentaram conflitos reais em matéria de concorrência tornaram-se parceiros buscando combater os deletérios efeitos de cartéis internacionais. O Comitê também tornou-se um importante foro para discutir e demonstrar a utilidade de aplicar princípios de política de concorrência a sistemas econômicos e regulatórios. A atividade principal da cooperação BID/OECD no tocante à política de concorrência consiste nos encontros anuais do Foro Latino Americano de Concorrência (FLAC). As reuniões do FLAC incluem mesas redondas com discussões de temas substantivos, além de revisões entre pares de leis e instituições nacionais de concorrência. No mecanismo de revisões entre pares, já foram examinados o Chile, o Peru e, agora, o Brasil. O BID considera importante participar e financiar este trabalho, dentro do esforço de promover um ambiente melhor para atrair investimentos nos países da América Latina e Caribe.

Desejamos agradecer ao Governo Brasileiro por ter se voluntariado para ser examinado por seus pares no terceiro FLAC, realizado em Madrid, em 19-20 de julho de 2005. Foi estimulante ouvir da delegação do Brasil, durante a reunião, que as recomendações do relatório foram úteis, bem como saber das demais delegações

que a revisão os auxiliou a melhor compreender a lei e a política de concorrência brasileiras. Por fim, desejamos agradecer ao Sr. Jay Shaffer, o autor do relatório, e aos diversos representantes de autoridades de concorrência cujas contribuições orais e escritas foram tão importantes para o sucesso do Foro.

Bernard J. Phillips
Chefe
Divisão de Concorrência, OECD

Ricardo Santiago
Representante de BID em Europa

ÍNDICE

RESUMO	7
1. POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL: PREMISSAS E CONTEXTO	13
2. QUESTÕES SUBSTANCIAIS: CONTEÚDO E APLICAÇÃO DA LEI DE CONCORRÊNCIA	17
2.1 Conduta.....	17
2.2 Atos de Concentração	27
2.3 Concorrência desleal e defesa do consumidor	43
3. QUESTÕES INSTITUCIONAIS: ESTRUTURAS E PRÁTICA DE APLICAÇÃO DA LEI	47
3.1 Instituições de política de concorrência.....	47
3.2 Aplicação da lei de concorrência	52
3.3 Outros métodos de aplicação da lei	72
3.4 Aspectos internacionais da aplicação da lei.....	74
3.5 Recursos do órgão, ações e prioridades.	78
4. LIMITES DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA: ISENÇÕES E REGIMES REGULATÓRIOS ESPECIAIS	87
5. ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA	97
6. CONCLUSÕES E OPÇÕES POLÍTICAS	107
6.1 Pontos fortes e fracos atualmente	107
6.2 Recomendações	109
 Boxes	
Caixa 1. Cartel de linhas aéreas Rio – São Paulo	22
Caixa 2. Microsoft	24
Caixa 3. Nestlé-Garoto	34

Caixa 4.	Procedimentos de Avaliação de Atos de Concentração: Alterações Propostas	42
Caixa 5.	Três Instituições Legais que Afetam o Cumprimento da Lei de Concorrência: o Ministério Público, o Procurador-Geral e o Ministério da Justiça	48
Caixa 6.	Questões Institucionais: Propostas de Alteração da Lei.....	50
Caixa 7.	Busca e Apreensão no Setor de Pedra Britada	54
Caixa 8.	Procedimentos em Caso de Conduta: Alterações Propostas	60
Caixa 9:	Multas: Propostas de Alteração.....	64
Caixa 10.	Revisão judicial no Brasil	67
Caixa 11.	Procedimentos de Advocacia da Concorrência: Emendas Propostas.....	98

RESUMO

Este relatório avalia o desenvolvimento e aplicação, durante os últimos cinco anos, da lei e política de concorrência no Brasil. Ele segue uma análise anterior da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), preparada em 2000, que revisava as atividades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) desde a promulgação, em 1994, da atual lei de defesa da concorrência do Brasil. O SBDC é formado por três órgãos: (1) o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, um órgão autônomo que tem autoridade de julgar e decidir nos casos examinados pelo SBDC; (2) a SDE, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que tem o principal papel de investigação; e (3) a SEAE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, que também tem autoridade investigativa, mas é responsável primariamente pelo fornecimento de análises econômicas para os registros do SBDC.

O Relatório anterior concluiu que, embora se tenha feito um grande esforço no desenvolvimento da economia de mercado totalmente funcional, ainda restava muito a se fazer. O Relatório recomendava que as agências do SBDC reduzissem o esforço despendido na apreciação de concentrações inócuas em termos de concorrência e concentrassem mais atenção e recursos em outras áreas, incluindo o combate a cartéis e condutas anticoncorrenciais de firmas recém-privatizadas em indústrias de rede, bem como a análise de restrições à concorrência impostas pelos governos municipais e estaduais. Foram feitas sugestões de alterações à lei para introduzir mecanismos que garantissem a aplicação mais eficaz da lei, incluindo a outorga de competência ao SBDC para realizar operações de busca e apreensão em sedes de empresas e para celebrar acordos de leniência. Também se sugeriram certas mudanças na lei referentes aos critérios de notificação de atos de concentração, bem como a clara definição da data a partir da qual a notificação é devida. O Relatório de 2000 também identificou três características institucionais importantes que precisavam ser revistas: (1) o envolvimento de três órgãos distintos na defesa da concorrência, resultando na duplicação de esforços e outras ineficiências; (2) o curto mandato de dois anos dos conselheiros do CADE, resultando em rápidas mudanças de equipe e possível entrave da autonomia do órgão; e (3) a ausência de uma equipe profissional permanente no CADE, resultando na falta de memória institucional.

Apesar das sérias deficiências, o SBDC realizou progressos substanciais durante os últimos cinco anos, implementando uma sólida política de concorrência no Brasil. Especialmente desde 2003, o SBDC lidou com a maioria dos problemas críticos dentro dos limites de seus poderes. A maioria das recomendações do Relatório de 2000 que poderiam ser incorporadas o foram, incluindo em particular aquelas relacionadas com o aumento de eficiência na análise de atos de concentração e alocação de recursos para o combate a cartéis. Muitas outras melhoras foram feitas em campos não abordados pelo Relatório de 2000, como a eliminação de estoque de casos antigos, o estabelecimento de um programa de certificação de cumprimento e observância da lei antitruste, também conhecidos como

programas de *compliance*, a introdução de mecanismos para impedir a consumação de operações potencialmente anticoncorrenciais até à decisão final pelo CADE e para adotar medidas preventivas em investigações de condutas anticoncorrenciais, e o aumento da capacidade dos órgãos de realizar complexas análises econômicas. O CADE desenvolveu melhores técnicas para proteger os interesses da política de concorrência nos processos de revisão judicial. O SBDC teve diversas vitórias na área de advocacia da concorrência, contra programas e propostas de regulação anticoncorrencial, e expandiu vigorosamente sua interação com as autoridades antitruste estrangeiras. Todos os três órgãos participaram do importante esforço de aumentar o conhecimento de promotores e membros do judiciário da lei de concorrência, e se engajaram ativamente na promoção do desenvolvimento de uma cultura de concorrência no Brasil.

O SBDC, por outro lado, não seguiu outras recomendações do Relatório de 2000. Nesse sentido, o CADE dedicou pouca atenção à abordagem das práticas anticoncorrenciais municipais e estaduais, tanto a aplicação da lei antitruste como as atividades de advocacia da concorrência em alguns setores tiveram muito pouca visibilidade, e o CADE não definiu com clareza o momento inicial para a contagem do prazo para a notificação dos atos de concentração. Outras áreas nas quais melhoras poderiam ter sido feitas referem-se à transparência nas decisões e diretrizes do CADE e sua abordagem quanto às ações judiciais de indenização por danos antitruste. Não obstante, as áreas em que o SBDC merece reconhecimento excedem substancialmente, tanto em número como em importância, aquelas em que seu desempenho foi de alguma forma deficiente.

No aspecto legislativo, a lei de concorrência foi modificada ao final de 2000, concedendo aos órgãos competência para conduzirem inspeções e operações de busca e apreensão nas sedes e escritórios das empresas e estabeleceu um programa de leniência. Recentemente os órgãos do SBDC concluíram a elaboração de uma proposta conjunta para a reforma da lei que introduzirá uma nova estrutura institucional e fará muitas outras mudanças significativas à lei de concorrência.

Pontos altos do SBDC incluem o forte empenho institucional para atingir altos padrões de integridade, autonomia, a adoção de uma política de concorrência consistente e procedimentos justos, um excelente quadro de liderança e uma iniciativa privada que o apóia. Pontos fracos incluem uma estrutura institucional pouco eficiente e uma equipe que não é suficiente em tamanho nem é remunerada adequadamente para reter funcionários qualificados durante muito tempo. As conseqüências incluem memória institucional fraca, ineficiência e demora. Também há problemas relacionados aos critérios legais de notificação de atos de concentração, bem como à implementação do programa de leniência que interferem na aplicação efetiva da lei. A falta de familiaridade do poder judiciário com a lei de defesa da concorrência é outra dificuldade.

Este Relatório faz recomendações destinadas a aperfeiçoar o regime legal e a política de concorrência. Algumas das propostas recomendam que sejam tomadas medidas por outros órgãos do governo além dos três que compõem o SBDC, enquanto outras envolvem mudanças que o CADE pode implementar.

Na primeira categoria, o relatório recomenda que o Brasil:

Consolide as funções de investigação, promotoria e julgamento do SBDC em um único órgão autônomo.

Proteja a autonomia do “novo CADE” aumentando os mandatos dos conselheiros, do Diretor Geral e de outros funcionários *senior* para no mínimo quatro anos (de preferência cinco) e fazendo com que os mandatos dos conselheiros não coincidam.

Nas indicações para os cargos, deve ser concedida importância aos conhecimentos técnicos especializados em economia e legislação de concorrência.

Fixe o quorum do plenário em quatro, em vez de cinco, sempre que o número de conselheiros disponíveis para votar em um caso seja reduzido a quatro devido a ausências ou impedimentos.

Adote legislação criando cargos de carreira no CADE e forneça recursos adequados para contratar e manter um número suficiente de funcionários profissionalmente qualificados.

Considere a exequibilidade econômica de se estabelecerem escritórios regionais do CADE.

Revise o Projeto de Lei que propõe alterações à Lei de Concorrência para se eliminar a alocação das multas aplicadas pela lei da concorrência ao CADE e à SEAE.

Modifique o critério de notificação e análise de atos de concentração para

- Adotar um critério explícito para a apreciação do impacto concorrencial das operações.
- Estabelecer a análise prévia (pré-notificação) das operações de concentração.
- Eliminar o atual critério de notificação baseado na participação de mercado e adotar critérios baseados no faturamento doméstico tanto da maior quanto da menor empresa parte da operação.
- Eliminar a exigência de notificação de operações que não sejam de fusão.
- Acelerar a análise e aprovação de operações que não resultem em impactos anticoncorrenciais no mercado.
- Estabelecer um prazo final para que o CADE determine se veta ou não um ato de concentração.
- Estabelecer procedimentos formais de acordos entre as partes e autoridades antitruste para a definição de remédios que viabilizem a aprovação de atos de concentração.

Modifique o programa de leniência para

- Impedir que participantes do programa de leniência sejam processados com base em outras leis criminais que não a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica.
- Reduzir a exposição de participantes do programa de leniência a indenizações por danos civis.

Adotar regulamentos assegurando que as provas incriminatórias fornecidas por candidatos à participação no programa de leniência não serão utilizadas contra eles se não forem considerados aptos para assinatura do acordo.

Considere designar juizes de primeira instância e tribunais de apelação especializados para resolver casos relativos à lei da concorrência.

Limite a aplicação da Lei de Crimes contra a Ordem Econômica a violações de cartel.

Considere limitar os processos civis para danos antitruste às partes e conduta que tenham sido objeto de condenação pelo CADE.

Incluir dispositivos na lei das agências reguladoras estabelecendo procedimentos-padrão para a participação da SEAE nos processos das agências para promulgar normas e regulamentos.

Adote o Projeto de Lei em discussão no Congresso que disciplina a aplicação da lei de concorrência no setor bancário.

Na segunda categoria de propostas, o Relatório recomenda que o CADE:

Aborde restrições anticoncorrenciais praticadas por governos municipais e estaduais.

Exerça o papel de advogado da concorrência em relação à legislação federal e programas em setores regulados.

Atualize o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal de 2001.

Assegure que as decisões dos casos permitam ao público avaliar a consistência, previsibilidade e justiça nas aplicações da lei de concorrência.

Permita a conclusão de casos a partir da assinatura de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) mesmo naqueles em que o representado admita haver incorrido em conduta anticoncorrencial.

Trate ações civis contra danos antitruste como oportunidades para exercer a advocacia da concorrência e divulgar informações sobre o impacto na concorrência de tal litígio.

Continue os programas existentes para

- concentrar os esforços de aplicação da lei no combate aos cartéis
- desenvolver acordos de cooperação, para o cumprimento da lei, com as agências reguladoras do setor e investigar as condutas anticoncorrencias das empresas que exercem actividade nos setores regulamentados
- estabelecer acordo com o Ministério Público respeitando o papel dos membros designados ao CADE pelo Ministério Público de acordo com o Artigo 12 da Lei nº. 8.884
- promover entendimento e apreciação da lei de concorrência entre (1) promotores públicos, para facilitar a cooperação de promotores na operação do programa de leniência e desencorajar aplicações anticoncorrencias de leis criminais econômicas, e (2) membros do judiciário, para melhorar a qualidade das análises aplicadas pelos tribunais nos casos que levantam questões de concorrência
- aumentar o reconhecimento e aceitação dos princípios de concorrência na sociedade em geral, como defensor do desenvolvimento de uma cultura de concorrência no Brasil

1. POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL: PREMISSAS E CONTEXTO

Este relatório avalia o desenvolvimento e a aplicação da lei e da política de concorrência no Brasil desde 2000. Ele segue uma análise anterior da OCDE intitulada “Política de Concorrência e Reforma Regulatória no Brasil: Um Relatório do Progresso”, (doravante referido como “Relatório de 2000”)¹. A avaliação começa com uma breve descrição do cenário da política de concorrência no Brasil e o contexto em que ela atualmente opera.

As políticas econômicas do Brasil após a Segunda Guerra Mundial baseavam-se na intervenção governamental permeada nas operações de mercado. O Estado controlava preços em muitos setores, e a maioria das grandes corporações industriais, de transporte e financeiras do País ou eram empresas públicas ou monopólios privados sancionados publicamente. Uma lei de concorrência (Lei nº. 4.137) promulgada em 1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mas o Conselho tinha impacto econômico marginal, pois sua autoridade se estendia apenas a companhias privadas. Em 1988, coincidente com uma série de significativas mudanças econômicas no Brasil, uma nova constituição estabeleceu a concorrência como característica-chave da ordem econômica. Um programa de privatização foi lançado, barreiras ao comércio internacional foram reduzidas e o CADE tornou-se mais ativo.

A era moderna da política de concorrência no Brasil começou em 1994. Em resposta a um período de hiperinflação, o Plano Real foi implementado nesse ano. Suas principais características eram a introdução de políticas fiscais e de crédito estritas e uma nova moeda (o Real), fixado no dólar americano². Como parte das reformas de 1994, uma nova lei de concorrência (Lei nº. 8.884) foi promulgada na expectativa de que pudesse ser empregada para lidar com preços inflacionados. A nova lei também introduziu controle de concentrações e fez importantes mudanças institucionais. O CADE foi re-configurado como um órgão independente, e certos aspectos da competência para aplicar a lei foram atribuídos a outros dois órgãos: a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda (SEAE). Conjuntamente, os três órgãos compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Nos anos seguintes, o ritmo da privatização aumentou; o órgão governamental responsável pela administração geral de preços foi abolida e foram criadas agências regulatórias independentes para telecomunicações, petróleo e gás natural e eletricidade.

O Relatório de 2000 (p. 184) observou que, até 2000, a privatização foi essencialmente completa nos setores de telecomunicações, aviação civil e transporte urbano, mas apenas parcial em relação aos setores de eletricidade, petróleo e gás, ferroviário, portuário e bancário. De 2000 a 2002, outros projetos de privatização foram realizados tanto no âmbito estadual quanto no federal. Medidas significativas nesse período incluem a venda pública de ações da Petrobrás por US\$ 4 bilhões; a venda de 60% do Banco Estadual de São Paulo (Banespa) ao Banco Santander por US\$ 3,7 bilhões; e a venda da Companhia Vale do Rio Doce por US\$ 1,9 bilhões. Outras privatizações envolveram os bancos estaduais do Paraná, Goiás, Paraíba e Amazonas; as empresas estaduais de distribuição de energia elétrica de Pernambuco, Maranhão e Paraíba; e a empresa estadual de águas e esgotos de Manaus.

Não ocorreram outras privatizações no Brasil desde 2002. Até 2004, o governo federal listou 128 empresas públicas ainda sob propriedade do governo, incluindo o controle da Petrobrás. Outros setores nos quais operam empresas do governo incluem geração elétrica (e energia nuclear), terminais aeroportuários e serviços portuários, bancos, serviços de saúde e sistemas de esgoto. A propriedade pelo Estado de algumas empresas reflete uma decisão de política de que o controle governamental é apropriado para se atingir objetivos estratégicos ou para contrabalançar falhas do mercado, ou porque as empresas envolvidas prestam serviços públicos. Planos para futuras privatizações voltam-se para concessões para operação de frete ferroviário e rodovias com pedágio.

Desde 1994, foram promulgadas duas emendas legislativas significativas que afetam a lei de concorrência. Em janeiro de 1999, foi instituída uma taxa processual para análise de atos de concentração, cujos recolhimentos eram repassados ao CADE (Lei nº. 9.781). Em dezembro de 2000, posteriormente ao Relatório de 2000, a Lei nº. 10.149 acrescentou importantes poderes de investigação, tornou mais transparentes os procedimentos para serviços processuais em entidades estrangeiras, estabeleceu um programa de leniência, aumentou a taxa processual para ato de concentração e dispôs divisão igualitária da taxa entre os três órgãos de defesa da concorrência.

Atualmente, três propostas legislativas elaboradas para remodelar o sistema de lei de concorrência no Brasil estão pendentes. A primeira é uma revisão abrangente da Lei nº. 8.884 que: combinaria a SDE com o CADE; acrescentaria novos elementos institucionais à estrutura do CADE; redefiniria o papel da SEAE no

sistema de concorrência; instituiria um sistema de notificação pré-concentração; alteraria os atuais parâmetros de instauração para relato de ato de concentração; e faria outras mudanças nos provimentos substanciais e remediais da lei, incluindo limites aplicáveis a multas impostas por conduta ilegal³. A segunda proposta é um projeto de lei abrangente cujo propósito é revisar e padronizar os procedimentos processuais aplicáveis às agências reguladoras, incluindo vários dispositivos que afetam a relação entre os reguladores setoriais e o regime de concorrência⁴. O terceiro projeto de lei resolveria um conflito entre os órgãos de defesa da concorrência e a autoridade regulatória do sistema financeiro em relação à jurisdição de concentrações no setor bancário⁵. Estas três propostas legislativas são discutidas mais detalhadamente nos pontos relevantes neste relatório.

2. QUESTÕES SUBSTANCIAIS: CONTEÚDO E APLICAÇÃO DA LEI DE CONCORRÊNCIA

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece uma base explícita para a política de concorrência. O Artigo 173, § 4º dispõe 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.” De forma mais geral, o Artigo 170 contempla que a “ordem econômica” do Brasil deve ser “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e deve operar observando certos princípios, incluindo “livre concorrência”, “função social da propriedade”, “defesa do consumidor” e “propriedade privada”. Alinhado com esses provimentos, o Artigo 1º da Lei nº. 8.884 declara que a finalidade do estatuto “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”⁶.

Os provimentos substanciais da lei de concorrência do Brasil aparecem nos Artigos 20, 21 e 54. Diferentemente das leis de muitos países, que proíbem separadamente acordos anticoncorrenciais e conduta abusiva de empresas, os Artigos 20 e 21 tratam de todo tipo de conduta anticoncorrencial, além de concentrações, enquanto concentrações, aquisições e transações similares são abordadas no Artigo 54. Esta discussão segue o padrão legal dividindo a análise das proibições da lei em duas partes, condutas e concentrações.

2.1 Conduta

O Artigo 20 dispõe em linguagem geral que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante”. O Artigo especifica que a violação de “domínio de mercado” descrita no inciso II não inclui o domínio atingido por meio de “eficiência de concorrência”. O parágrafo conclusivo dispõe que a posição dominante de mercado é “presumida”

quando uma empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante, e investe o CADE de competência para alterar este percentual presumido para setores específicos da economia.

O Artigo 21 contém uma lista extensiva mas não-exclusiva de atos que são considerados ilegais se produzirem os efeitos enumerados no Artigo 20. As práticas listadas incluem vários tipos de acordos verticais e horizontais e abusos unilaterais de poder de mercado⁷. Com relação a acordos horizontais, a lista cobre conluio entre concorrentes, incluindo acordos para fixar preços ou condições de venda, dividir mercados, manipular a oferta e limitar pesquisa e desenvolvimento. Os acordos verticais listados incluem imposições sobre preço de revenda e outras restrições que afetam as vendas a terceiros (incluindo limites para volume de vendas e margens de lucro), assim como discriminação e subordinação de preços. Em relação à conduta unilateral, a lista especifica várias ações para excluir ou colocar em desvantagem novas empresas rivais ou empresas rivais já existentes, incluindo recusas em manter relações comerciais e limitações ao acesso às fontes de insumo ou aos canais de distribuição. Outras práticas unilaterais citadas no Artigo 21 são ações para impor condições e termos contratuais não-razoáveis, “impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual”, “vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo”, descontinuar a produção ou outras atividades comerciais sem justa causa, “utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros”⁸, açambarcar ou destruir matérias-primas e produtos intermediários ou acabados (incluindo produtos agrícolas), “exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa”, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados à produção ou à distribuição, impor “preços abusivos” ou “aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço”⁹.

O Relatório de 2000 observou duas peculiaridades sobre a lista de condutas anticoncorrenciais no Artigo 21. Primeiro, a formulação foi caracterizada como “de certa forma pouco ortodoxa” (p. 197) porque não distingue expressamente entre atividades relevantes à proibição da lei a acordos restritivos e aquelas relevantes ao abuso de posição dominante. Segundo, e mais significativo, o Relatório observou que algumas das práticas enumeradas ou são fraseadas ambigualmente, ou não consideradas tradicionalmente como anticoncorrenciais (por exemplo, “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”; “reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção”; ou “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia”). O Relatório acrescentou que embora tais dispositivos tenham criado o potencial para aplicações errôneas, o CADE emitiu esclarecedoras diretrizes de reforço sobre os Artigos 20 e 21 que parecia “colocar a análise de concorrência no CADE no centro da atividade” de análise de infração contra a ordem econômica (pp. 197-198).

As diretrizes para os Artigos 20 e 21 foram emitidas em 1999 em anexo à Resolução 20 do CADE. Esta Resolução estabelece procedimentos aplicáveis à apresentação de um caso proposto ao Conselho pelo Conselheiro-Relator designado, e dispõe que o conselheiro “verificará se o processo está devidamente instruído” tendo em vista as diretrizes¹⁰. Os Anexos à Resolução estabelecem um esquema padrão de análise para práticas restritivas. O Anexo I contém definições de práticas anticoncorrenciais, que foram classificadas nas categorias horizontal e vertical. As práticas horizontais são definidas como as que constituem uma “tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios”. O Anexo lista quatro categorias exemplificando tais práticas: (1) cartel, que envolve acordos entre concorrentes controlando uma parte substancial do mercado relevante “em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”; (2) outros acordos horizontais, que envolvam “apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca de maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica”; (3) práticas ilícitas de associações profissionais, que envolva “quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços”; e (4) preços predatórios, que envolvem preços “abaixo do custo variável médio”, visando a eliminar concorrentes, em condições de mercado que permitiriam que os custos da prática predatória fossem recuperados por meio de seguidos aumentos de preço.¹¹

Práticas restritivas verticais são definidas no Anexo I como “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’).” Seis exemplos dão dados: (1) fixação de preços de revenda, (2) restrições territoriais e de base de clientes impostas numa cadeia de distribuição, (3) acordos de exclusividade, (4) recusas de negociação, (5) venda casada e (6) discriminação de preços. O Anexo observa que as restrições verticais podem causar efeitos anticoncorrenciais tanto no mercado de origem quanto no mercado-alvo, excluindo rivais ou facilitando conluio a “montante” ou a “jusante”.

De acordo com o Anexo I, uma descoberta de ilegalidade tanto de restrições horizontais quanto de restrições verticais envolve estabelecer “a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem, assim como um efeito numa participação substancial do mercado que seja o alvo de tais práticas...”. O Anexo II elabora estes temas esquematizando os “critérios básicos na análise de

práticas restritivas” e descrevendo os passos específicos a serem seguidos. Eles incluem:

1. identificar a prática em questão e assegurar que existe evidência adequada para se concluir que a prática foi implementada;
2. determinar a existência de posição dominante, que envolve (a) definir o mercado relevante tanto na dimensão do produto quanto na dimensão geográfica, considerando a substituição do produto ou serviço real ou potencial pelos consumidores; (b) determinar o grau de participações de mercado e de concentração, usando o índice de participação percentual (Ci) ou o Herfindahl Hirschman (HHI) ou ambos; e (c) analisar as barreiras à entrada; e
3. pesar as eficiências econômicas prováveis de serem resultado da prática contra danos anticoncorrenciais reais ou futuros.

Ao fazer avaliações de poder de mercado, o CADE sempre realiza uma análise específica de caso, e não faz uso da cláusula de 20% de controle de mercado prevista no Artigo 20 nem exerce seus poderes de alterar esta percentagem para um mercado específico. Na prática, presume-se que uma concentração de menos de 20% de participação reflete a ausência de poder de mercado. Em relação a cartéis, embora o guia não estabeleça uma regra *per se*, fica implícito que cartéis serão rigidamente investigados na observação de que acordos que não configuram cartel implicam menos efeitos anticoncorrenciais e mais benefícios pró-concorrência, portanto necessitam de uma aplicação mais sensata da regra da razão. Na verdade, nos casos de cartel, o CADE presume que os efeitos anticoncorrenciais existem uma vez que é demonstrada a existência de poder de mercado¹².

A lei de concorrência e o guia do CADE não dão qualquer tratamento especial para pequenas empresas, embora o Artigo 170 da Constituição especifique que um princípio guiando a ordem econômica será a observância do “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Pelo fato do CADE não aplicar análises *per se*, entretanto, até contratos horizontais entre pequenas empresas raramente implicarão poder necessário de mercado para entrar em conflito com a lei.

A prática analítica de se dividir as condutas anticoncorrenciais em cinco categorias (acordos horizontais *per se* e não *per se*, acordos verticais *per se* e não *per se* e conduta unilateral envolvendo monopólio ou abuso de posição dominante) não é empregada no Brasil. Como observado, a distinção *per se*/não *per se* não aparece porque o CADE requer que haja poder de mercado para que haja infração.

Além do mais, acordos verticais são efetivamente eliminados como classe porque o CADE não faz distinção (como na lei antitruste americana) entre o grau ordinário de poder de mercado necessário para enquadrar violações verticais envolvendo empresas não-dominantes, e o aumento de poder necessário para enquadrar um abuso monopolista. Assim, o CADE declara não ter julgado casos “verticais” desse tipo desde 2000, porque todas as práticas verticais com que lidou desde então foram tratadas em casos de abuso de posição dominante. A seguinte discussão das atividades antitruste que envolvem infrações nos termos da Lei nº. 8.884 é, portanto, dividida em seções sobre acordos horizontais e abuso de posição dominante. Mostram-se abaixo o número e a disposição dos casos de conduta concluídos pelo CADE de 2000 a 2004.

Tabela 1. Decisões do CADE em Casos de Conduta em 2002-2004

Ano	Casos decididos	Sem violação	Violação		
			Horizontal	Abuso de posição dominante	Total
2000	39	26	2	11	13
2001	34	18	16	0	16
2002	34	22	11	1	12
2003	23	13	9	1	10
2004	42	24	16	2	18
Total	172	103	54	15	69

Fonte: SBDC, 2005

2.1.1 Acordos horizontais

O Relatório de 2000 observou (pp. 192-93) que embora o CADE tivesse até aquele ponto considerado poucos casos envolvendo atividade tradicional de cartel, todos os três órgãos estavam dando nova ênfase nesse assunto¹³. Em 1999, o CADE julgou o primeiro caso de cartel nos termos da Lei nº. 8.884. O Conselho encontrou evidências circunstanciais suficientes para concluir que as siderúrgicas haviam entrado em um acordo de fixação de preços. As siderúrgicas requereram uma revisão da decisão do CADE e das multas aplicadas, que o CADE determinou o mínimo legal de 1% do faturamento bruto das empresas no ano anterior. Posteriormente ao Relatório anterior, o tribunal de primeira instância emitiu sentença favorável ao CADE. Entretanto, as siderúrgicas apelaram desta decisão novamente, que se encontra atualmente pendente.

Em uma série de casos de cartel começada em 2002, o CADE confirmou acusações de fixação de preços contra associações de revendedores de combustível

em Florianópolis, Goiânia, Belo Horizonte e Recife, entre outras cidades. Nestes casos, as multas eram aplicadas sobre os dirigentes das associações e dos donos das revendedoras individualmente, assim como sobre as próprias associações. A utilização de listas de preços por associações médicas também mereceu atenção, em casos decididos contra grupos como anesthesiologistas em Goiás, médicos no Piauí e urologistas no Ceará¹⁴. Em março de 2005, o CADE concluiu um caso contra os quatro maiores jornais do Rio de Janeiro por aumentarem simultaneamente seus preços em 20%. No dia do aumento de preço, todos os quatro jornais publicaram notas editoriais idênticas, que visavam justificar os aumentos e se referiam à associação comercial dos jornais como o agente organizador. O CADE multou cada jornal em 1% do faturamento anual de cada um. Um caso de fixação de preços decidido em 2004 envolveu distribuidoras de gás liquefeito (GLP) na cidade de São Sebastião, no Distrito Federal. O CADE multou as distribuidoras participantes em 15% da renda anual de cada uma e acrescentou uma multa contra o proprietário de cada empresa equivalente a 10% da multa da empresa. Outro caso em 2004 condenou um cartel de companhias aéreas, como descrito na caixa abaixo.

Caixa 1. Cartel de linhas aéreas Rio – São Paulo

Em agosto de 1999, vários jornais denunciaram que cinco dias após o encontro dos presidentes das quatro maiores linhas aéreas do Brasil, os preços das passagens do trecho de alto trânsito Rio – São Paulo aumentaram simultaneamente em 10%. A investigação da SEAE concluiu que a mudança de preço não foi meramente um caso de paralelismo consciente. Além do encontro dos executivos das empresas, provas revelaram que dados tarifários foram trocados entre as companhias por meio de publicações no Sistema ATPCO, o sistema de dados tarifários de linhas aéreas mantido pela *Airline Tariff Publishing Company*. Uma companhia poderia inserir uma notificação de mudança de tarifa para que, por um período inicial de três dias, a mudança pudesse ser vista apenas pelas outras companhias aéreas, e não pelos consumidores ou pelas agências de viagem. A empresa que tivesse notificado a mudança poderia então voltar atrás caso os concorrentes não a acompanhassem. Esta característica do Sistema ATPCO havia sido atacada anteriormente pelo Departamento de Justiça dos EUA, mas as modificações no sistema decorrentes deste caso foram implementados somente nos Estados Unidos.

Em setembro de 2004, o CADE determinou que as quatro companhias haviam entrado em conluio para aumentar as tarifas. Cada empresa foi multada em 1% de seu faturamento proveniente da rota afetada em 1999 e foi proibida de fixar tarifas e de publicar previamente ajustes de tarifas¹⁵.

O SBDC também enfrentou acordos horizontais além de fixações de preços, incluindo cláusulas horizontais de exclusividade impostas pelas Unimed. As Unimed, encontradas na maioria das cidades do Brasil, são associações cooperativas de médicos que tradicionalmente impediram seus médicos associados

de serem contratados por outros planos de saúde. A já tradicional política antitruste do CADE é atacar tais cláusulas onde a participação local de mercado de médicos da Unimed é alta. As decisões do CADE contra as Unimeds desde o último Relatório envolveram associações nas cidades de São Paulo, Araguari, Uberlândia e Macapá. Em um caso de 2002, contra uma Unimed no Estado do Rio Grande do Sul, o CADE concluiu que as multas impostas nos casos anteriores não foram efetivas para dissuadir a imposição de cláusulas de exclusividade. O CADE então impôs uma multa de aproximadamente US\$75.000, mais que o dobro das multas anteriores¹⁶.

Em outra ação que envolvia um acordo horizontal, embora decorrente do contexto de um caso de ato de concentração, o CADE, em março de 2005, determinou o término de um arranjo em que a TAM e a Varig, as duas maiores linhas aéreas do Brasil, compartilhavam assentos nos aviões de cada uma. O CADE havia aprovado o arranjo em março de 2003 como passo inicial do que se esperava ser uma fusão completa das duas empresas. As partes cancelaram a fusão posteriormente e o CADE concluiu que a continuação do acordo não era mais justificada¹⁷.

Ao final de 2004, o CADE analisou um caso interessante envolvendo ação coordenada por uma associação de comércio para obter legislação anticoncorrencial. A associação de revendedores de combustível em Brasília peticionou, com sucesso, ao governo distrital para que fosse baixada uma portaria proibindo a construção de postos de abastecimento nos estacionamentos de supermercados e shopping centers. O CADE considerou esta conduta ilegal e multou a associação e dois membros de cadeias revendedoras de combustível em uma quantia equivalente a 5% da renda de cada um¹⁸. Uma alegação à parte no mesmo caso envolvia um acordo entre membros da associação por meio do qual eles cessavam a venda de certos tipos de diesel especialmente refinados. A motivação para tal acordo foi uma portaria baixada pelo Departamento Nacional de Combustíveis exigindo que o diesel refinado fosse vendido pelo mesmo preço do diesel comum sempre que este não estivesse disponível em um posto de abastecimento. Os revendedores acordaram em parar de vender diesel refinado imediatamente para evitar vendê-lo pelo preço do diesel comum. O CADE considerou esta conduta igualmente ilegal e multou a associação.

2.1.2 *Abuso de Posição Dominante*

A maioria dos casos de abuso de posição dominante do SBDC envolve algum tipo de conduta excludente para afastar ou impedir a concorrência horizontal. A decisão mais recente do CADE em relação a abuso de posição dominante, entretanto, era relativa a restrições que afetavam a concorrência entre marcas. Este caso, envolvendo a Microsoft, é descrito na caixa abaixo.

Caixa 2. Microsoft

Em agosto de 2004, o CADE julgou que a Microsoft restringiu a distribuição de software e serviços de computação associados. A Microsoft havia estabelecido um sistema de “Representante para Grandes Contas” – (“LARs”) para vendas a clientes corporativos substanciais. Os LARs estavam restritos a uma área geográfica específica, mas uma dada área poderia ser servida por múltiplos LARs dependendo de quantas distribuidoras atendessem os parâmetros da Microsoft para o status de LAR.

Para a área geográfica do Distrito Federal (Brasília), apenas uma empresa – a TBA Informática – satisfazia as qualificações para LAR. A Microsoft atestou em cartas ao governo federal que a TBA era a única empresa autorizada a vender software e serviços associados da Microsoft para todas as agências federais (incluindo as que se localizavam fora de Brasília). Como consequência, os procedimentos de licitação normalmente exigidos para compras das agências federais foram dispensados em relação às compras com a TBA.

Ao examinar o arranjo da Microsoft com a TBA, o CADE concluiu que o produto de mercado relevante era a venda ou o licenciamento de software e serviços de informática e que o mercado geográfico relevante era nacional. Neste mercado, constatou-se que a Microsoft tinha uma participação dominante de 90%. Do ponto de vista do CADE, a ação da Microsoft ao criar uma posição exclusiva para a TBA era anticoncorrencial. Ao eliminar procedimentos licitatórios nas vendas ao governo os benefícios ao consumidor, decorrentes da concorrência entre marcas, foram diminuídos sem eficiências compensatórias suficientes em um mercado onde não havia concorrência entre marcas. Às autoridades governamentais de licitação foi negada a oportunidade de escolher entre competidores que proviam não apenas software da Microsoft, mas também serviços associados.

A Microsoft argumentou que poderia escolher integrar a distribuição e vender diretamente ao governo federal, e que, portanto, interpor a TBA como distribuidora exclusiva não causava dano econômico. A resposta do CADE foi que o sistema estabelecido pela Microsoft para vendas ao governo envolveu distribuição por meio de um intermediário exclusivo, não por vendas diretas pela Microsoft. O CADE observou que quando um monopolista vende por meio de um único distribuidor, o preço final é maior e a produção total é menor que quando um monopolista vende diretamente ao comprador. O CADE concluiu que uma decisão de criar uma distribuidora exclusiva obrigava a Microsoft a estabelecer preços máximos de revenda ou de outra forma melhorar o efeito ineficiente de “duplo-monopólio” que surgiria.

O CADE não estava convencido das justificativas de eficiência alegadas pela Microsoft. A Microsoft primeiro afirmou que a restrição territorial estimulava revendedores a investir em análise e entendimento detalhados das necessidades do consumidor naquela área geográfica. O CADE rejeitou esta justificativa, apontando que, embora a TBA estivesse localizada em Brasília, ela estava obrigada a servir agências federais localizadas em outras áreas geográficas em todo o país. O segundo argumento da Microsoft foi que a exclusividade preveniu *free riding* nos esforços de marketing dos outros revendedores. O CADE replicou dizendo que a própria Microsoft liderava os maiores esforços de marketing no Brasil e que os esforços da TBA eram direcionados à promoção da marca da TBA, não da Microsoft. Além do mais, este argumento foi enfraquecido pelo fato de que a Microsoft havia autorizado múltiplos LARs a operar em outras áreas geográficas. O CADE concluiu que o objetivo

verdadeiro da Microsoft ao estabelecer a TBA como distribuidora exclusiva no Distrito Federal era se esquivar dos procedimentos governamentais de licitação.

A não concordância do CADE em relação às justificativas de eficiência da Microsoft foi agravada pela declaração da Microsoft que afirmava que o status exclusivo acordado com a TBA não havia sido deliberadamente intencional, mas simplesmente resultado da aplicação de parâmetros neutros de qualificação LAR. O CADE constatou, ao contrário, que a Microsoft havia modificado os critérios para assegurar que apenas a TBA pudesse se qualificar. O CADE afirmou que a liberdade de um produtor de estabelecer um sistema de distribuição e de escolher distribuidoras não incluía a “prerrogativa de fazê-lo de forma discriminatória”.

O CADE concluiu que a conduta da Microsoft e da TBA constituía uma limitação à concorrência nos termos do Artigo 20, inciso I, um abuso de posição dominante nos termos do Artigo 20, inciso IV, e um acordo para se obter vantagem imprópria em concorrência pública nos termos do Artigo 21, inciso VIII. A Microsoft foi multada em 10% de seu faturamento proveniente do licenciamento de produtos da Microsoft ao governo federal brasileiro, enquanto a TBA foi multada em 7% de seu faturamento oriundo do governo em relação a produtos e serviços informáticos associados da Microsoft.

Outro caso de posição dominante com foco entre marcas envolvia acusações de que a Matec, uma filial da Ericsson, havia ilegalmente se recusado a vender peças e componentes para o Sistema Telefônico Ericsson MD 110. Empresas independentes que ofereciam contratos de manutenção de sistemas telefônicos alegaram que estariam impedidas de competir efetivamente no mercado MD 110 sem acesso a peças de reposição. Em uma decisão em 2003, o CADE definiu dois mercados relevantes: serviços de manutenção para o sistema telefônico MD 110 e peças de reposição de sistema. No primeiro destes mercados, a Matec tinha mais de 90% de participação de mercado na época da violação, e, no último, a Matec era monopolista. O CADE constatou que a Matec havia ilegalmente eliminado a concorrência no mercado de serviços de manutenção de sistemas, pois as empresas concorrentes não podiam operar sem acesso às peças de reposição. A eliminação reduziu os benefícios do consumidor porque os compradores do sistema telefônico afetados estavam “presos” ao sistema telefônico MD 110 por causa dos altos custos de troca de sistema. A concorrência no ponto de venda para sistemas telefônicos não era adequada para evitar uma falha de mercado no caso do governo federal, que era um grande cliente do MD 110. As regras de concorrência governamental impossibilitavam o governo de escolher outra oferta que não a mais baixa, sem considerar os custos de serviços pós-compra.

Em contraste com a Microsoft/TBA e a Matec, muitas outras decisões do CADE examinaram práticas excludentes voltadas diretamente para concorrentes horizontais. Um destes, foi outro caso envolvendo a Microsoft, decidido anteriormente em 2004. Neste caso, o CADE constatou que não houve abuso de posição dominante por parte da Microsoft decorrente da inclusão do Money

(software de gerenciamento financeiro) no pacote “Microsoft Office for Small Business”. Um vendedor de software de gerenciamento financeiro concorrente reclamou que a tática da Microsoft constituía prática de venda casada. A Microsoft respondeu que o “Money” havia sido incluído no pacote “Office” de forma promocional temporária e que normalmente era vendido à parte. O CADE concluiu que não houve venda casada e arquivou o caso.

O CADE também entendeu, em 2004, que o shopping center Iguatemi, na cidade de São Paulo, violou o Artigo 20, ao proibir seus lojistas de se instalarem em quaisquer outros shoppings da cidade. O Iguatemi tinha uma participação de 30,9% nas rendas provenientes de aluguel de lojas em shoppings no mercado geográfico relevante de São Paulo e uma participação de 29% na renda de vendas em shoppings. O CADE concluiu que o Iguatemi tinha poder de mercado suficiente para limitar a concorrência entre shoppings por meio de dispositivos de exclusividade. Uma multa de 1% do faturamento bruto do Iguatemi foi imposta. O caso foi seguido no início de 2005 por um caso de exclusividade similar contra o Shopping Center Norte (SCN), também localizado na cidade de São Paulo, mas em um diferente mercado geográfico relevante. O SCN, que tinha uma participação de 69,9% no valor do aluguel de lojas e uma participação de 71,6% no faturamento das lojas em seu mercado, proibiu seus lojistas de operar outro ponto de vendas em um raio de mil metros do SCN. O CADE considerou esta condição como indevidamente restritiva e multou o SCN em 1% de seu faturamento bruto.

Em 2002, o CADE tratou de um contrato entre a White Martins S/A (WM, antiga Liquid Carbonic) e a Ultrafertil, uma empresa petroquímica. Os processos de fabricação da Ultrafertil geravam (como derivado) o principal insumo usado pela WM para a produção de gás dióxido de carbono (CO²). O contrato dava à WM direitos de exclusividade por dez anos a todos os derivados gerados pela Ultrafertil. Um concorrente em potencial que estava entrando no mercado de produção de CO² reclamou que o contrato era um dispositivo que impedia novas entradas. Observando que a WM tinha posição dominante na produção de CO² e que não havia nenhuma outra fonte de insumo além da Ultrafertil, o CADE concordou que o contrato era anticoncorrencial. O Conselho sustentou esta avaliação observando que a WM vinha expelindo uma porção significativa do insumo na atmosfera. A WM foi multada em 24 milhões de reais (US\$9,4 milhões), uma quantia equivalente a 5% de seu faturamento bruto no ano anterior à petição do denunciante.

Em um caso em 2003, o CADE analisou uma acusação de preços predatórios envolvendo a venda pela Merck S/A e sua subsidiária brasileira de tubos a vácuo para coleta de amostras de sangue humano. O CADE constatou não haver qualquer violação porque os preços da Merck geralmente excediam o custo médio variável e

porque a Merck não tinha poder de mercado suficiente para assegurar a recuperação das perdas associadas à predação alegada¹⁹.

O CADE também decidiu alguns casos de abuso de posição dominante que envolviam o exercício potencialmente anticoncorrencial de poder de mercado, em vez da exclusão de concorrentes. Assim, em um outro caso contra a White Martins S/A, o CADE analisou alegações de que a WM havia praticado conduta vertical abusiva ao subordinar o transporte de gás de dióxido de carbono líquido à venda do produto e também ao cobrar preços discriminatórios. O caso foi resolvido em 2000 por um acordo nos termos do qual a WM acordava em cessar as práticas criminosas. O CADE não analisou nenhum caso envolvendo manutenção de preço de revenda.

Como descrito no Relatório de 2000 (p. 197), uma Comissão Parlamentar de Inquérito que examinava a indústria farmacêutica em 2000 solicitou que a SDE investigasse alegações de preços de medicamentos abusivamente altos. De acordo com o Artigo 30 da Lei nº. 8.884, a SDE deve iniciar um processo administrativo a pedido do Senado ou da Câmara sem antes conduzir uma averiguação preliminar. Assim sendo, a SDE abriu cerca de 60 processos relativos a preços abusivos envolvendo mais de 1.500 medicamentos. Depois que as investigações se arrastaram por vários anos, a SDE organizou uma força tarefa especial em 2003 para lidar com os processos, com foco particular no emprego de análises econômicas para definir mercados relevantes. A SDE recentemente enviou 15 destes casos ao CADE e antecipa que o restante será concluído até o fim de 2005.

A posição do CADE sobre preços abusivos reflete o ponto de vista de que a decisão antitruste não deveria focalizar nos preços alegadamente altos de uma empresa, mas sim no crescimento ilegítimo de poder de mercado que permite aumentos abusivos de preço. Em janeiro de 2001, o CADE analisou acusações de preços abusivos contra duas distribuidoras de gás natural no estado do Rio de Janeiro. O CADE concluiu que as distribuidoras não haviam agido ilegalmente meramente pelo aumento de preços porque os aumentos estavam dentro do permitido pelo agente regulador estadual²⁰.

2.2 Atos de Concentração

Os provimentos da Lei nº. 8.884 aplicáveis a atos de concentração aparecem no Artigo 54, que dispõe da seguinte forma:

“Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Esta exigência de notificação aplica-se a qualquer “ato”, e assim cobre não meramente os atos de concentração, mas todos os acordos. Em agosto de 2001, a SDE e a SEAE, conjuntamente, emitiram o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, que confirma a aplicabilidade do Artigo 54 a quaisquer “outros atos, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, como, por exemplo, acordos entre concorrentes”²¹. O Artigo 54⁴ exige que a notificação seja feita em não mais que quinze dias úteis após a ocorrência da transação, enquanto o § 5 dá poderes ao CADE para penalizar o não-cumprimento das exigências por meio de aplicação de multa que vai de 60.000 a 6 milhões de UFIRs (US\$24.900 a US\$2,49 milhões)²². Na prática, a maioria das penalidades impostas por não notificar de acordo com o Artigo 54 são relativas a transações que envolvem algum realinhamento estrutural entre as partes²³.

Em 1999, uma taxa de R\$15.000 (US\$5.850) foi aplicada para notificações nos termos do Artigo 54. A taxa foi aumentada para R\$45.000 (US\$17.550) a partir de 2001²⁴. Enquanto a maioria das notificações enviadas nos termos do Artigo 54 se refere a fusões e aquisições, algumas são para acordos envolvendo distribuições, franquias, licenciamentos, *joint ventures* e consórcios.

O Artigo 54, parágrafo 3 estabelece limiares especiais de notificação para atos que constituam concentração, declarando que a notificação é obrigatória para “qualquer forma de concentração econômica” que implique “participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante” ou em que quaisquer dos participantes da transação teve faturamento no ano anterior de R\$400 milhões (US\$156 milhões). Como discutido mais abaixo, uma característica incomum do Artigo 54 é que as notificações, tanto envolvendo concentrações quanto outras formas, não precisam ser enviadas até depois que o ato tenha ocorrido.

O Artigo 54 não contém nada que disponha sobre o padrão substancial a ser empregado na apreciação dos atos apresentados. O Parágrafo 1 do Artigo, entretanto, estabelece que uma transação apresentada para apreciação pode ser aprovada se atender a todas as quatro seguintes condições: (I) ter por objetivo “aumentar a produtividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”; (II) gerar benefícios que sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores; (III) não eliminar “parte substancial de mercado relevante de bens e serviços”; (IV) seus provimentos não serem mais restritivos do que o necessário para obter os efeitos benéficos²⁵. O Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal estabelece no parágrafo 2º “o princípio da razoabilidade, ou a regra da razão, como princípio fundamental de controle dos atos de concentração”, atribuindo

esta proposição à declaração de objetivos disposta no Artigo 1º da Lei nº. 8.884. Estes termos, junto àqueles do próprio Artigo 54, poderiam ser interpretados para dar às empresas a serem concentradas o peso de mostrar que sua transação é economicamente benéfica. Na prática, entretanto, o CADE não impõe tal exigência, intervindo apenas quando conclui que, balanceando, haveria uma diminuição significativa da concorrência. Assim, considera-se que o parágrafo 1º do Artigo 54 estabelece uma defesa de eficiências, a ser aplicada somente no caso de concentrações que de outra forma seriam consideradas anticoncorrenciais. A legislação proposta para revisar a lei de concorrência estabelece um padrão substancial para avaliação de concentrações, proibindo transações que “eliminem a concorrência em uma parte substancial do mercado relevante, que possam criar ou fortalecer posição dominante, ou que possam dominar um mercado relevante”²⁶.

O parágrafo 2º do Artigo 54 contém um dispositivo especial que permite que concentrações sejam aprovadas atendendo apenas a três dos quatro atributos enumerados no parágrafo 1º, considerando que a transação é necessária “por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final”. Um dispositivo assim é encontrado de forma análoga nas leis de controle de concentração de diversos países, permitindo a aprovação de concentrações de outra forma anticoncorrenciais baseada nos preponderantes interesses nacionais. Até a presente data, entretanto, nenhuma concentração no Brasil foi aprovada de acordo com este dispositivo. A legislação proposta retém estes termos, junto às quatro condições que aparecem no parágrafo 1º da lei atual.

O Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal de agosto de 2001, emitido conjuntamente pela SEAE e pela SDE, descreve um processo analítico de cinco etapas empregando conceitos encontrados em guias similares publicados por outros países. Os elementos do processo incluem (1) definir mercados relevantes de produto e geográfico; (2) determinar se a participação de mercado do agente concentrado é suficientemente grande para permitir o exercício de poder de mercado; (3) avaliar a probabilidade de o poder de mercado ser exercido após a fusão; (4) examinar as eficiências geradas pela transação; e (5) avaliar o efeito final da transação sobre o bem-estar da economia.

A metodologia para definir mercados relevantes de produto e geográfico, contida na etapa 1 do Guia, focaliza-se na determinação do menor mercado em que um monopolista hipotético poderia impor um pequeno mas significativo e não-transitório aumento de preço. Na etapa 2, o Guia considera dois contextos (ação unilateral por uma única empresa e ação coordenada por múltiplas empresas) nos quais julga-se que certos níveis de concentração de mercado levarão a um prospecto significativo de poder de mercado pós-concentração. Onde o foco é o poder exercido

por uma única empresa, o limiar para preocupação é um agente concentrado com uma participação de mercado de, no mínimo, 20%. Onde o foco é a ação coordenada por múltiplas empresas, o limiar é uma proporção de concentração das quatro empresas de pelo menos 75% aliada a uma participação de mercado da empresa concentrada de pelo menos 10%. Se qualquer combinação dos limiares for atingida, a análise procede para a etapa 3, que envolve uma avaliação da probabilidade de o poder de mercado pós-concentração ser de fato exercido. Tal exercício será considerado improvável se (a) as importações forem um remédio efetivo contra o exercício do poder de mercado; (b) a nova entrada for “provável, tempestiva e suficiente”; ou (c) a rivalidade no mercado for tal que as empresas existentes tenham a capacidade e a motivação para resistir às tentativas de exercício de poder de mercado por parte da entidade concentrada. Se a etapa 3 demonstrar potencialidade de efeitos anticoncorrenciais de uma transação, a análise procede à etapa 4 para consideração das eficiências que a concentração pode gerar, e por último para a etapa 5 para avaliação do efeito econômico final da transação. Uma transação será rejeitada se, após feitas as avaliações de eficiências, produzir um decréscimo final no excedente econômico. Se o excedente aumentar porque efeitos anticoncorrenciais são excedidos pelas eficiências, uma análise mais profunda é necessária. De acordo com Artigo 54 § 1º da Lei, uma defesa das eficiências será aceita apenas se os benefícios econômicos da transação forem igualmente distribuídos entre as partes concentradas e os consumidores ou usuários finais²⁷.

Embora o CADE não tenha formalmente adotado o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal na forma de uma Resolução do Conselho, ele o trata como uma diretriz não-vinculativa na avaliação de casos de ato de concentração, e seus dispositivos são geralmente (mas não sempre) discutidos nas decisões formais do CADE sobre concentração. Uma peculiaridade do Guia é que a parte que discute a avaliação de poder de mercado refere-se somente à proporção de concentração de quatro empresas e não ao índice Herfindahl Hirschman (HHI). Em contraste, as diretrizes na Resolução nº. 20 do CADE, adotada dois anos antes para uso na avaliação das infrações de conduta de acordo com os Artigos 20 e 21, refere-se a ambos os métodos de medida de concentração de mercado. Os órgãos declaram que, de fato, calculam o HHI sempre que possível ao avaliar atos de concentração, embora observem que os mercados brasileiros possam ser julgados não-concentrados em níveis HHI que trariam preocupação nos Estados Unidos. Outra característica do Guia é a ausência de qualquer referência a atos de concentração envolvendo empresas em falência, embora o CADE tenha analisado e rejeitado a defesa de uma empresa em falência no caso Mahle-Metal Leve, um processo de 1996 que envolvia a aquisição de um fabricante de autopeças. Nesta decisão, o CADE interpretou a defesa em conformidade com a formulação desenvolvida nos Estados Unidos, uma abordagem que foi subseqüentemente mantida. O CADE

rejeitou a defesa em vários outros casos desde o caso Metal Leve, geralmente baseadas em esforços inadequados para identificar compradores que tornariam o mercado menos anticoncorrencial

As transações notificadas ao CADE de acordo com o Artigo 54 podem ser resolvidas de três formas possíveis: aprovação sem restrições, aprovação com restrições, ou não-aprovação. Se uma transação é rejeitada de imediato, o parágrafo 9º do Artigo 54 confere ao CADE poderes para adotar qualquer ação necessária para desfazer quaisquer danos que possam ter sido causados à ordem econômica, incluindo a determinação de pedidos requerendo “distrato, cisão de sociedade, venda de ativos e cessação parcial de atividades”. O CADE desaprovou inteiramente apenas um ato de concentração de aquisição de bens, no caso recente Nestlé-Garoto descrito abaixo.

Quando transações são aprovadas condicionalmente, as restrições impostas se enquadram em uma de duas categorias, dependendo da disposição legal invocada. As condições que exigem atos que ocorrem apenas uma vez (como a transferência de bens ou a extinção de uma cláusula de não-concorrência do contrato de aquisição) são impostas como um exercício da competência intrínseca do CADE de apreciar transações de acordo com o Artigo 54. As condições que necessitam atos contínuos mas transitórios (como a obrigação temporária de uma empresa adquirente para licenciar uma marca ou manter um programa de recolocação para empregados demitidos) são impostas de acordo com o Artigo 58. Este Artigo concede poderes ao CADE para exigir que uma ou mais partes cumpram com restrições ou exigências temporárias de conduta, definidos como “compromissos de desempenho” pela Lei²⁸.

Nos últimos cinco anos, o CADE apreciou o mérito de 2.802 transações de acordo com o Artigo 54, rejeitando três e aprovando condicionalmente outras 88. Sete dos casos de aprovação condicional envolviam compromissos de desempenho. A aquisição pela companhia aérea Varig de um serviço computadorizado de reservas aéreas resultou em um compromisso de desempenho em 2003 que obrigava a Varig, por um período de três anos, a tratar todas as linhas aéreas igualmente na operação do sistema de reservas. Similarmente, um compromisso de desempenho em 2004 obrigou a CTBC Telecom, uma empresa de telefonia fixa que havia adquirido um provedor de serviço de Internet discada, a dar tratamento isonômico a todos os outros provedores por três anos.

Para fins de avaliação, revela-se útil examinar as condições impostas para a aprovação de operações no que toca a alienação de bens detidos pelas partes. As condições e compromissos impostos pelo CADE podem, portanto, ser classificados de acordo com o seguinte critério: se eles eram (1) “estruturais” (definido como condições que exigem a transferência de bens) ou (2) “comportamentais” (definido

como todas as outras condições). As condições comportamentais incluem a maioria dos compromissos de desempenho, assim como os provimentos que necessitam de modificação ou eliminação de cláusulas de não-concorrência em atos de concentração.

A seguinte tabela resume a atividade de análise de concentrações do CADE de 2000 a 2004, mostrando a proporção de casos em que condições “estruturais” ou “comportamentais” foram impostas.

Tabela 2. Decisões do CADE em Casos de Concentrações 2000 – 2005

Ano	Atos de Concentração Analisados ¹	Aprovados em condições	Aprovado com condição				Reprovado
			Estrutural	Porcentagem de Atos de Concentração Analisados	Comportamental	Porcentagem de Atos de Concentração Analisados	
2004	618	574	2	0,32	41	6,63	¹ (0,16%)
2003	491	484	1	0,20	6	1,22	0
2002	485	474	0	0,0	11	2,27	0
2001	571	559	0	0,0	12	2,10	0
2000	507	490	1	0,20	14	2,76	² (0,39%)
Total	2.672	2.581	4	0,15	84	3,14	³ (0,11%)

Fonte: SBDC, 2005.

1. Este número é o final das documentações que não foram apreciadas pelo CADE porque a transação não atendeu o limite de envio de notificação ou porque as partes desistiram da notificação.

Embora o CADE tenha imposto condições a cerca de 3,4% das operações, medidas estruturais que determinam a alienação de bens foram impostas em apenas quatro casos (bem abaixo de um décimo de todos os casos em que foram impostas condições para a aprovação)²⁹. O caso de 2000 no qual, segundo a tabela, medidas estruturais foram impostas, foi o caso de concentração da AmBev, no qual o CADE exigiu a transferência de uma marca de cerveja e quatro cervejarias. O caso de 2003 também referido na tabela foi a aquisição da cadeia de supermercados G. Barbosa pelo Grupo Ahold (dono do Bompreço, a maior cadeia de supermercados da região nordeste). O CADE determinou que o Ahold transferisse 16 das 32 lojas G. Barbosa adquiridas. Um dos casos de 2004 foi outra concentração de supermercados, envolvendo a transferência de uma loja, e o segundo foi o caso Gatorade da PepsiCo descrito acima, no qual se exigiu que a AmBev transferisse sua marca de bebida isotônica³⁰.

Um exemplo de um caso de medida comportamental foi a aquisição, pela Novo Nordisk, da Biobrás. A Nordisk era uma das maiores exportadoras de insulina para o Brasil. A Biobrás, uma empresa farmacêutica brasileira, era a única fabricante nacional de insulina. A Nordisk se propôs a estruturar a transação de forma a cindir os bens de produção de insulina da Biobrás para a Biommm, uma empresa recém

criada. O CADE aprovou a transação, mas excluiu um dispositivo no contrato que especificava que a Biommm não poderia exportar insulina para o Brasil de suas fábricas no exterior por três anos. O alto número de casos nos quais foram impostas medidas comportamentais no 2004 é explicado pelo fato de que foram examinadas cerca de 25 aquisições de empresas locais de prestação de serviços de manutenção e reparo de elevadores por uma única companhia, em diferentes mercados geográficos. Em cada caso, o acordo de aquisição proibia o vendedor de prestar serviços de manutenção por um período de tempo, e o CADE impôs condições exigindo que as cláusulas de não-concorrência ou fossem limitadas ao mercado de elevadores (em vez de incluir escadas-rolantes) ou fossem limitadas geograficamente.

A maioria das operações (96,6%) foi aprovada sem condições. Em 2001, o CADE analisou um ato de concentração internacional que envolvia as subsidiárias brasileiras de duas empresas de maquinaria agrícola, a New Holland (uma filial holandesa da Fiat) e a Case Corporation (uma empresa americana). Embora alguns dos sub-mercados de maquinários brasileiros fossem relativamente concentrados, o CADE aprovou a operação sem condições. Do ponto de vista do Conselho, qualquer tentativa da empresa pós-concentração de aumentar preços seria efetivamente estrangida pela presença de outros fabricantes brasileiros que operavam fábricas polivalentes capazes de produzirem os produtos envolvidos na operação. O CADE observou que as agências antitruste européias e americanas, ao avaliarem a mesma concentração, exigiram a transferência de várias fábricas em suas respectivas jurisdições geográficas. A situação brasileira era diferente pelo fato de que a demanda nos mercados estrangeiros era muito superior, com a consequência de que as fábricas estrangeiras poderiam ser (e eram) construídas para operações altamente eficientes de um único produto. Contrariamente, todas as fábricas brasileiras foram construídas para a produção de múltiplos produtos.

A rejeição completa de operações notificadas é raras. O CADE impediu duas *joint ventures* em 2000, que envolviam diferentes características de uma única operação. Um grupo de empresas que fabricava álcool combustível a partir de cana-de-açúcar formou uma associação para vender toda a produção de seus associados. O CADE concluiu que os aspectos anticoncorrenciais ultrapassavam quaisquer benefícios de eficiência. Em fevereiro de 2004, o CADE tomou a primeira decisão em sua história para desaprovar uma concentração de aquisição de bens *in totum*, rejeitando a aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé Brasil.

Caixa 3. Nestlé-Garoto

A Nestlé Brasil, subsidiária brasileira do grupo suíço Nestlé, produz produtos alimentícios e bebidas, incluindo chocolate, assim como medicamentos e itens de higiene. A Chocolates Garoto, uma empresa brasileira do setor de alimentos, é um grande produtor de chocolates e doces. No mercado de produtos de chocolate em geral, a Garoto era a terceira maior empresa do Brasil, enquanto a Nestlé e a Kraft Foods (Lacta) alternavam-se na posição de liderança. A aquisição aumentava significativamente a concentração horizontal no mercado de chocolates em geral, tal como mostrado na seguinte tabela.

Participações de Mercado (%): Todos os Chocolates

Companhia	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35,26	34,60	30,95	33,94
Garoto (b)	22,13	24,69	28,55	24,47
(a + b)	57,39	59,29	59,50	58,41
Lacta	33,73	32,83	33,59	33,15
Ferrero	5,45	4,61	3,91	3,18
Arcor	3,20	3,07	2,61	3,40
Outros	0,23	0,20	0,39	1,86
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SBDC, 2005

Uma questão inicial a ser apreciada era se o mercado de “chocolates em geral” constituiria um mercado relevante apropriado para a análise. Havia outros mercados possíveis, tais como “caixas de chocolate”, “barras”, “lanches”, “doces e ovos de Páscoa”, observando-se que a concentração era geralmente alta nestes mercados também. As partes envolvidas na operação e a Kraft encaminharam estudos de definição de mercado que confrontavam entre si, empregando modelos de elasticidade de preço para estimar as reações do consumidor aos preços relativos entre diferentes formatos de chocolate e marcas de chocolate. As empresas envolvidas na operação também apresentaram estimativas econométricas baseadas em dados Nielsen para lançar uma luz sobre o grau de rivalidade concorrencial.

Pela primeira vez em um caso de ato de concentração no Brasil, as requerentes enviaram estudos de simulação, os quais a Kraft rebateu por meio de estudos próprios de simulação. Os estudos, elaborados para analisar os efeitos pós-concentração em preços e quantidades, também tinha como objetivo estimar a redução em custos marginais necessários para contrabalançar o aumento de poder de mercado da empresa concentrada. Os resultados dramaticamente diferentes obtidos pelos estudos apresentados obrigaram o CADE a considerar um grande número de questões metodológicas associadas a modelos de simulação, incluindo identificação da função de demanda relevante, avaliação da imprecisão estatística associada a estimativas de elasticidade de demanda e exame dos defeitos potenciais no modelo Bertrand-Nash de produtos diferenciados que as simulações empregaram.

Outras questões, além daquela atinente ao mercado relevante, foram altamente contestadas, incluindo barreiras à entrada e as perspectivas de expansão de marcas rivais

como Mars e Hershey. Novamente, pela primeira vez no Brasil, as requerentes apresentaram um estudo detalhado de eficiências da concentração, estudo este elaborado por uma auditoria independente.

Em 4 de fevereiro de 2005, a maioria do Conselho votou pelo veto da operação, determinando à Nestlé que vendesse a Chocolates Garoto a um concorrente que tivesse participação no mercado relevante inferior a 20%. Na opinião do CADE, os estudos econométricos demonstraram uma alta elasticidade cruzada de demanda entre os vários segmentos de mercado para chocolates e entre as diferentes marcas, levando à conclusão de que o mercado relevante eram “chocolates de todos os formatos” (exceto os de origem caseira) no mercado nacional brasileiro. O CADE também observou que as importações não eram fator significativo no mercado e que havia barreiras a novas entradas em razão das dificuldades para garantir a distribuição por atacado. O CADE concluiu que a transação seria rejeitada porque (1) nem a esperada redução nos custos variáveis, nem o grau de rivalidade remanescente no mercado, seriam suficientes para evitar os aumentos de preço, e (2) não havia qualquer remédio estrutural capaz de reduzir os efeitos negativos da elevação da concentração.

As partes peticionaram junto ao CADE requerendo reconsideração e esclarecimento da decisão, o que o CADE negou em 3 de fevereiro de 2005. As empresas recorreram novamente ao CADE, propondo alienações parciais, o que o CADE também rejeitou em 27 de abril de 2005. Este caso está pendente de revisão judicial.

A decisão gerou considerável controvérsia política. Os representantes do Congresso de um estado brasileiro defendiam vigorosamente a aprovação da transação em consideração da proposta da Nestlé de expandir uma fábrica localizada naquele estado. Em julho de 2004, encerrou-se o mandato de um conselheiro do CADE. Este conselheiro foi reconduzido para um segundo mandato pelo Presidente da República e teve seu nome aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, devendo-se submetê-lo ao Plenário do Senado. O Senado, entretanto, atrasou a ação, internacionalmente, em razão da insatisfação de alguns senadores com a decisão da Nestlé³¹. O conselheiro, por fim, absteve-se da nomeação.

Recentemente, em abril de 2005, o CADE autorizou a aquisição do fabricante de tratores Valtra pela empresa de tratores americana AGCO. O caso é significativo porque foi a primeira ocasião em que o CADE considerou simulações econométricas que foram conduzidas pela SDE e pela SEAE, em vez de simulações conduzidas pelas partes em concentração. As simulações foram elaboradas para examinar questões de definição do mercado e abordaram elasticidades cruzadas sobre vários sub-mercados definidos pela faixa de cavalos-força do motor de tratores. Em alguns sub-mercados, a participação no mercado pós-concentração era de 85% ou mais. O CADE, ainda assim, aprovou a transação porque impedindo novas entradas, criaria capacidade suficiente para evitar aumentos de preço em quaisquer dos mercados³².

Nos termos da Resolução nº. 15 do CADE (1998), os requerentes em um ato de concentração podem requerer reconsideração da decisão do Conselho mostrando que a decisão foi baseada em erros factuais ou que fatos novos que impactariam a decisão surgiram. De 2000 a 2004, o CADE analisou 13 petições de reconsideração, acolhendo seis total ou parcialmente, negando provimento a cinco no mérito e rejeitando duas, por serem infundadas. No caso da concentração Nestlé-Garoto, o Conselho rejeitou um pedido para que fosse considerada a redução da participação de mercado atribuída à Nestlé, concluindo o CADE que a mudança requerida não teria qualquer efeito sobre a sua decisão de desaprová-la aquisição. A lei prevê que o CADE pode revogar uma aprovação de operação “se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados” (Art. 55 da Lei nº. 8.884). A revogação também é autorizada, com ou sem a imposição de condições ou compromissos de desempenho, se a aprovação foi baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelas partes interessadas do processo. Não houve qualquer caso de revogação nos termos do Artigo 55.

Conforme observado anteriormente, o Artigo 54, parágrafo 3, exige que sejam notificados atos de concentração que, ou resultem em uma empresa com vinte por cento em um mercado relevante, ou que envolvam um participante com faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400 milhões (US\$156 milhões). Até recentemente, o faturamento de R\$400 milhões era considerado com base no faturamento global do grupo. Esta interpretação do critério de notificação era altamente criticada pela comunidade empresarial brasileira. O Relatório de 2000 examinou esta questão e concluiu que a adoção do critério de faturamento global possivelmente resultaria em uma submissão excessiva de atos de concentração sem impacto sobre o mercado. O Relatório sugeriu (p. 213) que o critério fosse restrito ao faturamento no Brasil (observando, entretanto, que adotando tal mudança, seria “necessário questionar se R\$400.000.000 não seria um valor muito alto”). O Relatório de 2000 também recomendava (1) que um critério de faturamento mínimo fosse estabelecido para o requerente de menor porte envolvido na operação, baseado no fato de que o critério vigente exige que toda aquisição realizada por empresas grandes seja notificada, não importando o quão pequena é a empresa adquirida e quão triviais são as implicações concorrenciais; (2) que se considerasse eliminar o critério de participação de mercado, baseado no fato de que ele introduzia um elemento subjetivo naquilo que deveria ser um sistema de notificação sem ambigüidades; e (3) que se considerasse também eliminar a exigência de notificação para operações que não implicassem concentração de mercado, baseado no fato de que critérios amplos de notificação não geram benefícios que correspondam aos custos impostos (pp. 213-14).

Em uma importante decisão de janeiro de 2005, o CADE determinou que o faturamento anual seria doravante medido apenas para às vendas realizada no Brasil, não mais utilizando o critério de vendas globais³³. De acordo com o SBDC, de 161

notificações de atos de concentração examinadas como consequência da nova interpretação, 68 (42%) poderiam não terem sequer sido conhecidas porque não atingiram nem o critério de faturamento nem o de participação de mercado. A sugestão feita pelo Relatório de 2000 (de que, caso se adotasse uma interpretação de faturamento no Brasil, dever-se-ia reduzir o valor de faturamento de R\$400 milhões) é agora uma questão de alto interesse para o SBDC, inclusive em razão de suas implicações sobre o recebimento das taxas de notificação. A legislação proposta para alterar a lei de concorrência resolve esta questão, bem como a questão relativa à consideração do faturamento da parte menor envolvida na operação, estabelecendo que a notificação é exigida se (1) pelo menos um dos participantes da transação apresenta um faturamento total no Brasil de R\$150 milhões e (2) pelo menos o outro participante da operação apresentou um faturamento total de R\$30 milhões. A legislação proposta também aborda as outras questões suscitadas pelo Relatório de 2000, ao eliminar o critério de participação de mercado e restringir expressamente a exigência de notificação de “atos de concentração”, definidos como operações nas quais (1) duas empresas se fundem, (2) uma empresa adquire controle de ações ou bens de outra, ou (3) uma *joint venture* é realizada implicando na formação de uma entidade econômica independente.

Como também observado anteriormente, uma importante característica do esquema de notificação de ato de concentração no Brasil é que a notificação, enquanto obrigatória, não necessita ser notificada antes de consumada. O Artigo 54, parágrafo 4, exige somente que a notificação seja feita “no prazo máximo de quinze dias úteis [a contar da] realização” da operação. A Resolução nº. 15 do CADE, regulamentação aplicável ao controle de atos de concentração de 1998, especifica a “data de instauração” em que começa o período de 15 dias. De acordo com a Resolução, o período começa a correr quando (1) o “primeiro documento vinculativo [é] firmado entre as requerentes” ou (2) quando “alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiros ocorrer em momento diverso” (Art. 2º).

O fato de que as partes são livres para consumir seu ato de concentração antes ou após notificar o CADE causa um problema óbvio para o Conselho ao tratar de operações que julga serem anticoncorrenciais. Uma vez que os efeitos adversos de tal operação podem começar a se acumular imediatamente, e por ser tão notavelmente difícil desfazer um ato de concentração após sua consumação, o CADE tem um forte incentivo para elaborar e monitorar o prazo de notificação, de forma a exigir a documentação tão logo seja possível. O Relatório de 2000 observou (p. 207) que o CADE foi vigoroso na aplicação de multas nas partes em concentração por não enviarem suas notificações no prazo, adicionando que a interpretação do CADE da “data de instauração” foi controversa em razão de ambigüidades na determinação de quando uma “alteração nas relações de

concorrência” ocorre entre as partes. Embora o Relatório de 2000 tenha sugerido (p. 212) que o CADE considere dispensar o elemento da formulação da “data de instauração” e se baseie somente no parâmetro do “primeiro documento vinculativo”, o CADE tem mantido a política articulada na Resolução nº. 15.

Nos últimos cinco anos, como o CADE continuou a manter uma abordagem agressiva em relação a notificações feitas fora prazo, a observância aumentou e a incidência de notificações enviadas fora do prazo diminuiu de forma constante. A seguinte tabela mostra a experiência com envios tardios de 2000 a 2004³⁴.

Tabela 3. Notificações fora do prazo de acordo com o Artigo 54 de 2000 a 2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Operações apreciadas	523	584	518	526	651
Envios fora do prazo (número)	107	57	39	16	18
Envios fora do prazo (% do total apreciado)	20,5	9,8	7,5	3,0	2,7
Multas impostas (em milhões de reais)	16,3	9,9	7,9	2,2	3,0

Fonte: SBDC, 2005

As dificuldades associadas a se desfazer atos de concentração consumados levaram o CADE a perseguir outros meios de se prevenir a integração completa de entidades comerciais cuja apreciação ainda está pendente. Embora nenhum provimento na Lei nº. 8.884 aborde esta questão, o Artigo 83 aplica o Código Processual Civil e alguns estatutos processuais relacionados nos processos do SBDC e o CADE pode, portanto, impor uma injunção de acordo com os padrões aplicáveis a remédios temporários de acordo com a Lei brasileira³⁵. O Relatório de 2000 (p. 206) descreveu dois casos de ato de concentração no final dos anos 90 (AmBev e WorldCom/Sprint) nos quais o CADE emitiu medidas cautelares nos termos do direito processual civil para impedir a união ou fechamento de fábricas, proibir a troca de informação comercial sensível e exigir que as ações fossem mantidas em contas separadas.

Para formalizar os mecanismos pelos quais pode-se suspender a consumação de operações de atos de concentração durante o período de análise pelo SBDC, o CADE

aprovou a Resolução nº. 28 em agosto de 2002. De acordo com o Artigo 2º da Resolução, uma medida cautelar pode ser concedida, à luz dos princípios de direito civil, seja pelo Conselho, seja pelo Conselheiro-Relator, hipótese em que a cautelar deve ser homologada posteriormente pelo Conselho (Art 7º). A medida cautelar pode ser deferida *ex officio* ou em virtude de requerimento da SEAE, SDE, Procuradoria do CADE ou “qualquer legítimo interessado no ato de concentração analisado”. A Resolução estabelece um procedimento por meio do qual as requerentes são notificadas da possibilidade de que seja concedida uma medida cautelar e lhes é garantida uma oportunidade de apresentar contra-argumentos ao CADE (Art. 4º)³⁶. Tais medidas cautelares, se concedidas, estão sujeitas à revisão pelo poder judiciário. A Resolução 28 também cria (no Artigo 8º) um segundo mecanismo com a mesma finalidade, o denominado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO). Como o nome sugere, o APRO reflete um acordo entre o CADE e as requerentes de um ato de concentração, acordo este elaborado com vistas a lograr o mesmo resultado obtido pela concessão de uma medida cautelar.

De 2002 a 2004, o CADE deferiu uma medida cautelar (em 2004) e adotou nove APROs (4 em 2002, 1 em 2003 e 4 em 2004). O primeira situação em que foi concedida uma medida cautelar deu-se durante a análise da aquisição, pela News Corporation, dos bens da TV por satélite da Hughes Electronics, tendo a cautelar impedido ambas as requerentes de estabelecerem quaisquer novos contratos que previssem a distribuição exclusiva, no Brasil, de conteúdo de programação televisiva. Dos nove APROs, três surgiram (como foi o caso da Hughes Electronics) no setor de telecomunicações e três outros relacionados a atos de concentração relativos a cadeias de supermercado. Os três restantes envolviam casos descritos anteriormente: (1) a transferência dos ativos, pela PepsiCo, para a produção de “Gatorade”, (2) a aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé, e (3) a aquisição de um fabricante brasileiro de insulina pela Novo Nordisk. Tipicamente, medidas cautelares e APROs impõem restrições ou condições à liberdade da empresa adquirente para reunir atividades; fechar lojas ou fábricas; demitir funcionários³⁷; extinguir marcas ou linhas de produtos; alterar os planos de *marketing*, investimento ou pesquisa; ou liquidar bens. Ambas as medidas cautelares e os APROs incluem dispositivos que especificam muitas diárias para o não-cumprimento das restrições impostas.

O Relatório de 2000 não recomendou, expressamente, que o Brasil mudasse para um sistema de notificação prévia à concentração. Desde então, uma opinião consensual desenvolveu-se no Brasil de que o atual sistema de análise *ex post* seria trabalhoso e ineficiente, tanto para os órgãos de defesa da concorrência, quanto para a comunidade empresarial. A legislação proposta estabelece um sistema de notificação prévia, estabelecendo que as partes envolvidas em um ato de concentração devem preservar “as condições de concorrência” entre si e não podem consumir uma operação notificada até que seja analisada pelo CADE.

Os procedimentos estabelecidos, nos termos da lei atual, para a análise de atos de concentração notificados estão previstos no Artigo 54. A notificação é protocolada na SDE, que providencia cópias imediatamente para a SEAE e o CADE (§ 4). Diferentemente dos casos de conduta, que seguem o rito do Artigo 38, a SEAE não tem a opção de decidir se opinará ou não nos atos de concentração. O Artigo 54 requer que a SEAE forneça à SDE, no prazo de 30 dias, um parecer técnico sobre a operação. A SDE, por sua vez, elabora seu parecer e o envia ao CADE em 30 dias a contar do recebimento do relatório da SEAE. Neste ponto, os autos do processo são transferidos ao CADE, que deve analisar os pareceres e tomar sua decisão no prazo de 60 dias (§ 6). O CADE não fica, de nenhuma forma, vinculado às recomendações da SEAE ou da SDE, sendo responsável pela adjudicação imparcial nos casos sob análise³⁸. Se a SEAE ou a SDE não cumprirem seus respectivos prazos, não há consequências legais. Se o CADE não emitir uma decisão dentro do período de 60 dias, entretanto, o ato de concentração é considerado aprovado (§ 7). Presumindo que os três órgãos cumprem seus prazos, o período legal máximo para apreciação de atos de concentração, nos termos do Artigo 54, é de 120 dias. Cada um dos três órgãos, entretanto, também tem poderes para requerer informações adicionais e, em tais circunstâncias, o transcurso dos períodos legais é suspenso pelo tempo da solicitação até que a informação seja fornecida (§ 8). Embora nem o Artigo 54 nem as portaria do CADE estabeleçam quaisquer mecanismos formais para decisão de casos de ato de concentração por acordo, a aprovação de operações que requeiram a imposição de condições podem surgir de negociações entre as partes e o SBDC.

A Resolução nº. 15 do CADE, que regulamenta a análise de atos de concentração, foi adotada em 1998 como parte de um esforço de simplificação do processo do CADE na apreciação de atos de concentração. A Resolução introduzia um processo em duas etapas envolvendo um formulário de notificação inicial (Anexo I da Resolução) que era uma versão curta e simplificada do formulário usado anteriormente. Um segundo formulário (Anexo II), requerendo substancialmente mais informações, foi elaborado para envio às requerentes, se o Conselheiro-Relator entendesse que uma investigação suplementar fazia-se necessária. Na prática, o segundo formulário nunca é utilizado. Se um ato de concentração é suficientemente complexo para exigir um “segundo pedido” de informações, a SDE ou a SEAE prepararão questões voltadas especialmente para a operação sob apreciação. Da mesma forma, se o CADE decide que um ato de concentração apresentado pela SDE e pela SEAE requer ainda mais informações, o inquérito suplementar será conduzido pelo Conselheiro-Relator e concentrar-se-á nas questões particulares identificadas para exame.

O Relatório de 2000, observando que a análise de atos de concentração simples, que não apresentavam questões concorrenciais complexas, poderia levar até seis meses para que fosse finalizada pelo o SBDC, sugeriu que os órgãos “encontrassem

formas de simplificar e apressar a análise de 90% a 95% de todos os atos de concentração que não geram problemas concorrenciais” (p. 211). A começar em 2002, de modo informal, a SDE e a SEAE desenvolveram um procedimento simplificado para casos simples nos quais a SEAE prepararia um parecer simplificado, no prazo de 15 dias do recebimento da notificação, e a SDE, da mesma forma, prepararia um parecer simplificado dentro de 15 dias do recebimento do parecer da SEAE. Em fevereiro de 2003, as duas Secretarias formalizaram o procedimento, promulgando a Portaria Conjunta nº. 1, a qual estabelece um Procedimento Sumário aplicável a operações envolvendo (1) a compra de franquias por seus franqueadores, (2) *joint ventures* criadas para entrar em um novo mercado, (3) reestruturação societária dentro de um grupo, desde que não implique na mudança em seu controle, (4) aquisição de uma empresa brasileira por uma empresa estrangeira que não tenha interesses comerciais (ou tenha interesses insignificantes) no Brasil, (5) aquisição de uma empresa estrangeira por uma empresa brasileira que não tenha interesses comerciais (ou tenha interesses insignificantes) no Brasil, (6) substituição de um agente econômico em que a empresa adquirente não participou antes de forma substancial do mercado alvo ou em mercados verticalmente relacionados, e (7) aquisição de uma empresa com uma participação de mercado pequena o suficiente para ser inquestionavelmente irrelevante em relação à concorrência³⁹. Em janeiro de 2004, a SEAE e a SDE instituíram o “Procedimento Conjunto para Apreciação de Atos de Concentração”, o qual aprofunda a análise conjunta de atos de concentração. De acordo com este procedimento, as duas Secretarias começam a examinar uma notificação imediatamente após seu recebimento e enviam um parecer conjunto ao CADE, evitando assim a demora inerente ao processo de se enviar um caso à SEAE e esperar a sua análise antes que a SDE inicie seu trabalho. A SEAE e a SDE observaram que cerca de 60% dos atos de concentração notificados recebem tratamento sumário e que é possível analisar tais casos e enviá-los ao CADE em cerca de trinta dias. A implementação do sistema reduziu o tempo médio de revisão de atos de concentração das duas Secretarias pela metade, de quase seis meses para 86 dias. Depois de descontados os atrasos causados pelas solicitações adicionais de informação, as duas Secretarias cumprem o prazo legal determinado para a conclusão de suas análises⁴⁰.

O CADE também desenvolveu alguns procedimentos para acelerar a análise dos casos. Os atos de concentração analisados pelo Procedimento Sumário precedem todos os outros na lista de decisões do CADE. Ainda, o CADE adotou como prática aceitar como seu o relatório enviado pela SDE e pela SEAE, ao invés de preparar uma decisão em separado. Não-obstante, o tempo médio para apreciação de atos de concentração pelo CADE (baseado no número de dias que se passam entre o recebimento da documentação pelo CADE e a data de decisão do CADE) não mudou muito nos últimos anos, exceto por um aumento em 2004.

**Caixa 4. Procedimentos de Avaliação de Atos de Concentração:
Alterações Propostas**

Como descrito acima, a legislação proposta para alterar a Lei nº. 8.884 faz numerosas alterações no atual sistema de exame de ato de concentração, estabelecendo que a documentação deve ser encaminhada previamente à consumação da operação, alterando os critérios de notificação, eliminando o critério de participação de mercado, fornecendo um padrão elevado para a análise de atos de concentração e restringindo expressamente a exigência de notificação para operações que impliquem concentração. O Projeto de Lei também implica modificações substanciais nos procedimentos de análise de ato de concentração. Quando uma notificação é considerada completa, a Diretoria Geral (DG) deve, no prazo de cinco dias, publicar uma nota-resumo da transação proposta e fornecer uma cópia da documentação à SEAE. A SEAE tem a opção, mas não (como agora) a obrigação, de opinar sobre o ato de concentração sob análise. Uma solicitação da SEAE para que sejam fornecidas maiores informações não mais suspende o prazo de análise do órgão antitruste. Em 20 dias a contar da publicação da nota-resumo, a DG deve ou solicitar maiores informações às partes ou aprovar a operação. Neste último caso, o Plenário pode, no prazo de 15 dias, optar por rever a decisão de aprovação, não sendo, no entanto, obrigado a fazê-lo. Esta proposta de alteração tem por objetivo funcionar como um mecanismo de “término antecipado” (*early termination*) da análise.

Se maiores informações são solicitadas, no prazo de sessenta dias de seu recebimento, a DG deve formular uma recomendação sobre o caso. Novamente, uma aprovação pela DG está sujeita somente à revisão do Plenário se este assim desejar. Se a DG recomenda ou a desaprovação, ou a aprovação com restrições, é imediatamente designado a um Conselheiro-Relator para o caso e as partes têm 30 dias para apresentar sua defesa. Quando do recebimento da defesa, o Conselheiro-Relator deve decidir, dentro de 20 dias, se pauta o caso para decisão ou se solicita que as partes forneçam maiores informações. Após o envio das informações, a DG e as partes envolvidas na operação têm 10 dias para enviar memoriais escritos sobre o caso. Em 20 dias a contar do envio dos memoriais, o Conselheiro-Relator deve incluir o caso na pauta de julgamento do Plenário⁴¹. Não há previsão de um prazo final para que o Plenário decida o caso. Nos processos perante o Plenário, a DG tem o ônus de provar que a transação é anticoncorrencial.

Um novo dispositivo permite que se recorra da decisão da Diretoria-Geral de aprovar um ato de concentração. Tais recursos podem ser interpostos (no prazo de 20 dias a contar da publicação da aprovação da operação pela DG) por terceiros interessados, pela SEAE e por agências reguladoras do setor. A apelação é entregue primeiro à DG, que tem cinco dias ou para reverter sua decisão ou encaminhar o recurso ao Plenário. Se encaminhada ao Plenário, o Conselheiro-Relator determina (sujeita à homologação pelo Plenário) se “aceita” o recurso. Se admitido, aquele que recorreu assume as atribuições que caberiam à Diretoria-Geral. A DG, entretanto, mantém absoluta competência para participar como parte, com vistas a defender a sua posição. Se o recurso de uma parte for admitido, mas rejeitado ao final, no mérito, o Plenário deve impor uma multa à parte de R\$5.000 a R\$5 milhões (US\$1.950 a US\$1,95 milhões). A quantia avaliada será determinada considerando-se a condição econômica daquele que apresentou o recurso, seu desempenho no processo, sua boa-fé e o impacto que o recurso teve sobre a operação.

O projeto de lei também estabelece um mecanismo formal que permite resolver atos de concentração por meio de acordos entre o CADE e os requerentes. A Diretoria-Geral (com a participação obrigatória do Conselheiro-Relator) tem poderes para negociar um acordo para um ato de concentração em qualquer momento antes de sua remessa ao Plenário. Uma vez negociado, o acordo deve ser publicado para, pelo menos, dez dias de consulta pública, período após o qual a DG pode optar por renegociar a proposta antes de enviá-la ao Plenário para decisão final.

Nos termos do projeto de lei, as taxas a serem pagas pela notificação de atos de concentração são divididas, ficando dois terços para o CADE e um terço para a SEAE. A multa anteriormente imposta pelo não-cumprimento do prazo de notificação a contar da realização da operação, nos termos do Artigo 54, § 5, torna-se aplicável se uma operação for consumada antes de sua aprovação⁴². Um novo dispositivo permite que partes sejam multadas de R\$60.000 a R\$6 milhões (US\$23.400 a US\$2,34 milhões), na hipótese de apresentação de informações falsas que levem à aprovação errônea de uma operação.

Tabela 4. Tempo Médio para a Análise de Ato de Concentração do CADE

	2001	2002	2003	2004	2005
Operações apreciadas	584	518	526	651	202
Tempo médio para apreciação (dias)	85	80	83	125	75

Fonte: SBDC, 2005

O CADE alerta que houve um aumento do prazo em 2004 pelo fato de a SDE ter liberado grande número de atos de concentração de anos anteriores que estavam em estoque, incluindo alguns casos complexos que comprometiam os recursos humanos do CADE. O CADE também resolve casos de atos de concentração dentro do prazo legal de 60 dias estabelecido para seu trabalho (descontados os períodos nos quais os prazos são suspensos em razão da realização de diligências). Se o CADE perdesse este prazo, o ato de concentração seria automaticamente aprovado, nos termos do Artigo 54, § 7.

2.3 Concorrência desleal e defesa do consumidor

A “concorrência desleal”, que fere empresas concorrentes individuais, não é objeto da Lei nº. 8.884, mas sim de outro diploma legal que prevê hipóteses para ajuizamento de ações criminais e ações civis. A Lei de Propriedade Industrial (Lei

nº. 9.279/96) define como crime de “concorrência desleal” a depreciação comercial, a falsa estigmatização, o de clientela desvio por meio fraudulento, o uso de propaganda para causar confusão de marcas, a violação de direitos de marca, o suborno comercial, a apropriação ilegítima ou a revelação de segredos comerciais e declarações falsas sobre patentes (Art. 195). A pena legalmente prevista é de três a doze meses de prisão ou multa. Nos termos da Lei, os promotores públicos somente podem iniciar processos criminais sobre a matéria diante de queixas feitas por indivíduos (Art. 199). Vítimas de concorrência desleal também podem invocar a lei para buscarem ressarcimento por perdas e danos ou para requerer medidas cautelares em processos cíveis.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078), adotado em 1990, regula práticas de mercado como publicidade enganosa, falsas garantias, vendas de porta em porta, telemarketing e aumentos abusivos de preço, assim como contratos com consumidores em geral. A lei estabelece o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que é composto (1) pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), da SDE⁴³, (2) pelas agências de proteção do consumidor estaduais e locais (ProconS), e (3) organizações não-governamentais de consumidores (ONGCs). O DPDC é responsável pela coordenação geral do sistema e também lida com várias tarefas específicas. O Departamento emprega 29 funcionários administrativos e profissionais, os quais trabalham diretamente com o Diretor ou se distribuem entre as três Coordenações Gerais (Assuntos Jurídicos, Política do Consumidor e Supervisão e Controle). O Departamento também administra uma Central de Atendimento que responde pelo telefone a perguntas feitas por consumidores, fornecem informações solicitadas e direcionam queixas aos Procons locais.

Os Procons, localizados em todos os 26 estados brasileiros, no Distrito Federal (Brasília) e em 670 municípios, fornecem direcionamento aos consumidores; analisam suas perguntas, queixas e sugestões; e entram com ações civis públicas para tutelar o interesse dos consumidores. Eles também auxiliam os consumidores e fornecedores a resolver disputas por meio de acordos. No tocante às ONGCs existentes no Brasil, observa-se que há três organizações nacionais e mais de quarenta organizações estaduais e regionais. As ONGCs são muito ativas nas ações civis públicas que tutelam os direitos dos consumidores, além de publicarem revistas para consumidores, realizarem atividades educativas para consumidores, entre outras (como a comparação de preços).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece que as queixas do consumidor pleiteando danos podem ser apresentadas junto ao poder judiciário por um consumidor individual ou por um grupo de consumidores, declarando uma reclamação comum. As ações civis públicas para defender interesses de grupos

podem ser protocolados por Procons ou por promotorias, e as ONGCs podem, da mesma forma, mover ações em seu próprio nome ou em nome de uma classe de consumidores que tenha sido vítima. Além de autorizar processos para o ressarcimento de danos, a lei estabelece a possibilidade de que sejam movidas ações cíveis e penais. Ações penais, que podem implicar multas e prisão, podem ser movidas por promotores públicos, tanto em tribunais estaduais como federais. Os processos movidos na esfera federal ou estadual, que podem implicar a concessão de medidas cautelares e o dever de indenizar consumidores, podem ser apresentados por advogados de acusação, ONGs e, dependendo do tribunal envolvido, pelo DPDC ou pelo Procon.

O DPDC também desempenha função educativa do consumidor, seja por meio de sua página na internet, seja por meio de treinamentos para as ONGs, seja publicando folhetos de interesse de consumidores, seja desenvolvendo materiais educativos para currículos escolares. Como o DPDC é a entidade “irmã” do departamento de concorrência da SDE (o DPDE), há oportunidades para sinergia entre as funções de advocacia da concorrência e educação do consumidor, tal como descrito na parte relativa à defesa da concorrência deste relatório. Os dois departamentos também trocam informações sobre casos e discutem sobre questões de defesa da concorrência que tenham um componente de proteção do consumidor.

3. QUESTÕES INSTITUCIONAIS: ESTRUTURAS E PRÁTICA DE APLICAÇÃO DA LEI

3.1 Instituições de política de concorrência

3.1.1 CADE

A Lei nº. 8.884 estabelece o CADE como uma “autarquia federal”, associada ao Ministério da Justiça para fins orçamentários (Art. 3º). A função do CADE no policiamento da lei de concorrência é adjudicar as alegadas violações da lei e impor os remédios e multas apropriados. O Conselho consiste de um Presidente e seis membros do Conselho (ou conselheiros) indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado nacional por mandatos de dois anos (Art. 4º). Os indicados devem ser cidadãos com mais de trinta anos de idade e “notório saber jurídico ou econômico”. Eles podem reconduzir um mandato adicional, e podem perder seu mandato apenas por alguns crimes e malevolências especificados pela lei (Art. 5º). Os membros do CADE, enquanto em mandato, não podem acumular cargo (exceto os de natureza acadêmica) ou se envolver em atividades políticas. Dos seis atuais Conselheiros do CADE, dois (incluindo a Presidente) são professores de economia, e um terceiro é um economista que serviu como secretário-adjunto da SEAE. Os outros três são advogados, incluindo um professor de lei da concorrência, um procurador da Fazenda Nacional, e um procurador do estado. A opinião na comunidade antitruste brasileira é de que às vezes as nomeações para os cargos do CADE refletiram mais considerações políticas do que um foco no conhecimento técnico. Alguns profissionais urgem que os conselheiros de formação jurídica ou tenham experiência especificamente na lei de concorrência ou tenham um histórico educacional em economia.

A Lei nº. 8.884 também estabelece o envolvimento nas atividades do CADE de dois funcionários independentes. O primeiro é o Procurador-Geral do CADE, indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República após a aprovação do Senado. O Procurador-Geral serve sob as mesmas condições que se aplicam aos Conselheiros em relação a mandato, qualificação, recondução e perda de mandato (Art. 11), e desta forma não é sujeito a afastamento pelo Conselho. Os deveres legais do Procurador-Geral são: prestar assessoria jurídica ao CADE, emitir pareceres em casos pendentes perante o CADE para julgamento, defender o órgão

nos tribunais, promover a execução judicial de suas decisões e (com a autorização do CADE) promover acordos judiciais nos casos pendentes em tribunal (Art. 10)⁴⁴.

O segundo funcionário é um representante do Ministério Público Federal. O Artigo 12 dispõe que o Procurador-Geral da República indicará um membro do Ministério Público para “oficiar” nos casos enviados ao CADE para apreciação. O Artigo acrescenta que o CADE pode requerer que o Procurador-Geral execute as decisões do CADE em tribunal e outras ações judiciais no exercício do dever legal do Procurador de proteger a ordem econômica. Uma descrição da função do Procurador-Geral e sua relação com outras instituições jurídicas aparecem abaixo.

Caixa 5. Três Instituições Legais que Afetam o Cumprimento da Lei de Concorrência: o Ministério Público, o Procurador-Geral e o Ministério da Justiça

O Ministério Público Federal foi criado pela Constituição brasileira (Art. 128) como um órgão completamente independente do governo. Uma função importante dele é processar violações do direito penal. Além disso, o Ministério tem a responsabilidade de proteger o interesse público, incluindo interesses particularmente “difusos” que não têm um eleitorado político naturalmente forte. A ordem econômica e o meio-ambiente são dois exemplos desses interesses difusos. O Ministério Público também tem como fim averiguar excessos de outras partes do governo. Assim, ele tem uma função especial no processamento de ações corruptas de altos funcionários do governo e tem autoridade específica para desafiar a constitucionalidade de ações tomadas pelo Congresso ou por agências governamentais.

O Ministério Público pode ser contrastado com a Procuradoria-Geral e o Ministério da Justiça, que são ministérios regulares do Poder Executivo. A função da Procuradoria-Geral é representar o governo como tal, e assim prestar assessoria jurídica aos órgãos federais e representá-las nos tribunais. Se a SDE ou a SEAE forem partes em uma ação em tribunal, elas serão representadas por advogados da Procuradoria-Geral. Alguns órgãos autônomos, incluindo o CADE, têm seu próprio Procurador-Geral⁴⁵.

O Ministério da Justiça serve como o braço do governo para assuntos administrativos relativos ao cumprimento da lei. As Secretarias dentro do Ministério, como a SDE, são responsáveis por vários elementos da missão do Ministério, mas não se ocupam diretamente de litígios nos tribunais (que é ocupação do Procurador-Geral).

O verbo “oficiar”, usado no Artigo 12 (e traduzido no texto em inglês como “*handle*”) é ambíguo e deixa pouco clara a função precisa do promotor designado nos processos do CADE. Presumidamente, o promotor tem como objetivo servir como “cão de guarda” contra ilegalidades nas operações do CADE. Atualmente, o Ministério Público tem dois representantes atuando no CADE, que preparam pareceres sobre questões apresentadas ao Plenário do CADE para decisão. Se os

representantes concluírem que uma ação contemplada pelo CADE é juridicamente defeituosa, eles podem apresentar argumentos ao Conselho e desafiar a ação em tribunal federal. Dada a responsabilidade do procurador de proteger os interesses difusos da sociedade na ordem econômica, a ocasião mais provável para um processo seria uma em que o procurador concluisse que o CADE impropriamente não condenou uma violação.

A experiência do CADE com o Ministério Público variou ao longo do tempo. Representantes do Ministério Público são ordinariamente designados para servir no CADE por mandatos de dois anos. Durante alguns períodos, o posto simplesmente ficou desocupado. Em contraste, o membro do Ministério Público responsável em 2003-2004 adotou uma postura bem agressiva, levando processos contra o CADE a tribunal em diversas ocasiões por alegados erros procedimentais⁴⁶. Mais recentemente, o CADE e o Ministério Público abriram consultorias para estabelecer uma interpretação comum para a linguagem legal que descreve a função do procurador no CADE⁴⁷.

Como observado acima, o Parágrafo Único do Artigo 12 estabelece que o CADE pode requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados. Tradicionalmente, os procuradores da Procuradoria-Geral do CADE representaram o CADE nas ações de execução judicial protocoladas em Brasília. Recentemente, os representantes do Ministério Público no CADE têm fornecido assistência cooperativa em tais processos. Quando as ações de execução são protocoladas fora de Brasília, o CADE ordinariamente confia na Procuradoria-Geral do estado relevante, mas ele também recebeu assistência, nestes casos, de procuradores estaduais e federais.

O CADE foi criado como um órgão “independente” pelo Artigo 3º, e o Artigo 50 estabelece que as decisões do CADE não sejam sujeitas a qualquer revisão pelo Poder Executivo do governo. A comunidade antitruste considera o CADE como genuinamente autônomo, embora muitos profissionais expressem preocupação com o disposto no Artigo 4º, nos termos do qual o mandato dos Conselheiros pode ser reconduzido. Considera-se que isto cria um incentivo para os Conselheiros empossados a ajustar suas decisões por razões políticas para que lhes seja concedido um segundo mandato. Se isto é ou não verdade, a opção de recondução inegavelmente apresenta uma oportunidade para manobras políticas pelo Senado, como demonstra o resultado do ato de concentração Nestlé-Garoto. A legislação proposta para emendar a Lei nº. 8.884 estende o mandato dos Conselheiros do CADE para até quatro anos, sem a possibilidade de recondução imediata.

Caixa 6. Questões Institucionais: Propostas de Alteração da Lei

Todos os participantes da comunidade antitruste no Brasil, incluindo os órgãos do SBDC, acadêmicos e profissionais, concordam que a presente estrutura institucional tripartite para a aplicação da lei de concorrência é ineficiente. O Relatório de 2000 chegou à mesma conclusão (p. 214), embora não tenha recomendado reestruturações institucionais específicas. O Relatório de 2000 urgiu uma maior integração das funções adjudicativas e investigativas e que se aumentasse os esforços para eliminar esforços duplicados entre os órgãos (p. 214).

Além do problema da ineficiência estrutural, o Relatório de 2000 também observou duas características institucionais do SBDC que operam para comprometer a autonomia do CADE. Primeiro, por causa de casos de aplicação da lei poderem ser iniciados somente pela SDE, falta capacidade ao CADE de controlar a direção da aplicação da lei de concorrência (p. 215). Segundo, o mandato de dois anos dos conselheiros do CADE, e o fato de que os mandatos não serem alternados, significa que todo o Conselho pode ser substituído em um curto período de tempo quando (como de fato aconteceu) os mandatos do quadro expiram em rápida sucessão. Isto não apenas ameaça a independência do CADE de controle político, mas também resulta em uma perda de continuidade institucional (p. 215). O Relatório recomendou mandatos mais longos e alternados, de cinco a sete anos para abordar estas questões (p. 215).

As emendas propostas à Lei nº. 8.884 incluem provimentos que tratam da duração e seqüência dos mandatos dos conselheiros, e com integração institucional. Além de converter o “conselho” do CADE em um “tribunal administrativo”, o projeto de lei estende os mandatos de seus membros de dois anos para quatro anos, e alterna os mandatos para evitar ocupações simultâneas⁴⁸. O processo de indicação para conselheiros é levemente modificado, para que o indicado pelo Presidente da República para Presidente do CADE seja recomendado conjuntamente pelos Ministros da Fazenda e da Justiça e os nomeados para as posições individuais do Conselho sejam recomendados alternadamente pelos mesmos dois Ministros supracitados. A aprovação do Senado ainda é necessária.

As mudanças institucionais mais dramáticas na lei afetam a SDE e a SEAE. O Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE é abolida e suas responsabilidades investigativas e executivas preliminares são transferidas à nova Diretoria-Geral do CADE, que abrange um Diretor-Geral (DG) e cinco diretores. O Diretor-Geral, indicado pelo Presidente da República mediante a recomendação conjunta dos Ministros da Fazenda e da Justiça e aprovado pelo Senado, serve por um mandato de dois anos, tendo a oportunidade de uma recondução. O DG está sujeito às mesmas condições que se aplicam aos Conselheiros em relação a afastamento do cargo, e assim não pode ser afastado à vontade pelo Plenário. Os cinco diretores são indicados pelo Presidente da República mediante a nomeação do Diretor-Geral e servem ao arbítrio do DG.

Um Departamento de Estudos Econômicos também é criado dentro do CADE, chefiado por um Economista-Chefe indicado pelo Presidente da República mediante a recomendação do Ministro da Fazenda e aprovado pelo Senado. O Economista-Chefe serve sob as mesmas condições que se aplicam aos Conselheiros em relação a mandato do cargo, recondução e afastamento. O Departamento é responsável pela realização de estudos econômicos e relatórios técnicos para assessorar a análise de casos do CADE, como solicitado pelo Conselheiro-Relator ou pelo Diretor-Geral.

O papel e a autoridade do Procurador-Geral do CADE na assessoria jurídica e representação nos processos judiciais permanecem basicamente inalterados. Entretanto, não se requer mais que o Procurador-Geral emita parecer sobre cada caso apresentado ao Plenário para decisão. Em vez disso, o Conselheiro-Relator tem o arbítrio de solicitar ou não o parecer do Procurador-Geral.

A função da SEAE é significativamente alterada para focar primariamente na defesa da concorrência, estudos de mercado e assuntos relacionados aos setores regulados da economia. No contexto da aplicação da lei, a SEAE não mais possui os poderes de investigação dos quais dispõe atualmente. Ela ainda é informada quando os processos administrativos começam e ainda recebe cópias de todas as notificações de atos de concentração, mas não é obrigada a fornecer um parecer técnico em cada caso de ato de concentração. Em vez disso, a SEAE fornece um parecer sobre casos de conduta ou de atos de concentração à sua própria escolha ou quando solicitada ou pelo Diretor-Geral ou pelo Conselheiro-Relator em um assunto particular. Um novo provimento especifica que a SDE é responsável pela avaliação de queixas que receber de terceiros privados e pelo envio ao DG das queixas que julgar meritórias do início de inquérito administrativo. A SEAE também pode recomendar que o CADE emita uma ordem de cessação durante um processo administrativo sempre que a SEAE concluir que a conduta do representado possa causar danos irreparáveis a um mercado ou declarar o processo como ineficaz.

Fora da arena de aplicação da lei de concorrência, a SEAE é responsável pela promoção de concorrência perante outras agências governamentais e perante a sociedade civil em geral, consultando outras agências regulatórias e opinando nos regulamentos propostos, conduzindo estudos de mercado e analisando e propondo revisões às leis e aos regulamentos que afetam a concorrência. Para cumprir suas várias missões, a SEAE pode solicitar a produção voluntária de informações a indivíduos e entidades públicas ou privadas. A SEAE também tem poderes para acessar arquivos de casos mantidos pelo CADE e por outros órgãos públicos e órgãos de aplicação da lei, e pode solicitar que o Diretor-Geral do CADE conduza exames e inspeções e procure autoridade judicial para procedimentos de busca e seqüestro em nome da SEAE.

3.1.2 SDE

De acordo com a Lei nº. 8.884, as funções investigativas e algumas funções executivas preliminares são realizadas pela SDE (Art. 14). A SDE é chefiada por um Secretário indicado pelo Ministro da Justiça e é dividida em dois Departamentos, um com responsabilidade pela lei de concorrência (o Departamento de Proteção e Defesa Econômica, ou DPDE), o outro responsável pela lei de proteção do consumidor (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, ou DPDC). Cada um dos departamentos é chefiado por um Diretor que indicado pelo Secretário. Embora a SDE não tenha sido criada como um órgão independente, a Lei nº. 8.884 dispõe que das decisões do Secretário “não caberá recurso ao superior hierárquico” no Ministério da Justiça (Art. 41). Tradicionalmente, o Ministério não interferiu nas atividades da SDE.

3.1.3 SEAE

A SEAE, chefiada por um Secretário indicado pelo Ministro da Fazenda, tem três responsabilidades principais: (1) realizar certas funções investigativas e de assessoria nos termos da lei de concorrência, (2) fornecer análises econômicas para programas regulatórios de economia (incluindo análise de preços) e (3) monitorar condições de mercado no Brasil. De acordo com a Lei nº. 8.884, a SDE deve informar à SEAE quando do começo de um processo administrativo da SDE em um caso de conduta, e a SEAE pode então decidir emitir um parecer à SDE sobre o assunto (Art. 38). Em casos de ato de concentração, o Artigo 54 requer que a SEAE forneça um relatório de análise técnica à SDE em todas as transações das quais uma notificação é enviada (Art. 54). As emendas de 2000 à Lei nº. 8.884 investem a SEAE de autoridade para empregar todos os poderes investigativos disponíveis à SDE (Art. 35-A, § 1)⁴⁹. A SEAE não tem, entretanto, nenhuma função executiva ou adjudicatória de acordo com a lei de concorrência.

3.2 Aplicação da lei de concorrência

A Lei nº. 8.884 investe a SDE da responsabilidade primária de monitorar mercados e identificar possíveis violações (Art. 14). O Secretário da SDE pode iniciar uma “investigação preliminar” ou *ex officio* ou mediante uma queixa ou requerimento de uma parte interessada (incluindo o CADE e a SEAE) quando as provas disponíveis não garantirem começo imediato de “processo administrativo” mais formal (Art. 30)⁵⁰. Dentro de 60 dias depois disso (um período que pode ser estendido por solicitações por informações), o Secretário deve decidir se termina a investigação preliminar ou inicia um processo administrativo (Art. 31)⁵¹. Uma determinação pelo término da investigação requer aprovação pelo CADE⁵². O “processo administrativo”, que é essencialmente um processo para desenvolver um registro formal de evidências, deve ser instituído dentro de oito dias do término da investigação preliminar ou do recebimento de uma queixa suficientemente bem embasada (Art. 32)⁵³. A SEAE é notificada quando tal processo é iniciado e pode então decidir fornecer um parecer à SDE sobre o assunto (Art. 38). A parte que constitui a representada é formalmente alertada da natureza da violação alegada e é convocada a enviar sua defesa dentro de quinze dias (Art. 33). Após o envio da defesa, começa um período de quarenta e cinco dias, durante o qual o representado pode enviar informações adicionais e também requerer uma oitiva perante a SDE de até três testemunhas (Art. 37). Dentro de cinco dias após o término da fase de produção de provas, o representado apresenta suas conclusões e o Secretário da SDE depois emite um relatório escrito contendo as investigações e uma recomendação de que o Plenário ou archive o caso ou encontre uma violação de lei (Art. 39)⁵⁴. O arquivamento do caso, incluindo quaisquer recomendações preparadas pela SEAE, é então encaminhado ao CADE para ação⁵⁵.

Todos os poderes de coleta de informações da SDE podem ser invocados durante as investigações preliminares e os processos administrativos formais (Art. 35 § 1). Antes das emendas de dezembro de 2000, estes poderes implicavam somente a autoridade de forçar a produção de documentos (com devida consideração pela proteção de informações confidenciais) e o depoimento oral de testemunhas (Art. 35). O Relatório de 2000 recomendou que os poderes investigativos e técnicas disponíveis aos órgãos do SBDC fossem aumentados para permitir a perseguição mais efetiva de cartéis (p. 207). As melhoras sugeridas incluem investir os órgãos de autoridade para realizar operações de busca e apreensão nas sedes e escritórios das empresas e a possibilidade de celebrar acordos de leniência em troca de cooperação. As emendas de 2000 realizaram estas recomendações, autorizando os órgãos a emitir mandados de busca com aviso prévio de 24 horas (Art. 35 § 2), dando poderes à SDE e à SEAE para solicitar ao Procurador-Geral que obtenha um mandado judicial para executar mandados de busca sem aviso (busca e apreensão, “*dawn raid*”) (Art. 35-A), e estender à SEAE todos os poderes investigativos disponíveis à SDE (Art. 35-A, § 1). Além disso, o Artigo 35-B autoriza a SDE a entrar em acordos de leniência nos termos dos quais indivíduos e empresas, em retribuição pela sua cooperação no processo de um caso, têm algumas ou todas as suas penas por conduta criminal de acordo com a Lei nº. 8.884 extintas. O provimento de leniência é suplementado pelo novo Artigo 35-C, que dispõe que a celebração do acordo de leniência também protegerá as partes cooperativas de processos criminais nos termos do direito penal econômico (Lei nº. 8.137/90).

Os esforços do SBDC para explorar os poderes legais criados pelas emendas de 2000 não foram utilizados até 2003. No começo do ano de 2003, a SDE se reestruturou para concentrar mais atenção no combate aos cartéis, e criou um departamento de técnicas quantitativas e econométricas para realizar análises em investigações de conduta (e em casos de atos de concentração também). A SDE também estabeleceu um “centro de inteligência” para investigações de cartel em conjunto com a Polícia Federal e o Ministério Público, com vistas a unir esforços nas investigações conjuntas criminais e civis de cartéis. Esta iniciativa foi auxiliada em parte pela aprovação de legislação, em maio de 2002 (Lei nº. 10.446), segundo a qual a Polícia Federal ficaria autorizada a auxiliar nas investigações de cartel que envolvessem aspectos interestaduais ou internacionais. De 2003 até o fim de 2004, a SEAE também aumentou substancialmente suas atividades de combate a cartéis, conduzindo investigações em mercados como aviação civil, cimentos, GLP, gasolina e outros, concentrando-se particularmente no emprego de análises econômicas para identificar conduta de cartel. Em uma parte significativa, a redirecionamento de recursos pela SEAE e pela SDE para investigações de cartel foi possibilitada pelos esforços intensivos para simplificar e acelerar os procedimentos de análise de atos de concentração. Buscando evitar a duplicidade de investigações de condutas, as

duas Secretarias também buscaram aumentar sua eficiência distribuindo assuntos entre si desde o início da investigação.

Caixa 7. Busca e Apreensão no Setor de Pedra Britada

O primeiro caso de busca e apreensão antitruste na história do Brasil foi conduzido pela SDE, em julho de 2003, nos escritórios do Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras). Os investigadores buscaram evidências de colusão no mercado de pedra britada, uma matéria-prima essencial na indústria de construção civil. As 21 empresas envolvidas no Sindicato representavam 70% da pedra britada produzida em São Paulo, e vinha alegadamente operando um cartel pelos dois anos anteriores.

Uma análise dos materiais apreendidos na busca levou a SDE a iniciar um processo administrativo para investigar fixação de preços, divisão de mercado, restrição de produção e fraude em licitação. Em novembro de 2004, a SDE completou sua investigação e recomendou que o CADE condenasse a Sindipedras e 18 das 21 empresas-membro por conluio ilegal. A SDE baseou sua recomendação nas provas de que as empresas (a) mantinham dados de preços e números de vendas diárias em um arquivo de computador central na Sindipedras; (b) se encontravam na associação para estabelecer políticas de cartel; (c) cobravam multas pelo não-cumprimento das decisões do grupo; (d) dividiam clientes e distribuíam cotas de vendas (incluindo vendas decorrentes de licitações públicas); e (e) exigiam um sobrepreço nas vendas feitas a clientes designados a outras empresas. O CADE emitiu sua decisão em julho de 2005, concordando com as análises da SDE e multando as empresas em quantias que iam de 15% a 20% de sua renda bruta em 2001, dependendo do grau de seu envolvimento na administração do cartel.

A SDE também forneceu as provas que tinha apreendido às autoridades policiais, que levaram a realização de oitivas de testemunhas pela SDE e pela polícia e, finalmente, a instauração de processo criminal que agora está pendente perante a justiça penal.

A SDE conduziu mais de 15 buscas e apreensões desde julho de 2003. A atividade não somente aumentou enormemente a qualidade de aplicação da lei de concorrência, mas também gerou provas que os promotores usaram para sustentar pedidos de autorização judiciais para realização de escutas telefônicas⁵⁶.

Desde 2003, a SDE também vem desenvolvendo o programa de leniência autorizado pelo Artigo 35-B⁵⁷. De acordo com este Artigo, um acordo de leniência pode ser celebrado se todas as seguintes condições se cumprem: (1) a empresa ou indivíduo é o primeiro a relatar a prática anticoncorrencial sob investigação, (2) a empresa ou indivíduo cessa todo envolvimento na prática anticoncorrencial a partir

da data em que o acordo é proposto, (3) a SDE não possui já provas suficientes para condenar a empresa ou indivíduo na época em que o acordo é proposto, e (4) a empresa ou indivíduo confessa ter participado na prática ilegal e efetivamente coopera com as investigações do governo (Art. 35-B, § 2). A leniência não é praticável às empresas ou indivíduos que instigaram a conduta ilegal (Art. 35-B, § 1).

O tipo de leniência acordado entre uma parte cooperativa depende se a SDE já era ciente da conduta ilegal em questão. Se a SDE não tinha ciência, a parte tem o direito à extinção de quaisquer penas no conseqüente processo do CADE. Se a SDE tinha ciência, o CADE é autorizado a reduzir a pena aplicável em um a dois terços, dependendo da efetividade da cooperação e da boa-fé da parte em cumprir o acordo de leniência (Art. 35-B, § 4). Neste último caso, a pena imposta não pode sob qualquer evento ser mais grave que a pena mais leve imposta sobre quaisquer dos outros participantes da conduta ilegal (Art. 35-B, § 5). Um acordo de leniência cobre os dirigentes e administradores da empresa cooperativa se estes indivíduos assinarem o acordo e cumprirem as obrigações exigidas (Art. 35-B, § 6)⁵⁸.

Até o momento, a SDE celebrou acordos de leniência com duas empresas e há outros três sob negociação. Um dos casos envolve a subsidiária brasileira de uma empresa que celebrou acordos de leniência com as autoridades antitruste dos Estados Unidos e da UE em relação ao mesmo cartel. A SDE, entretanto, encontrou alguns obstáculos práticos para a implementação do programa de leniência. A troca de cooperação com autoridade pela redução de penas não é uma prática usual no Brasil, nem no âmbito civil nem no penal, e os advogados que assessoram as partes envolvidas são muito cautelosos ao expor seus clientes ao programa, sem fortes garantias de que os benefícios totais da leniência serão realmente alcançados. Existem três fontes de incerteza. Primeiro, em qualquer caso em que a SDE tivesse conhecimento prévio da conduta ilegal, a redução na pena será determinada não pela SDE, mas pelo CADE, o que implicará a avaliação do CADE do nível de cooperação e da boa-fé da parte. Segundo, participantes de cartéis estão sujeitos a ações civis por danos causados às vítimas do cartel, e o dispositivo legal relativo à leniência não estabelece qualquer proteção para o beneficiário nos litígios privados. A terceira preocupação envolve questões associadas à proteção frente ao processo criminal, um tópico que pode ser desenvolvido em quatro sub-questões.

Primeiro, o Artigo 35-C estabelece que um acordo de leniência bem-sucedido protegerá as partes de processos criminais à luz da Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº. 8.137/90), mas não aborda outras leis penais (como as leis contra chantagem e formação de quadrilha) que podem concebivelmente implicar participantes de um cartel. Segundo, de acordo com o Artigo 35-B, os acordos de leniência são feitos pela “União, por intermédio da SDE”, uma frase que suscita

dúvidas quanto ao papel dos promotores estaduais. Embora a Constituição Brasileira invista o governo federal de poder exclusivo para promulgar leis penais, os promotores estaduais têm plenos poderes para aplicar todas estas leis, exceto naquelas situações em que o crime tenha implicações no âmbito nacional. A competência dos promotores estaduais em casos de cartel, à luz da Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, ainda é controvertida. Terceiro, alguns promotores federais podem considerar os acordos de leniência da SDE intrusões impróprias em seu campo de atuação. Quarto, alguns advogados cogitam se o programa de leniência é constitucional, baseados na argumentação de que somente um juiz tem poderes para extinguir a responsabilidade criminal⁵⁹. A SDE respondeu às preocupações relativas aos promotores estabelecendo acordos de cooperação com os procuradores estaduais, e incluindo como signatários nos acordos de leniência promotores públicos federais e estaduais que tenham se comprometido a proceder à denúncia criminal relativa à conduta sob investigação.

Uma questão de implementação à parte surgiu em casos em que uma parte aborda a SDE para estabelecer um acordo de leniência, mas se descobre que ela não estaria habilitada (talvez porque não seja a primeira parte no caso a oferecer cooperação). Nestas circunstâncias, a lei expressamente estabelece que a manifestação de interesse da parte será mantida confidencial pela SDE e não será tratada como admissão de culpa da conduta em questão, ou que tal conduta seja ilegal (Art. 35-B, § 10). Não-obstante, os profissionais apontam que a equipe da SDE terá acesso à submissão da parte, e expressam preocupação sobre o tratamento que a SDE dará à informação. Em resposta, a SDE oferece compromissos de que a equipe da Secretaria que viu um requerimento de leniência que não tenha resultado em acordo seria impedida de participar de casos relativos ao setor de mercado em questão (assim criando uma “Muralha da China” para isolar a informação de qualquer exploração imprópria na aplicação da lei).

Aliado ao programa de leniência, em janeiro de 2003, a SDE baixou a Portaria nº. 14, que fornece diretrizes para o estabelecimento de programas corporativos de observância da antitruste (ou programas de *compliance*). As empresas que cumprem as diretrizes podem obter um “Certificado de Cumprimento”, que é válido por dois anos e compromete a SDE a recomendar a redução de pena se a empresa certificada for suspeita de infringir a Lei nº. 8.884 durante o período de dois anos. Embora nenhum Certificado de Cumprimento tenha sido emitido até o final de 2004, a SDE relata que um número significativo de empresas contataram-na procurando informações sobre como estabelecer a conformidade de seus programas de cumprimento com a Portaria⁶⁰.

A Lei nº. 8.884 estabelece a possibilidade de concessão de medidas preventivas durante os processos em curso na SDE. No decorrer de um processo administrativo,

o Secretário da SDE pode deferir uma medida preventiva, seja de ofício, seja por requerimento. Para tanto, o Secretário deve ter razões sólidas para crer que “o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo” (Art. 52). A medida é imediatamente efetiva, podendo haver contudo, recurso voluntário ao CADE e ao poder judiciário. Uma vez que um caso esteja perante o CADE, o Artigo 52 também permite que o Conselheiro-Relator emita uma medida preventiva, novamente sujeita à revisão pelo Plenário.

A SDE defere medidas preventivas no início de investigações de conduta, o que não é usual em casos de cartel. De 2002 a 2004, o CADE examinou recursos contra 9 medidas preventivas interpostas pela SDE, mantendo 6 delas integralmente e revisando, em parte, 3 delas. O CADE também emitiu medidas preventivas, tipicamente em circunstâncias em que a SDE tinha anteriormente negado a concessão da medida por requerimento de terceiras partes. Casos recentes envolvendo emissão de medidas preventivas pela SDE incluem uma investigação em face da Associação Médica da Bahia relativa ao estabelecimento de uma tabela de preços enviada aos médicos membros. A medida preventiva da SDE proibia a Associação de tentar forçar a observância da tabela pelos médicos. Outra medida de 2004 impediu a Unimed de Goiânia de desafiliar três hospitais da cidade que tinham anunciado a intenção de oferecer um plano médico alternativo em concorrência com a Unimed. As partes de ambos estes casos apelaram junto ao CADE, sem sucesso, da medida preventiva da SDE. Em um terceiro caso, também em 2004, a SDE ordenou que uma associação de fabricantes de extintores de incêndio de Brasília e as empresas membros cessassem um acordo nos termos do qual a associação publicava uma declaração anual de “custos fixos e média variável de custos de produção”, e os membros determinavam seus preços de varejo impondo uma margem de 30% em cima de cada item de custo⁶¹. As partes escolheram não apelar da medida.

Os termos de compromisso de cessação, em casos de conduta, podem ser elaborados nos termos do Artigo 53 da lei, que estabelece que a SDE (sujeita à aprovação do CADE), ou o próprio CADE, podem celebrar acordos com representados para encerrar um processo administrativo. Nos termos deste acordo, o caso é suspenso se o representado concorda cessar a conduta em questão e fornecer relatórios periódicos de cumprimento. O acordo não constitui uma admissão de culpa pelo representado e não implica penas pecuniárias, mas o caso será reaberto e as multas serão impostas se os termos do acordo forem violados. O acordo aplica-se por um determinado período de tempo, ao fim do qual o caso administrativo correspondente é encerrado se o acordo foi honrado. As alterações legais de 2000 estabelecem que tais acordos podem não ser aceitos em relação a condutas horizontais envolvendo fixação de preços, conluio em licitações, divisão de mercado e conduta similar (Art. 53, § 5).

A Portaria da SDE estabelece em que um acordo, nos termos do Artigo 53, não é possível se, na época em que é proposto, a SDE já tivesse provas suficientes para condenar o representado pela violação sob investigação (Portaria da SDE nº. 849/2000, Art. 40). Essa política é elaborada para prevenir que os representados aguardem a conclusão da investigação da SDE para, apenas em caso de risco de condenação, buscarem um acordo com a Secretaria. A portaria da SDE também requer que os acordos sejam publicados antes da aceitação pela SDE e envio ao CADE para homologação, a fim de permitir que terceiros tenham acesso ao acordo e possam opinar (Art. 41)⁶².

Desde 2002, houve apenas dois acordos, nos termos do Artigo 53, feitos pela SDE. Um acordo em 2003, celebrado com a *Airline Tariff Publishing Company* (ATPCO), envolvia um caso descrito anteriormente junto ao processo do cartel de linhas aéreas no Rio de Janeiro e São Paulo. A ATPCO manifestou interesse, logo no início da investigação da SDE, para inutilizar o seu sistema computadorizado de informação de tarifas aéreas pelo qual uma linha aérea poderia postar temporariamente mudanças de preço de forma que as outras companhias vissem. O segundo acordo, também de 2003, foi com a Helibrás, distribuidora exclusiva, no Brasil, de um certo tipo de helicóptero. A SDE abriu uma investigação contra a Helibrás, a partir das reclamações de a empresa teria se recusado a disponibilizar manuais técnicos e peças sobressalentes para as empresas de serviço em aeronaves que desejassem entrar em contratos de manutenção com compradores do helicóptero. A SDE outorgou uma medida preventiva, nos termos do Artigo 52, que requeria que a Helibrás fornecesse as peças e manuais necessários a interessados. Após buscar junto ao poder judiciário, repetidas vezes, a reversão da medida cautelar da SDE, a Helibrás manifestou interesse de celebrar um acordo com a SDE, nos termos do Artigo 53, comprometendo-se a atender os mesmos provimentos do mandado. A SDE concluiu que o acordo era apropriado, pois nenhuma investigação havia sido realizada em várias questões, incluindo-se se os manuais estariam disponíveis por outras fontes e se havia razões técnicas ou de segurança para a recusa de venda de peças sobressalentes. O CADE aprovou o acordo da Helibrás em 2004 e o acordo da ATPCO em março de 2005.

Quando o CADE recebe o parecer da SDE recomendando a forma de decidir um caso, o caso é sorteado, de forma aleatória, a um dos seis conselheiros, que é designado Conselheiro-Relator. O Procurador-Geral do CADE deve então emitir um parecer sobre o caso dentro de 20 dias (Art. 42). O parecer do Procurador-Geral geralmente concentra-se nos aspectos legais, mas pode também apreciar questões de mérito. De acordo com a Resolução nº. 20 do CADE, que estabelece certas características dos procedimentos deliberativos do Plenário, o Conselheiro-Relator deve decidir se promoverá instrução complementar dentro de 60 dias do recebimento do caso⁶³. Se novas diligências forem realizadas, o CADE pode empregar os poderes

investigativos do Artigo 35 para obter as informações necessárias (Art. 43)⁶⁴. Como observado acima, o Conselheiro-Relator, como o Secretário da SDE durante o processo administrativo da SDE, pode invocar o Artigo 52 para adotar uma medida preventiva durante o processo do CADE. Esta medida, concedida para prevenir danos irreparáveis ou para assegurar que o resultado final do processo não se torne ineficaz, é efetiva imediatamente, mas pode ser apelada junto ao Plenário do CADE e ao poder judiciário.

Ao completar o período de 60 dias ou a investigação suplementar, o Conselheiro-Relator coloca o caso em pauta do CADE para julgamento “com a maior brevidade possível”⁶⁵. O Conselheiro-Relator deve preparar um relatório escrito e um voto para o caso e deve enviar este relatório aos outros conselheiros e às partes em até cinco dias antes da sessão de julgamento⁶⁶. A decisão do Conselho é emitida em uma sessão pública, durante a qual o Procurador-Geral do CADE e o representado (mas não a SDE e nem a SEAE) têm um oportunidade de se pronunciar (Art. 45). O quorum mínimo é de cinco membros e uma decisão é tomada por uma maioria destes participantes (Art. 49). O Presidente é um dos sete membros votantes e, no caso de um empate, pode dar um voto adicional (Art. 8º, inciso II). Na sessão de julgamento, quaisquer dos conselheiros pode solicitar vistas dos autos e pode também propor que uma investigação adicional seja feita. Esta investigação adicional deve ser aprovada pelo Plenário e, se aprovada, é feita pelo Conselheiro-Relator.

Como acontece nos casos de ato de concentração, o CADE não fica vinculado às recomendações da SEAE ou da SDE e é responsável pela adjudicação imparcial dos casos. Um julgamento do Conselho que decida processar uma violação deve ser expresso em decisão escrita, contendo um relato detalhado da conduta do representado, uma análise das razões para se determinar a ilegalidade, uma discussão do remédio adotado e a quantia da multa pecuniária imposta, e uma especificação da multa diária se a conduta ilegal persistir (Art. 46). De acordo com o Artigo 24, o CADE tem autoridade para impor quaisquer remédios para promover a alteração necessária na estrutura ou conduta do representado, incluindo transferência de bens, transferência de controle corporativo e cessação das atividades comerciais especificadas. A decisão também pode declarar o representado como não-habilitado a participar de licitações públicas por até cinco anos, exigir que o representado publique uma nota em jornal resumindo a decisão do CADE e determinar a inclusão do nome do representado na lista de infratores da lei de proteção do consumidor⁶⁷.

Caixa 8. Procedimentos em Caso de Conduta: Alterações Propostas

Uma crítica recorrente do CADE é que os casos apresentados a ele demoram muito a se resolver. Uma solução possível para este problema é reduzir o número de determinações secundárias que o CADE tem que fazer, para que mais tempo possa ser dedicado às determinações de casos substanciais. A legislação proposta para emendar a Lei nº. 8.884 aborda esta questão eliminando a revisão do Plenário feita sobre as decisões da Diretoria-Geral para encerrar investigações. A proposta também altera várias outras características dos procedimentos aplicáveis em casos de conduta (sem ser de ato de concentração), como descrito abaixo.

A Diretoria-Geral (DG) do CADE, como sucessor do DPDE, é responsável por monitorar mercados identificando possíveis violações e decidindo se inicia processos investigativos. Estes processos incluem “procedimentos preparatórios” (substituindo o que se chama de “investigações preliminares” na atual lei), inquéritos administrativos (que são investigações formais conduzidas pela DG) e processos administrativos (processos para o desenvolvimento de um registro formal de provas a serem julgadas pelo Plenário). Se a Diretoria-Geral inicia um “procedimento preparatório”, ele deve ser concluído em 30 dias, reduzido dos 60 dias determinados para investigações preliminares da presente lei.

Um inquérito administrativo é uma nova fase investigativa que não tem contraparte de acordo com a atual lei. Conduzido pela Diretoria-Geral, deve ser completado em 180 dias, mas pode ser estendido pela DG por causa justa⁶⁸. A recusa da Diretoria-Geral em abrir um inquérito administrativo pode ser apelada por um petionário apenas junto à Diretoria-Geral, e a decisão da DG em tais apelações (assim como suas determinações em encerrar um caso ao fim de um inquérito administrativo) são finais e não está sujeita a revisão automática pelo Plenário como está de acordo com a presente lei.

Os ritos para um processo administrativo são deixados essencialmente inalterados, exceto que a fase de produção de provas depois que o representado apresenta sua defesa se estende por 60 dias (aumento dos existentes 45 dias). Uma vez que o caso está perante o Plenário, a única mudança procedimental é que o Diretor-Geral ou o Conselheiro-Relator pode permitir a participação no caso de qualquer terceira parte que seja afetada pela decisão do Plenário ou que represente os interesses de uma classe afetada.

Os Compromissos de Cessação nos termos do Artigo 53 permanecem disponíveis, mas novas determinações foram adicionadas para prover expressamente que um acordo proposto possa ser rejeitado quando (1) já há provas suficientes para assegurar uma condenação, (2) a assinatura do Termo de Compromisso de Cessação não serviria os objetivos da Lei nº. 8.884, ou (3) as partes não conseguem chegar em termos comuns.

Os profissionais não se queixam sobre os procedimentos do SBDC⁶⁹. Os órgãos do SBDC enfatizam a transparência do processo – as partes têm total acesso aos registros dos casos (sujeito a restrições de confidencialidade) tanto na SDE, quanto no CADE (Art. 33 § 4), e as sessões de julgamento do CADE são públicas. Por

outro lado, há queixas de que as restrições de confidencialidade, embora bem elaboradas nos regulamentos dos órgãos⁷⁰, não são implementadas com cuidado suficiente para evitar revelações acidentais⁷¹. Também há certa ansiedade de que as informações obtidas no curso de investigações sejam reveladas a autoridades antitruste estrangeiras. De acordo com os profissionais envolvidos nas análises de atos de concentração, os membros da equipe dos órgãos às vezes promoveram diligências solicitando informações das partes com o propósito de suspender o transcurso do prazo. Também há uma convicção geral entre profissionais que trabalham com atos de concentração que as solicitações dos órgãos por informações adicionais não levem em consideração os custos impostos nas empresas afetadas.

Quanto às decisões tomadas pelo CADE, a opinião consensual na comunidade antitruste é de que a qualidade da análise melhorou significativamente desde 2000 e que as decisões agora podem geralmente ser classificadas como “bom” ou “melhor”. Há crítica de que as decisões do CADE não dão importância suficiente para desenvolver um corpo de precedentes. Há geralmente pouca discussão das decisões anteriores de casos ou de diretrizes de análise (como a Resolução nº. 20) que o CADE emitiu anteriormente. Esta queixa não é, entretanto, limitada ao CADE, pois os profissionais atuantes na área afirmam isto contra o sistema judiciário brasileiro em geral.

Tabela 5. Linha Temporal de Cinco Casos do SBDC

Caso	Investigação começou	Status do SBDC
Linhas aéreas	1999	Decisão do CADE – 2004
Jornais	1999	Decisão do CADE – 2005
Lysine	1999	Investigação pendente na SDE
Vitaminas	2000	Caso enviado ao CADE – junho de 2005
Medicamentos genéricos	2000	Caso enviado ao CADE – agosto de 2003; investigação suplementar pedida pelo CADE – fevereiro de 2005

Fonte: SBDC, 2005

A demora nos processos do SBDC continua a ser um problema. Como discutido anteriormente em relação aos atos de concentração, embora melhorias substanciais tenham sido feitas recentemente em relação ao processamento de notificações de atos de concentração simples, os casos mais complexos podem exigir

vários anos para se resolverem. Os casos de conduta também podem consumir muitos anos de esforço. Até investigações preliminares feitas pela SDE nos termos do Artigo 30, que o estatuto exige que se complete em 30 dias, levam em média seis meses para se completar. A seguinte tabela mostra a linha temporal para cinco casos de conduta do SBDC. Dois deles, envolvendo jornais e linhas aéreas, foram discutidos anteriormente neste relatório. Os outros três foram mencionados no Relatório anterior como casos que estavam pendentes em 2000⁷². Todos os casos são cartéis de fixação de preço, exceto o caso de medicamentos genéricos, que envolvia um acordo entre empresas farmacêuticas para boicotar distribuidoras que vendessem produtos genéricos.

A SDE, por sua vez, adotou recentemente medidas para acelerar a análise dos casos mais relevantes de cartel. A investigação de pedra britada, por exemplo, iniciou-se em julho de 2003 e foi enviado ao CADE em novembro de 2004⁷³. Também é importante observar que a SDE outorga medidas preventivas, nos termos do Artigo 52, no começo da maioria das investigações importantes de conduta que não configuram cartel, com o efeito de que a conduta anticoncorrencial seja interrompida durante o processo. Este foi o caso, por exemplo, em relação ao caso de medicamentos genéricos, no qual a medida cautelar proibia os representados de continuar o boicote. Entretanto, a longa duração dos processos do SBDC resultam em ineficiências. O tipicamente curto mandato dos investigadores do SBDC e dos conselheiros do CADE significa que o conhecimento acumulado sobre dado caso deve ser dominado por grupos sucessivos. Há muitas razões para a demora que caracteriza os procedimentos do SBDC, e o problema do mandato mencionado é uma deficiência crônica para o corpo técnico. As questões em relação ao corpo técnico e recursos são examinados em parte posterior deste relatório. No caso da SDE, outra fonte de demora decorre da necessidade de coordenar investigações com a polícia e de negociar acordos de leniência com Promotores Públicos.

Uma vez que um caso está perante o CADE, a demora no adamento do processo pode resultar da ausência de quorum, causada por qualquer combinação de cadeiras vazias e impedimentos pelos conselheiros presentes que reduz o número de participantes votantes para menos do que cinco, número exigido por lei. As circunstâncias que exigem o impedimento podem derivar não somente das situações em que um conselheiro anteriormente trabalhou no setor privado, mas também quando um conselheiro foi anteriormente empregado pela SDE ou pela SEAE. Também, de acordo com os procedimentos internos do CADE, os conselheiros, além do Conselheiro-Relator, recebem o relatório do caso do conselheiro designado somente cinco dias antes do julgamento⁷⁴. Este sistema leva a solicitações por tempo adicional para examinar casos complexos em maior profundidade, frequentemente depois disso, para providências de investigação suplementar. O Artigo 42, que

estabelece que o Procurador-Geral do CADE deve emitir um parecer em relação a cada caso pendente, também pode causar demora⁷⁵.

O Artigo 50 da Lei nº. 8.884 provê expressamente que as decisões do CADE, uma vez emitidas, não sejam sujeitas a revisão em nenhuma instância do Poder Executivo e que tais decisões “sejam executadas de imediato”. As decisões do CADE são, entretanto, plenamente sujeitas a revisão pelo Poder Judiciário na instância das partes afetadas, como discutido mais abaixo. O Procurador-Geral do CADE é responsável por tomar ação legal adequada para assegurar a implementação da decisão do Plenário. As medidas do CADE, como exigido por lei, impõem uma multa pela infração, e também especificam uma multa diária para ser acumulada no caso de o representado não cumprir com quaisquer proibições ou exigências de conduta estabelecidas pela decisão.

Para casos envolvendo condutas que infrinjam o Artigo 20 (ou seja, conduta que não envolva atos de concentração), a multa mínima é de 1% da receita bruta do ano anterior, desde que a quantia calculada não seja menor do que o ganho realizado com a infração (Art. 23, inciso I). A lei não especifica se a renda bruta deve ser determinada em referência ao faturamento global do representado ou somente ao faturamento gerado por vendas no mercado brasileiro afetado pela infração. O CADE normalmente utiliza o critério de faturamento global, no entanto, em sua decisão de setembro de 2004, referente ao cartel de linhas aéreas entre Rio-São Paulo adotou como parâmetro o faturamento nacional.

A multa máxima para infração do Artigo 20 é de 30% da receita bruta do ano anterior (Art. 23, inciso I). Os administradores individuais responsáveis pela conduta corporativa ilegal podem ser multados em uma quantia de 10% a 50% da multa da empresa (Art. 23, inciso II). As associações e outras entidades que não participam de atividades comerciais, ou para as quais a receita bruta não é critério apropriado para a fixação de multa, podem ser multadas de 6.000 a 6 milhões de UFIRs (US\$2.460 a US\$2,46 milhões) (Art. 23, inciso III). As multas por reincidência são dobradas (Art. 23, parágrafo único).

Em razão do descumprimento de determinação, medida preventiva ou compromisso de cessação do CADE, o Conselho pode impor uma multa diária de 5.000 a 100.000 UFIRs (US\$2.050 a US\$41.000) (Art. 25), acumulando por até noventa dias⁷⁶. Como observado na discussão relativa à notificação de atos de concentração, o Artigo 54 § 5, dá poderes ao CADE para impor uma multa de 60.000 a 6 milhões de UFIRs (US\$22.800 a US\$2,28 milhões) pelo descumprimento do prazo de envio de notificação de ato de concentração. Em maio de 2004, o CADE baixou a Resolução nº. 36, que estabelece um conjunto detalhado de diretrizes para determinar a quantia da multa a ser imposta por uma notificação intempestiva. Além

destas multas que podem decorrer de envios fora do prazo, nenhuma multa ou pena é imposta por propor um ato de concentração que o CADE desaprove ou aprove sob condições, a não ser que o representado infrinja em seguida a determinação do CADE.

Uma multa diária de 5.000 a 100.000 UFIRs (US\$2.050 a US\$41.000), aplicável por no máximo noventa dias, pode ser imposta caso se deixe de fornecer documento exigidos em uma investigação (ou não se zele pela sua elaboração) (Art. 26). De acordo com as alterações legais de 2000, uma pessoa que não compareça a uma oitiva de testemunha pode ser multada de R\$500 a R\$10.700 (US\$195 a US\$4.175) (Art. 26, § 5). Estas multas podem ser impostas pela SDE, pela SEAE ou pelo CADE, dependendo de qual órgão emitiu a solicitação. De forma semelhante, o artigo 26-A autoriza a imposição de uma multa de R\$21.200 a R\$425.700 (US\$8.270 a US\$166.000) por impedir que se proceda a uma inspeção realizada na empresa, nos termos do Artigo 35 § 2.

Caixa 9: Multas: Propostas de Alteração

Nos termos da legislação proposta, a multa mínima (atualmente 1 por cento do faturamento bruto ou o ganho resultante da violação, o que for maior) está fixada em R\$ 6000 (US\$ 2,340). O máximo (atualmente 30 por cento do faturamento bruto anual do ano anterior) está fixado em R\$ 200 milhões (US\$ 78 milhões). Os dirigentes que sejam responsáveis pela conduta ilegal de uma empresa estão atualmente sujeitos a uma multa que varia de 10 a 50 por cento da multa da empresa. A proposta sujeita esses dirigentes a uma multa com os mesmos níveis mínimos e máximos aplicáveis às empresas. As multas para pessoas físicas não mais será viável, devido à significativa redução na multa mínima das pessoas jurídicas.

As multas pelo descumprimento das decisões do CADE, pelo não fornecimento de documentos ou pelo não comparecimento a oitivas de testemunhas, ou por impedir investigação mantiveram-se inalteradas (exceto alteração para cobrança em *reais* e não mais em UFIR), mas foi adicionado um novo dispositivo prevendo uma multa de R\$ 5000 a 5 milhões (US\$ 190 a 1.950.000) pela apresentação de documentos falsos ou falso testemunho. Os dispositivos do projeto que alteram as multas associadas ao processo de análise de fusões são abordadas na discussão sobre atos de concentração.

Outra mudança significativa diz respeito à disposição das receitas oriundas de multas. Segundo a proposta, as receitas resultantes da aplicação de multas não continuarão a ser transferidas exclusivamente para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, mas 25% serão alocados para o CADE, 25% para a SEAE e 50% para o Fundo.

Tabela 6. Multas Impostas e Recolhidas sob o Artigo 23, em Casos de Conduta 2002 - 2004.

Ano	Avaliadas (Milhões de R\$)	Recolhidas (R\$)	Percentual Recolhimento
2002	2,8	12.770	0,45%
2003	8,3	620.000	7,46%
2004	5,6	0	0%

Fonte: BCPS, 2005

Tabela 7. Multas Impostas e Recolhidas nos termos do Artigo 54, por intempestividade na notificação de atos de concentração 2002 - 2004.

Ano	Avaliadas (Milhões de R\$)	Recolhidas (R\$)	Percentual Recolhido
2000	16,3	8,7	53,4%
2001	9,9	5,7	57,5%
2002	7,9	4,8	60,5%
2003	2,2	1,1	50,1%
2004	3,0	1,4	48,8%

Fonte: BCPS, 2005

A parcela de multas recolhidas devido à notificação intempestiva de atos de concentração tem sido consistentemente maior do que a parcela de multas recolhidas por conduta anticoncorrenciais. Isso porque algumas multas por intempestividades são pagas voluntariamente, enquanto multas por condutas anticoncorrenciais raramente o são. Caso o pagamento não seja realizado de forma voluntária, a Procuradoria do CADE inicia procedimento judicial de cobrança da multa⁷⁷. Normalmente, os réus respondem aos processos de execução solicitando que o pagamento da multa seja suspenso durante o processo. A Lei 8884 prevê que a execução de uma multa não deve ser suspensa, a menos que seja depositado em juízo o montante equivalente à multa ou um título que assegure o pagamento (Art. 65)⁷⁸. O CADE costuma evocar este dispositivo e conseguiu que fossem realizados depósitos judiciais por representados como o Iguatemi Shopping Center (R\$ 1 milhão), a Xerox do Brasil (R\$ 2,4 milhões) e a White Martins (R\$ 38 milhões). Em contraste, o juízo de primeira instância no caso do cartel do aço recusou a determinação de depósito judicial da multas, uma decisão a qual o CADE está contestando em juízo. As decisões do poder judiciário para a execução de multas podem ser cumpridas por meio de seqüestro e venda dos bens e outros meios, incluindo a nomeação de um interventor para administrar uma empresa em débito (Artigos 63, 69). Poucas decisões judiciais chegaram ao ponto de rever as decisões

do CADE, em caso de conduta. Em relação às multas por intempestividade na notificação de atos de concentração, o CADE venceu 17 (55%) dos 31 casos de primeira instância decididos até agora, mas perdeu as duas decisões dadas pelos tribunais de segunda instância. As decisões contrárias nestes casos resultaram do entendimento do judiciário diverso do CADE com relação à definição do momento quando se inicia o período de quinze dias para notificação dos atos de concentração.

O CADE também impôs algumas multas, sob o Artigo 25, pelo não cumprimento de decisões; pelo descumprimento de Termos de Compromissos de Cessação de Prática (TCCs) em casos de conduta, ou pelo não cumprimento das medidas preventivas do Artigo 52. Esse tipo de multa não foi imposto em 2002, mas totalizaram R\$ 7,3 milhões em 2003 e R\$ 1,5 milhões em 2004. No início de 2005, a *British America Tobacco* (BAT) foi multada em R\$ 957.700,00 por violar um acordo datado de 2000. O acordo havia posto fim a um caso de abuso de posição dominante, onde a BAT, que controlava mais de 50% das vendas de cigarro no Brasil, foi multada por impor, de forma ilegal, a exclusividade na comercialização e em outros requisitos de comercialização (tal como exclusividade na exibição de produtos) aos estabelecimentos de varejo que vendiam cigarro. A maior parte das multas relacionadas ao Artigo 25 estão sob revisão judicial e não foram recolhidas.

As únicas outras bases para imposição de multas se encontram no Artigo 26 (pelo não fornecimento de documentos ou não comparecimento em oitiva de testemunhas) e no Artigo 26-A (por obstruir procedimentos de inspeção nas dependências de uma empresa, nos termos do Artigo 35 § 2). Em 2002 e em 2004, o CADE não aplicou multas sob os termos do Artigo 26; em 2003 foram aplicadas multas no montante de R\$ 332.000,00. Essas multas também se encontram em discussão no judiciário e não foram recolhidas. Não houve nenhuma situação recente que tenha demandado que a SDE ou a SEAE impusessem a multa disposta nos Artigos 26 ou 26-A.⁷⁹

No que diz respeito aos casos de conduta, a maioria das decisões do CADE nesses processos impõe tanto o pagamento de multa quanto determinadas obrigações ao representado, como a suspensão da publicação de tabela de preços de uma associação, a venda de peças de reposição para empresas prestadora de serviços, ou publicar a decisão do CADE em jornal. As decisões que impõem determinada conduta estabelecem a aplicação de uma multa diária caso a decisão não seja cumprida (Art. 25). O CADE lida com o descumprimento de decisões por meio de ação de cobrança da multa diária e outra ação solicitando ao poder judiciário que determine o cumprimento das obrigações de fazer⁸⁰. No entanto, o CADE raramente inicia processos para fazer cumprir as decisões relacionadas a obrigações de fazer. Como será posteriormente discutido, os representados sujeitos a imposições comportamentais geralmente buscam evitar o cumprimento de suas obrigações, questionando judicialmente as decisões do CADE.

As partes que estão sob investigação da SDE ou da SEAE, ou cujos processos estão sob julgamento pelo CADE, não precisam esperar por uma ação de cobrança de multa para contestar as ações dos órgãos no judiciário ⁸¹ É possível impetrar uma ação cautelar a qualquer momento durante o processo, e não somente contra a decisão final. No quadro abaixo há uma breve descrição do processo de revisão judicial no Brasil.

Caixa 10. Revisão judicial no Brasil

Petições de partes privadas para revisão das ações de órgãos do governo são analisadas pela primeira instância do Poder Judiciário Federal. Pela lei, o recurso de decisões dos três órgãos do SBDC devem ser impetradas perante o juízo localizado em Brasília. O juiz de primeira instância tem competência para decidir a maioria das demandas (inclusive as ações relativas à aplicação inconstitucional de uma lei, mas não às questões relativas à inconstitucionalidade do texto legal) e também podem conduzir procedimento de coleta de provas para complementar os elementos fáticos.

A apelação pelas partes ou pelo órgão de uma decisão de primeira instância são julgadas pelos tribunais de segunda instância da mesma região onde foi proferida a primeira decisão. Há cinco regiões no Brasil, cada uma com um tribunal regional de recursos de composição múltipla. Primeiramente, uma turma recursal julga os recursos que podem, dependendo do caso, ser encaminhados a uma seção do tribunal. O número de juízes em uma turma ou em uma seção é determinado conforme o regimento interno de cada tribunal regional⁸². Os recursos dos tribunais regionais de recursos vão para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde os recursos também são julgados primeiramente por uma turma e depois por uma seção⁸³.

As demandas relativas à aplicação inconstitucional da lei podem ser contestadas além do Superior Tribunal de Justiça, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), um órgão composto por 11 juízes que analisa apenas questões constitucionais. Algumas partes específicas, incluindo o Ministério Público, podem suscitar questões constitucionais específicas (inclusive demandas em relação à constitucionalidade de uma lei), diretamente no STF sem um primeiro processo em um instâncias inferiores. No STF, os casos de recursos de instâncias inferiores são julgados primeiramente por uma turma recursal e, depois, em caso de recurso ou certificado pela turma responsável, são resolvidos pelos onze ministros, em sessão plenária. Os casos impetrados diretamente no STF são julgados em primeira instância pelos onze juízes.

Na prática, as partes envolvidas em investigações na SDE geralmente não impetram recurso no judiciário contra as determinações da SDE, porque tais decisões podem ser revistas pelo CADE. Desde 2000, houve poucas exceções. Em 2003, duas medidas cautelares foram requeridas para que a SDE não emitisse seu parecer final na investigação de um cartel de vergalhões. O judiciário rejeitou as

duas petições. No caso Helibrás (discutido anteriormente em relação aos acordos do Artigo 52), a Helibrás tentou, sem sucesso, uma medida cautelar contra uma ordem preventiva do Artigo 52 garantida pela SDE, que determinava que os manuais técnicos e as peças de reposição fossem disponibilizadas às empresas que prestassem serviços de manutenção a compradores de helicóptero⁸⁴. Não foram impetrados outros processos contra a SDE, tampouco contra a SEAE. Em qualquer dessas ações que venham a ser impetradas, a SDE e a SEAE, como órgãos do poder executivo, são representadas pela Advocacia Geral da União.

Por outro lado, foram impetradas diversas ações que buscavam a intervenção judicial durante a pendência dos processos administrativos do CADE. Os representados no caso do cartel do aço (vergalhões) alegando que não tinham tido a oportunidade adequada de apresentar provas em sua defesa, obtiveram uma liminar impedindo o CADE de levar o caso a julgamento. Um recurso está pendente no CADE. No caso do cartel de revenda de combustível e da Microsoft/TBA, foram apresentadas petições junto ao poder judiciário levantando a questão sobre se o representado em um processo do CADE pode insistir em resolver a questão por meio de um compromisso de cessação do Artigo 53. Inicialmente, o CADE recebeu muitas decisões desfavoráveis neste tocante. Mais recentemente (no caso Microsoft), o CADE conseguiu sustentar que a oportunidade de entrar em um acordo não é um direito legalmente garantido, mas uma questão de acordo mútuo entre o CADE e o representado. Ademais, conforme descrito anteriormente na discussão sobre as relações entre o CADE e o Ministério Público, o representante do Ministério Público junto ao CADE entrou com vários pedidos junto ao judiciário durante o período entre 2003-04. No ato de concentração Nestlé/Garoto, por exemplo, o promotor alegou que a Procuradora Geral do CADE não estaria apta a emitir parecer no caso, pois seria parente de um advogado da Nestlé. Outra ação movida pelo promotor no mesmo caso sustentava que o CADE havia definido de forma errada qual conselheiro deveria atuar como presidente. Uma terceira ação dava suporte à petição da Microsoft no caso TBA, requerendo aceitação obrigatória pelo CADE em adotar compromisso de cessação. Todas as petições foram negadas.

A decisão final emitida pelo CADE ao final de um processo administrativo é, obviamente, um ato do órgão, sujeito à revisão judicial. Como observado anteriormente, a experiência do CADE é que as partes normalmente não entram com recursos contra decisões que impõem multa por intempestividade na apresentação de atos de concentração, tampouco contra (as poucas) decisões em casos de conduta que geraram uma multa, mas não impõem nenhum requisito ou restrição na prática futura do representado. Nesses casos, as partes ou pagam voluntariamente ou esperam pelo processo de cobrança para iniciar sua defesa. As partes não costumam recorrer judicialmente das decisões do CADE que impõem condições às empresas fusionadas, porque as condições são negociadas ou não são consideradas onerosas o

suficiente para impor resistência. Por outro lado, é comum que as partes entrem com recursos contra as decisões do CADE em processos de conduta que resultem em algo além de imposição de multa.

A posição do CADE na revisão judicial é que o judiciário dever limitar-se a examinar a adequação legal dos procedimentos do órgão e deveriam considerar qualquer questão antitruste como um problema restrito à discricionariedade do CADE. Embora alguns juízes e tribunais de segunda instância aceitem esta visão, outras analisaram e mudaram as decisões do CADE. É grande a falta de consenso no judiciário sobre como os casos do CADE devem ser revistos. A lei da concorrência é um assunto relativamente novo para o judiciário brasileiro e alguns juízes que concluem que a revisão judicial de questões antitruste é possível, mesmo assim, mantém como foco os pontos relativos a procedimentos, evitando, assim, lidar com tópicos desconhecidos. De qualquer forma, a revisão judicial acrescenta anos de litígio antes que um caso CADE seja finalmente concluído. O caso do cartel do aço, por exemplo, foi decidido pelo CADE em 1999, mas o juízo de primeira instância não proferiu decisão até 2003 e, agora, o caso está pendente de decisão pelo tribunal de segunda instância. As pautas dos tribunais brasileiros estão normalmente abarrotadas e a complexidade da jurisprudência antitruste impede a rápida solução dos casos do CADE⁸⁵. Como descrito em maiores detalhes na seção de advocacia da concorrência neste relatório, o SBDC recentemente se envolveu em diversas iniciativas para promover, entre os membros do judiciário, o melhor entendimento da lei da concorrência.

Normalmente, quando as partes entram com uma ação buscando rever uma decisão que imponha restrições ou condições comportamentais, elas também peticionam imediatamente ao judiciário que suspenda a implementação da decisão do CADE. A experiência do CADE é que essas moções para suspensão imediata normalmente são aceitas pelos juízes de primeira instância, mas são depois suspensas em recurso. A Procuradoria Geral do CADE sugere duas explicações do porquê de os representados obterem a suspensão no estágio inicial. Em primeiro lugar, as petições requerendo suspensão imediata geralmente são julgadas por juízes novos na carreira, que tendem a ser suscetíveis às alegações das partes privadas de que estão em perigo iminente de um dano irreparável causado por um órgão do governo. Em segundo lugar, os peticionários vão ao judiciário *ex parte* (sem a presença dos advogados do governo) e, portanto, têm a vantagem de fazer suas alegações pessoalmente, enquanto o interesse do governo é representado apenas no papel. Mais recentemente, o CADE tem conseguido afirmar seu direito, sob os princípios aplicáveis do processo civil, de se apresentar perante o tribunal e expor seus argumentos nessas moções de emergência⁸⁶.

A revisão judicial das decisões finais do CADE em casos de conduta tem um registro misto. Dos sete recursos decididos em segunda instância, relativos a decisões em caso de conduta, o CADE venceu um recurso no caso do cartel do aço (revertendo a decisão de primeira instância pela negativa da necessidade de depósito das multas aplicadas), e quatro recursos nos casos de exclusividade da Unimed. Dois recursos em casos que envolviam os planos de honorários de serviços médicos foram decididos contrariamente ao CADE. O poder judiciário, em ambos os casos, adotou a postura que (1) as tabelas de honorários não passavam de preços sugeridos e não representavam um acordo, e (2), de qualquer forma, a lei de concorrência não era aplicável à profissão médica. O juízo de primeira instância no caso do cartel do aço, apesar de sustentar a decisão do CADE quanto à ilegalidade da conduta, o fez em bases menos satisfatórias. O juízo concluiu que, na ausência de uma explicação econômica, a existência de paralelismo de preços era por si mesma, uma violação. Segundo a decisão, não era essencial a prova de colusão e o CADE, portanto, baseou-se desnecessariamente em “fatores adicionais”, como uma reunião entre os réus para descobrir que havia colusão. Foram impetrados recursos contra as duas decisões sobre o cartel do aço, bem como nos casos de tabelas de honorários da Unimed e de associações de médicos.

Um conjunto separado de casos que sofreram recursos questionou se a taxa de notificação de atos de concentração deveria ser integralmente paga nos casos onde a transação será analisada pela ANATEL (a agência reguladora do setor de telecomunicações) e não pela SDE e SEAE. As partes envolvidas em atos de concentração afirmaram que lhes deveria ser cobrado apenas o terço da taxa de notificação que é destinado ao CADE e não os alocáveis à SDE e à SEAE. Até agora, em sete decisões judiciais, o CADE conta com 5 a 2 a favor de sua posição de que a taxa deve ser paga integralmente.

Apenas um caso envolvendo a constitucionalidade da Lei 8884 foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal. O caso foi iniciado pela Confederação Nacional da Indústria, uma associação profissional que tem direito, segundo a Constituição Brasileira, de entrar com alegações de inconstitucionalidade diretamente junto ao Supremo Tribunal.⁸⁷ A denúncia afirma que diversos dispositivos da Lei 8884, incluindo particularmente a proibição dos Artigos 20 e 21 XXIV relativos a preços abusivos e os dispositivos de penalidades associadas, são inconstitucionais. Uma moção da Confederação solicitando uma medida cautelar preventiva foi rejeitada por 5 votos a 2. As outras alegações continuam pendentes no Tribunal.

O volume de processos no judiciário que o CADE enfrenta é enorme. Uma pesquisa realizada pela Procuradoria Geral do CADE em novembro de 2004 mostrou que havia 728 casos pendentes em que o CADE estava envolvido como autor da ação, réu ou interventor. Desses, 129 eram processos de execução de multa,

enquanto 279 eram casos nos tribunais de primeira instância que envolviam algum aspecto de cumprimento da lei, além de execução de multa. Havia 253 casos nos tribunais de recurso: 240 nos tribunais de segunda instância, 12 no Supremo Tribunal de Justiça e um no Supremo Tribunal Federal.⁸⁸ Um grupo final de 67 casos envolvia questões diversas, tais como litígio de funcionários, ações em juizados de pequenas causas e similares.

Fora do processo de ações administrativas formais e revisão judicial, o CADE tem um mecanismo em separado para as partes interessadas em saber a posição do CADE em relação a uma determinada forma de conduta. Em um procedimento estabelecido em 1998, por meio da Resolução 18, qualquer pessoa, entidade comercial ou agência pública pode solicitar ao CADE uma opinião não-vinculante, ou uma “consulta”, sobre qualquer questão sob a competência do CADE.⁸⁹ O consulente deve enviar informações sobre a conduta em questão (que pode incluir operações de atos de concentração) e o CADE dirá se considera ou não a atividade uma violação à Lei 8884. A solicitação deve fazer referência à atividade hipotética ou contemplada. Se a solicitação envolver uma atividade em curso, o CADE solicitará que a notificação seja providenciada, caso se trate de um ato de concentração que não tenha sido apresentado, transcorrido o prazo de quinze dias úteis após a assinatura do primeiro documento vinculativo, e remeterá o caso à SDE para que seja iniciada investigação, sempre que se tratar de conduta anticoncorrenciais. O consulente deve pagar uma taxa de R\$ 5.000 (cerca de US\$ 2.000).

O Relatório 2000 observou (p. 195) que 24 pareceres haviam sido emitidos sob os termos da Resolução 18, entre sua adoção no final de 1998 e meados de 2000, lidando com tópicos como os arranjos horizontais propostos e as restrições competitivas impostas pelos governos estaduais ou locais. Desde 2000, as solicitações de consultas nos termos da Resolução 18 diminuiu bastante. Dezenove solicitações foram apresentadas em 2000, seguidas de seis em 2001 e 2002, respectivamente, e duas, tanto em 2003 quanto em 2004. Das dezesseis solicitações submetidas nos últimos quatro anos, cinco envolviam operações consumadas que o CADE converteu em procedimentos de análise de atos de concentração nos termos do Artigo 54. Outras sete foram arquivadas sem que qualquer providência fosse tomada. Os pareceres do CADE emitidos para os quatro demais casos (1) desaprovaram uma proposta de associação comercial para a emissão de uma tabela de preços sugeridos; (2) aprovaram um plano de um fabricante de fármacos para publicar os preços de venda sugeridos para fármacos em sua página na *internet*; (3) aprovaram a criação de uma associação civil sem fins lucrativos para administrar um código ético para especuladores imobiliários (sujeito à condição de que algumas cláusulas exclusionárias no código proposto fossem excluídas); e, (4) concluíram que não era necessária a notificação, nos termos do Artigo 54, de certas aquisições envolvendo torres de telecomunicações.

O CADE desconhece qualquer razão em particular que explique a redução do número de consultas com base na Resolução 18.

Um aspecto adicional da aplicação da lei de concorrência pelo SBDC é digno de nota. Atualmente os órgãos do SBDC estão realizando um ambicioso projeto de estudo em conjunto com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) para desenvolver melhores métodos para o uso de técnicas quantitativas e econométricas na análise de casos antitruste. Os tópicos sob estudo pelas equipes de pesquisa do projeto incluem métodos para definir o mercado relevante; especificar e estimar funções de custo e demanda; e testar cenários após a fusão utilizando técnicas de modelagem; bem como protocolos para avaliar conluio tácito, comportamento do cartel, preços predatórios, integração vertical e limitações à distribuição vertical. Os resultados preliminares do projeto que analisam a literatura mais recente sobre esses tópicos, e que propõem adendos ou modificações aos atuais métodos analíticos, foram apresentados em um seminário realizado em Brasília, ao final de abril de 2005. Os participantes do seminário, incluindo acadêmicos, advogados, economistas e membros de agências reguladoras, fizeram comentários sobre os *papers* preliminares, que agora estão sendo revistos e preparados para serem publicados posteriormente em 2005.

3.3 Outros métodos de aplicação da lei

Os Estados brasileiros não possuem suas próprias leis de defesa da concorrência e nenhum outro órgão federal ou estadual além do SBDC tem competência para aplicar a Lei 8884. Contudo, a conduta anticoncorrencial é sujeita à condenação criminal, conforme a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Nº. 8137/90). O Artigo 4 daquela lei define que a conduta criminosa inclui:

1. Acordos entre os concorrentes visando estabelecer preços ou quantidades, dividir os mercados ou controlar o suprimento ou os canais de distribuição;
2. Abuso de poder econômico, dominação de mercados ou eliminação de concorrência por meio de acordos entre as empresas (inclusive fusões e aquisições, suspensão de atividades econômicas e impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrentes);
3. Exploração do poder de monopólio, através de aumentos de preço sem justificativa;
4. Vendas abaixo do custo para impedir a concorrência;

5. Discriminação de preço, através de acordo ou outros meios, para adjudicar um concorrente ou o vendedor de uma matéria-prima, ou criar um monopólio ou eliminar a concorrência; e,
6. Destruição de equipamento de manufatura, para criar um monopólio ou eliminar a concorrência.

lei se aplica apenas a pessoas físicas e não a pessoas jurídicas. As violações são passíveis de punição por multa e prisão de dois a cinco anos. A penalidade pode aumentar em um terço a um meio se o crime causar sérios danos aos consumidores, for cometido por servidores públicos, ou for relativo a um mercado essencial à vida ou à saúde.

Todos os estatutos criminais no Brasil são de âmbito federal, então não há leis estaduais que criem crimes econômicos. Na prática, a aplicação da Lei 8137 é de responsabilidade tanto dos promotores públicos estaduais e federais, um sistema que sofre certo grau de ambigüidade legal em respeito à divisão da jurisdição estadual e federal. Os órgão do SBDC não têm competência para aplicar a Lei 8137, mas são obrigadas a encaminhar às autoridade competentes qualquer evidência de comportamento criminoso que encontrarem.

Nos últimos dois anos, tem aumentado a cooperação entre o SBDC e os promotores públicos criminais em relação às investigações antitruste. Como observado anteriormente, as análises da SDE e das buscas e apreensão (*dawn raid*) ofereceram aos promotores públicos a evidência que eles precisam para obter a autorização judicial para fazer escuta, e a informação coletada pela SDE também pode ser empregada pelos promotores públicos em casos de crime. Os funcionários da SDE também participam de investigações conjuntas com promotores públicos criminais e, em alguns desses casos, participaram das buscas e apreensão. A SDE se beneficia da informação que recebeu pelas escutas e da assistência dos policiais para assegurar a segurança física durante as buscas e apreensão. Em casos que envolvam empresas com grandes bases de dados, a SDE também tem recebido a ajuda de peritos da polícia em tecnologia da informação forense. Os resultados foram uma melhoria da qualidade da evidência disponível para a SDE em suas investigações e uma torrente de indiciamentos e condenações por fixação de preço de cartel, sob os termos da Lei N. 8137.⁹⁰

O SBDC tem o compromisso de expandir e melhorar suas relações de cooperação com os promotores públicos, não somente para coibir a conduta anticoncorrencial mediante a aplicação direta da lei, mas também, como observado anteriormente, para facilitar a implementação do programa de leniência. A seção

deste relatório sobre advocacia da concorrência descreve com maiores detalhes as recentes iniciativas do SBDC entre os promotores públicos.

Com relação à aplicação da lei antitruste a entidades privadas, uma parte reclamante insatisfeita com a decisão do CADE em um caso não tem o direito de apelação no âmbito do SBDC, tampouco de obter uma revisão judicial. Conforme o Artigo 29 da Lei 8884, contudo, as partes privadas podem interpor suas próprias ações perante o Judiciário por danos resultantes de conduta anticoncorrencial.⁹¹ As partes privadas também podem alegar prejuízos por danos antitruste propondo com ações em juízo sob os termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90). Da mesma forma, alguns representantes de classes (tais como promotores públicos, Procons e organizações não- governamentais de consumidores) podem interpor ações de classe por danos, sob os termos da lei de Ação Civil Pública (Nº. 7347/85). Não há registros disponíveis sobre o número ou o resultado das ações antitruste sob os termos do Artigo 29 ou conforme outras leis, mas o SBDC acredita que há pouquíssimas ações por danos antitruste no Brasil.

Caso alguma ação privada envolva “a aplicação da Lei 8884”, o Artigo 89 exige que o tribunal presidente notifique ao CADE e o convide a assistir no processo. A política do CADE é aceitar esses convites apenas quando a conduta em questão na ação privada houver sido sujeita a um processo do CADE e o CADE tenha proferido uma decisão final sobre a legalidade da conduta. A média é de 30 notificações ao ano, geralmente relativas a ações entre empresas comerciais onde uma das partes citou a Lei 8884 em suporte a um argumento. Os representantes da Procuradoria Geral do CADE comparecem nos casos pertinentes.

3.4 Aspectos internacionais da aplicação da lei

A conduta anticoncorrencial que ocorre fora do Brasil e afeta os mercados brasileiros estão no âmbito da Lei 8884, que incorpora um teste de “efeitos extraterritoriais” (Art. 2 §1). Qualquer empresa estrangeira com uma “filial, órgão, subsidiária, escritório, estabelecimento, agente ou representante” brasileiro é considerada residente no Brasil e pode ser processada, a despeito da situação legal do representante como um agente da entidade estrangeira (Art. 2 §2).⁹² Nos processos do SBDC, as empresas estrangeiras recebem o mesmo tratamento que as empresas nacionais.

O impacto do comércio internacional sobre os mercados brasileiros está totalmente integrado à análise antitruste do SBDC. Em atos de concentração, por exemplo, normalmente a SDE e a SEAE definem o mercado geográfico como internacional se as importações representarem 30% ou mais do “valor de consumo aparente” (ou seja, a produção doméstica total mais as importações e menos as

exportações) do produto relevante.⁹³ Quando as importações não representarem uma parcela deste tamanho, o mercado relevante pode ser definido como nacional, mas a fusão será aprovada se houver uma probabilidade que as importações venham a crescer em resposta a um pequeno, mas significativo aumento nos preços. Ao avaliar as perspectivas de aumento nas importações, o SBDC leva em consideração os custos de transporte e tarifa, a capacidade de produção, as condições locais de distribuição, as barreiras não tarifárias e as preferências do consumidor para determinar o preço onde a oferta de importações se tornará elástica.⁹⁴

O SBDC tem buscado desenvolver a cooperação internacional através de acordos bilaterais e multilaterais. Até o momento foram assinados três acordos bilaterais, enquanto outros estão em negociação. O primeiro acordo formal de cooperação bilateral entre o SBDC e os órgãos estrangeiros de aplicação da concorrência foi assinado em 1999 com os Estados Unidos (representados pelo Departamento de Justiça dos EUA e a Comissão Federal de Comércio dos EUA) e foi ratificada pelo Congresso Brasileiro em março de 2003. O acordo prevê: (1) a notificação em relação a atividades de aplicação da lei em um país que possam afetar os interesses do outro; (2) troca de informações (sujeita às restrições de confidencialidade aplicáveis), (3) atividades de aplicação da lei coordenadas conjuntamente, (4) a opção de um país em solicitar que o outro investigue uma conduta que esteja ocorrendo nos limites de sua fronteira e que afete o país solicitante, e (5) diversas atividades de cooperação técnica, inclusive treinamento e o intercâmbio de pessoal. Em dezembro de 2001, foi assinado um acordo bilateral semelhante com a Rússia, que está à espera da ratificação do Congresso.

Um terceiro acordo bilateral, também semelhante ao acordo com os Estados Unidos, foi assinado com a Argentina em outubro de 2003 e também aguarda a ratificação do Congresso. Este acordo reflete um esforço do SBDC para adiantar a política de defesa da concorrência e a cooperação entre os países do Mercosul. O Mercosul é um acordo de mercado comum estabelecido em 1991 pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.⁹⁵ Seu componente de concorrência data de finais de 1996, quando os membros assinaram um ambicioso Acordo de Defesa da Concorrência, que urgia a criação de um Comitê de Advocacia da Concorrência (CAC) em nível supra-nacional. O CAC teria o poder de orientar os órgãos de aplicação da lei de defesa da concorrência em cada país membro a realizar investigações em questões específicas, e teria a competência dispositiva de decidir casos e impor sanções. O Acordo de 1996 também previu a adoção de mecanismos de cooperação entre os membros, inclusive a troca de informação, investigações conjuntas, registro das decisões dos órgãos nacionais de aplicação da lei e treinamento de pessoal. O Acordo foi ratificado pelo Paraguai em 1997 e pelo Brasil em 2000, mas não foi ratificado pela Argentina ou pelo Uruguai. Parece improvável que o Acordo venha a ser implementado logo, uma vez que alguns dos países do

Mercosul ainda não possuem uma lei de defesa da concorrência ou um órgão de aplicação da lei. Além disso, há certa resistência entre os membros contra a proposta de um órgão de aplicação da lei em nível supranacional.

Em um esforço para estabelecer uma estrutura menos controversa, o Comitê Técnico do Mercosul sobre Concorrência atuou em outubro de 2003 para aprovar um Memorando de Entendimento sobre cooperação. O MOU incluía dispositivos sobre procedimentos de notificação, troca de informações e assistência técnica. O Memorando foi aprovado pela Argentina em agosto de 2004, mas no Brasil se encontra pendente no Ministério das Relações Exteriores. As dificuldades associadas à implementação dos acordos, sob os auspícios do Mercosul, levaram o SBDC a ter como foco os acordos bilaterais, tais como o mantido com a Argentina, para oferecer um método prático para facilitar a cooperação em questões de política de defesa da concorrência.

Os funcionários do SBDC, principalmente da SDE, mantêm uma permanente comunicação com os órgãos antitruste que são seus parceiros nos Estados Unidos e na Argentina, para tocar informações públicas sobre casos, discutir questões analíticas e técnicas de investigação. Fora das Américas, o SBDC mantém contatos próximos com autoridades antitruste na França e espera estabelecer contatos formais com aquele país em um futuro próximo. Um acordo de cooperação técnica está sendo negociado com Portugal, visando uma discussão mútua sobre as melhores práticas e o intercâmbio de pessoal para fins de treinamento. O SBDC também desenvolver um relacionamento com os funcionários da Diretoria Geral da União Européia para Defesa da Concorrência, visando trocar informações não confidenciais sobre investigações que estão sendo realizadas simultaneamente pelas duas jurisdições.

O SBDC participa em diversas organizações internacionais que lidam com política de defesa da concorrência, inclusive o Comitê de Defesa da Concorrência da OCDE (como observador), a Rede Internacional de Concorrência, a UNCTAD e o Fórum de Concorrência da América Latina. Desde 1999, a OCDE e o SBDC participam de um projeto de cooperação que envolve as contribuições da OCDE para o desenvolvimento de projetos de emendas para a lei de defesa da concorrência e a participação de representantes da OCDE em seminários realizados no Brasil. Desde 2001, a SEAE e o CADE têm acessado a base de dados OLIS da OCDE para realizar pesquisas técnicas. O Brasil também é um membro ativo da ICN. De 2003 a junho de 2005, a SEAE atuou como co-presidente do Grupo de Trabalho de Implementação da Política de Defesa da concorrência e como co-presidente do Subgrupo 3 sobre Advocacia da Concorrência em Setores Regulados. O CADE assumiu essas posições em junho. A SDE é co-presidente do Subgrupo 1 sobre a Estrutura Geral do Grupo de Trabalho sobre Cartel. As atividades do SBDC na

UNCTAD incluem a participação em conferências, em projetos de assistência técnica (como beneficiário e como prestador) e nas reuniões do Grupo Intergovernamental de Peritos em defesa da concorrência da UNCTAD (IGE). O SBDC e a UNCTAD se uniram para sediar conferências de treinamento no Brasil para funcionários das agências reguladoras e para promotores públicos, assim como um seminário sobre questões de política de defesa da concorrência na Conferência UNCTAD XI, realizada em São Paulo em 2004.

A SEAE desempenha um papel de assessoria nos processos de defesa comercial brasileiros que lidam com *dumping* e concorrência desleal de importações. As reclamações de partes privadas que alegam importações desleais são investigadas pelo Departamento de Defesa Comercial (DECOM) no Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio Exterior (MDIC). O DECOM prepara um parecer preliminar, que é exposto aos comentários feitos pelas partes e pelos órgãos do governo interessados. Depois disso, o DECOM transmite uma decisão recomendada à Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) para a ação final. A CAMEX é presidida pelo MDIC e inclui em sua composição os Ministérios da Fazenda; Relações Exteriores; Agricultura e Abastecimento; Planejamento, Orçamento e Gestão e Casa Civil da Presidência da República.

O parecer do Ministério da Fazenda em casos anti-dumping é formulado pela SEAE em conjunto com a Secretaria para Assuntos Internacionais (SAIN). A função da SEAE é analisar o nível de dano econômico causado pelas importações em questão e avaliar se a medida proposta pelo DECOM é proporcional ao dano. A SEAE também pode comentar a dinâmica de concorrência do mercado afetado e a viabilidade econômica dos preços “predatórios” que, normalmente, não são questões tratadas pelo DECOM. Como acontece em muitos outros países, o esforço para incluir a análise da política econômica em casos anti-dumping no Brasil enfrenta significativos impedimentos legais e políticos. Contudo, a SEAE às vezes consegue persuadir a CAMEX a suspender penalidades que tenham sido previamente impostas, mesmo que somente por vias indiretas. Por exemplo, recentemente uma investigação da SEAE sobre o mercado brasileiro de insulina em relação à aquisição da Biobrás pela Novo Nordisk levou à suspensão das medidas anti-dumping naquele mercado. A SEAE recomendou que o CADE solicitasse à CAMEX a suspensão das medidas existentes como uma forma de promover a concorrência no setor. Em março de 2005, o MDIC acatou a solicitação do CADE e suspendeu tanto as medidas anti-dumping que haviam sido impostas sobre a importação de insulina da Dinamarca, quanto um programa de monitoramento de preços para importações de insulina da França e dos Estados Unidos.

A interface entre o SBDC e o MDIC não se limita ao envolvimento da SEAE em questões de defesa comercial. Os órgãos do SBDC, junto com representantes do

MDIC, fazem parte da delegação brasileira no Mercosul que está negociando a Área de Livre Comércio para as Américas (ALCA). Entre as questões abordadas nas negociações da ALCA constam dispositivos que asseguram que as práticas anticoncorrencial não restrinjam o processo de liberalização do comércio, mecanismos para promover a cooperação e a troca de informações entre competências antitruste, e procedimentos para coordenar o comércio e a política de defesa da concorrência, inclusive ações anti-dumping. Além disso, o CADE e o MIDC estão atualmente envolvidos no desenvolvimento de um acordo de cooperação elaborado para facilitar o compartilhamento de informações do setor industrial entre os dois órgãos.

3.5 Recursos do órgão, ações e prioridades.

Os recursos de financiamento para os três órgãos do SBDC são semelhantes, mas não são iguais. O sistema orçamentário do governo brasileiro possui dois processos diferentes, um para recursos humanos e um para todos os gastos. Os fundos não-salariais são gastos com pesquisa de contrato, equipamentos e suprimentos de escritório, programas de treinamento de funcionários, conferências, despesas com viagem e funções de apoio terceirizadas (tais como segurança, limpeza e serviços de secretariado) fornecidas mediante contrato.

Uma fonte de fundos não-salariais para todas os órgãos do SBDC é a taxa de notificação do Artigo 54. Criada em 1999 como uma taxa de R\$ 15.000 pagável ao CADE, a taxa foi aumentada para R\$ 45.000 pela emenda de 2000 à Lei 8884, que estabeleceu que as receitas seriam rateadas entre os três órgãos do SBDC. O recebimento das taxas começou a fluir para a SDE em 2001 e para a SEAE em 2002. As taxas de notificação não são depositadas diretamente nas contas dos órgãos. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) tem competência sobre os limites de orçamento do órgão e determina que a parcela da receita da taxa de notificação atribuível a cada órgão seja efetivamente alocada a ela. Além disso, no caso da SDE e da SEAE, as receitas com a taxa são direcionadas às contas dos Ministérios e os setores de orçamento então fazem outra alocação entre os departamentos do Ministério.

Os recursos para os gastos não-salariais do CADE vêm do recolhimento de taxas⁹⁶ e de uma alocação orçamentária do governo. Nos últimos anos, o orçamento não-salariais da SDE tem consistido de uma parcela das taxas da Fazenda de notificação alocadas pelo Ministério da Justiça. A SEAE recebe uma parte das taxas de cação de notificação do Artigo 54 e uma alocação orçamentária em separado do Ministério da Fazenda, bem como uma taxa cobrada a partes privadas que solicitam à SEAE autorização de loterias promocionais.⁹⁷ A tabela abaixo mostra o montante anual total dos fundos (de todas as fontes) disponível para cada órgão para gastos

não-salariais. Os números para o CADE são mais elevados porque ele precisa pagar o aluguel do prédio, serviços de telefone e muitos outros serviços de apoio que são administrados centralmente nos ministérios e, portanto, não estão incluídos nos orçamentos da SDE e da SEAE.

Tabela 8. Tendências nos Recursos da Política de Defesa da Concorrência – Recursos para Gastos não-salariais (Milhões de dólares americanos)

	2000	2001	2002	2003	2004
CADE	3,81	3,62	2,09	1,85	2,56
SDE	0,11	3,28	0,74	0,34	1,15
SEAE	0,53	1,95	2,66	3,16	3,42
Total	4,45	8,85	5,49	5,35	7,13

Fonte: SBDC, 2005

Os recursos para salários e outras despesas associadas a recursos humanos (tais como custos de aposentadoria e vale transporte e salário família) são providos aos órgãos do SBDC por seus ministérios responsáveis ou pelo Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). A tabela abaixo apresenta os gastos com salário no CADE.

Tabela 9. Gastos com Salário no CADE (Milhões de dólares americanos).

CADE	2000	2001	2002	2003	2004
Gastos com Salário	1,59	1,34	1,11	1,19	0,92

Fonte: CADE, 2005

No final de 2003, o Congresso aprovou uma medida provisória que permitia que o CADE mantivesse 28 assistentes profissionais, com contrato temporário válido até 31 de dezembro de 2005. O CADE contratou advogados e economistas para atuarem como analistas para os conselheiros, gastando US 227.400 de sua alocação de taxa de notificação para este fim em 2004. Os gastos regulares de salário do CADE em 2004 foram da ordem de US\$ 694.400. A SDE e a SEAE não puderam apresentar dados históricos de gasto com salário porque as duas fazem parte de ministérios maiores que não costumam desagregar os dados de salário por cada departamento. A SDE relata que seus gastos com salário para 2004 foram da ordem de US\$ 1.56 milhões, enquanto esses números para a SEAE foram US\$ 2.62 milhões, gerando um total de US\$ 5.1 milhões para os três órgãos.

Apresentamos abaixo os dados de pessoal dos órgãos. Os quadros técnicos são, em sua maioria, advogados e economistas, apesar de haver outros profissionais representados.

Tabela 10. Funcionários do SBDC – 2000 a 2004.

Funcionários CADE

	2000	2001	2002	2003	2004
Técnicos	55	32	70	68	85
Suporte	62	89	66	54	89
Total	117	121	136	122	174

Funcionários SDE

	2000	2001	2002	2003	2004
Técnicos	18	33	40	34	35
Suporte	10	16	16	16	20
Total	28	49	56	50	55

Funcionários SEAE

	2000	2001	2002	2003	2004
Técnicos	60	71	71	71	66
Suporte	140	148	148	93	94
Total	200	219	219	164	160

CADE, SDE, SEAE Combinados

	2000	2001	2002	2003	2004
Técnicos	133	136	181	173	186
Suporte	212	253	230	163	203
Total	345	389	411	336	389

Fonte: SBDC, 2005

Os funcionários do SBDC são servidores públicos de carreira (cujos postos têm tarefas definidas pela lei do funcionalismo público brasileiro) ou funcionários públicos contratados. Os servidores de carreira são contratados por concurso público e desfrutam de diversos benefícios oferecidos a funcionários de carreira e possuem estabilidade no emprego. Os funcionários com contrato não são concursados e normalmente seu emprego termina quando o contrato expira.

Uma característica crítica do sistema de pessoal no Brasil é que a maioria dos funcionários com contrato é paga com recursos não-salariais e não podem realizar um serviço substantivo do órgão. Assim, eles ficam restritos a funções como serviços de secretariado, transporte, segurança e limpeza. A principal exceção a esta regra envolve os funcionários contratados com DAS.⁹⁸ DAS é um acrônimo para Direção e Assessoramento Superior. Há sete níveis diferentes de DAS e, a princípio, o mecanismo foi elaborado como uma forma para contratar funcionários sem contrato permanente para trabalharem como gerentes.⁹⁹ Com o passar dos anos, os níveis mais baixos de DAS começaram a ser utilizados não somente para contratar funcionários não permanentes, mas para complementar os salários de funcionários permanentes também. Os servidores de carreira com DAS recebem, além de seus salários associados à sua função de funcionário público, uma parcela (na maioria das vezes equivalente a 65%) do salário associado a seu nível de DAS. Os órgãos desejam a dispor de DAS porque os níveis mais elevados podem ser utilizados para contratar técnicos seniores e os níveis mais baixos podem ser utilizados como compensação complementar para evitar que o pessoal permanente de nível júnior seja contratado por outros órgão. O Ministério do Planejamento (MP) controla o número de postos permanentes e de contrato disponíveis para um órgão, bem como o número e o nível de postos com DAS. Os funcionários com contrato DAS são sujeitos a término do contrato quando muda a administração política, apesar de essas mudanças normalmente afetarem apenas os funcionários mais graduados.

A atual alocação de funcionários permanente e com contrato e com DAS entre os três órgãos do SBDC está apresentada abaixo.

Tabela 11. Situação do Funcionário SBDC

		CADE	SDE	SEAE	Total
Servidores públicos permanentes	DAS	27	16	50	93
	Não DAS	12	4	52	68
	Total	39	20	102	161
Servidores públicos com contrato	DAS	11	20	42	73
	Não DAS	124	15	16	155
	Total	135	35	58	228
		174	55	160	389

Fonte: SBDC, 2005

Os servidores públicos de carreira e os servidores contratados com DAS, que tenham status de técnico, realizam o trabalho substantivo de um órgão. Como mostram as tabelas, a força de trabalho profissional do CADE ao final de 2004, era 85, enquanto para a SDE era 35 e para a SEAE era 66.¹⁰⁰ A lei 8884, quando promulgada em 1994, estabeleceu a imediata criação de um quadro de pessoal permanente para o CADE (Art. 81). O significado deste dispositivo está relacionado ao fato que os servidores públicos de carreira não podem ser contratados, exceto no caso de preenchimento de cargos estabelecidos nas leis do funcionalismo público. Quando as agências reguladoras foram criadas nos anos 90 no Brasil, os postos para funcionários civis também eram moldados para o pessoal técnico que realizaria a missão substantiva de cada. Nenhum desses postos foi criado para o CADE, o que significa que o CADE deve utilizar funcionários contratados com DAS para desempenhar as funções de sua missão, o que não se encaixa nas descrições de postos existentes na lei do funcionalismo público.¹⁰¹ Contudo, como mostra a tabela acima, o CADE tem apenas 11 postos com contrato de DAS disponíveis. Além disso, dos 39 servidores públicos permanentes na lista do CADE, apenas 16 (12 promotores públicos na Procuradoria Geral¹⁰² e quatro funcionários em postos de serviço administrativo) estão alocados no CADE atualmente. Dos outros 23, 17 são funcionários de carreira de outros órgãos federais (principalmente Justiça e Fazenda) e seis são funcionários de governos estaduais.

A ausência de postos de carreira, junto com o problema geral dos baixos salários pagos pelo governo no Brasil, o CADE se depara com uma falta crônica de pessoal qualificado. Os candidatos aos postos, interessados em lei de defesa da concorrência e que desejam trabalhar com o governo, normalmente preferem emprego em ministérios mais bem estabelecidos e com maior prestígio. No caso dos funcionários com contrato DAS que o CADE consegue contratar, a rotatividade chega a cerca de 40% ao ano. Os funcionários com os níveis mais baixos de DAS ganham cerca de US\$ 400 por mês, e mesmo aqueles com DAS nível 4 ganham apenas US\$ 1.600 por mês. Esses montantes são insuficientes para manter pessoas com um nível universitário. As taxas de rotatividade são mais baixas (cerca de 25% ao ano) para os servidores de carreira que tenham salários complementados com um DAS, apesar de mesmo esses funcionários serem facilmente perdidos para outros órgãos, que oferecem um DAS mais elevado. Como sucintamente apresentado no Relatório 2000, e como é unanimemente reconhecido por membros da comunidade antitruste brasileira, o CADE sofre com “a falta de um grupo permanente e estável de funcionários de carreira, cuja presença preserve a ‘memória institucional’ e melhore a “expertise” na aplicação da lei ao longo do tempo” (pág. 207).¹⁰³ A falta de um pessoal permanente adequado acarreta outros problemas além daqueles associados a uma memória institucional precária, inclusive grande parte do problema de atrasos que observamos nos processos do CADE. O Relatório de 2000

recomendava que a criação de um plano de carreira para o CADE deveria ser “prioridade máxima para o governo e para o Congresso” (p. 207). A legislação proposta para reestruturar a lei de defesa da concorrência prevê, como o fez a Lei 8884 (Art. 81), que será aprovada uma “lei específica” para criar um quadro de pessoal de carreira permanente para o SBDC. Contudo, neste ponto o governo ainda não apresentou o projeto de legislação.

O Relatório 2000 (p. 207) observou que a SDE, com um total de 18 profissionais em sua lista em 2000, parecia estar com falta de pessoal. O número de profissionais aumentou para 35 em 2004, mas sua carga de trabalho também aumentou bastante, com cerca de 800 casos pendentes em sua agenda.¹⁰⁴ A visão geral na comunidade antitruste é que a SDE continua com falta de pessoal. O Secretário da SDE adverte que, apesar do processo de revisão de exame de atos de concentração estar mais eficiente, todos os recursos liberados por esse esforço são empregados em investigações de cartel. Do ponto de vista do Secretário, o quadro de pessoal da SDE está no máximo de sua capacidade.

Na SEAE, o número de profissionais que trabalham com política e análise de concorrência aumentou de 60 em 2000 para 71 nos anos 2001 a 2003. O número diminuiu para 66 em 2004, mas esse fato reflete apenas uma redução temporária, associada a problemas durante uma reorganização feita pela SEAE no final de 2004. Como descrito no Relatório 2000 (pág. 118), a SEAE estava organizada, à época, em quatro grandes componentes organizacionais, refletindo uma divisão da economia brasileira nos setores de indústria, serviço, infra-estrutura e agricultura. Em outubro de 2004, a SEAE foi reorganizada em oito Coordenações, antecipando as mudanças que ocorreriam mediante a aprovação da legislação proposta que revia a Lei 8884. A legislação passa quase todas as atividades de aplicação da lei ao novo CADE, deixando a SEAE para servir basicamente como uma defensora da concorrência em questões de regulação sob consideração do governo ou de órgão do setor. Conseqüentemente, a SEAE consolidou suas atividades de análise de atos de concentração em uma Coordenação (no Rio de Janeiro), que também será responsável por todo o serviço relativo a tarifas e processos anti-dumping. A condução de investigações também foi consolidada em um único departamento, com sede em Brasília e uma pequena filial no Rio de Janeiro. Cinco outras Coordenações da SEAE, todos em Brasília, estão organizados para refletir as áreas onde a SEAE interage com os outros órgãos do governo: comunicações e a mídia; água, saneamento e energia; saúde e medicamentos; agricultura; e, transporte. A oitava Coordenação lida com as responsabilidades da SEAE de regular as loterias promocionais.

A rotatividade de funcionários da SDE e da SEAE, apesar de menos grave do que no CADE, ainda é problemática. Como a SDE e a SEAE fazem parte de

ministérios maiores, seus funcionários têm a vantagem de melhor acesso aos postos públicos para funcionários públicos.¹⁰⁵ Contudo, os dois órgãos devem desenvolver incentivos para manter seus funcionários permanentes, e têm conseguido expandir o prazo médio de permanência dos funcionários para cerca de seis anos. Para tanto, oferecem complementos de DAS nível 3 e 4. Por outro lado, os dois órgãos não têm mais sucesso do que o CADE em manter o pessoal com contrato oferecendo níveis de DAS nas bandas mais baixas. Para esses funcionários, o tempo normal de permanência é de dois ou três anos.

A tabela abaixo mostra as atividades de aplicação da lei do SBDC nos últimos cinco anos. Aproximadamente 5% dos casos de conduta foram iniciados, *ex officio*, pela SDE. Do restante, metade foi iniciada por reclamantes privados e metade por órgão do governo (como a SEAE, Promotores Públicos, Procuradores Federais, agências reguladoras, outros ministérios do governo, e Procons). A flutuação em “matérias apresentadas” nos últimos três anos (31 em 2002, 51 em 2003 e 37 em 2004) é explicada por uma “limpeza da casa” na SDE, realizada pela nova administração à época, que finalizou uma série de questões pendentes e identificou alguns casos adicionais que deveriam ser liquidados porque o estatuto de limitações havia expirado.

Segundo o Relatório 2000 (p. 208), a SEAE estima que as atividades de análise de atos de concentração tenham consumido cerca de 70% dos recursos do órgão. Imaginava-se que a proporção fosse mais baixa na SDE, mas também bastante alta no CADE. O Relatório recomendou (p. 211) uma redução nos recursos dedicados a atos de concentração e um aumento concomitante na eficiência do processo de análise de fusão, liberando recursos para serem redirecionados para a investigação de cartel. A SDE estima que atualmente devota cerca de 20% de seus recursos para análise de atos de concentração, enquanto o CADE alega que não pode apresentar uma estimativa de seus gastos nessa função. Segundo a SEAE, 65% de seus recursos da lei de defesa da concorrência foram dedicados a atos de concentração até sua reorganização em outubro de 2004, quando as prioridades do órgão foram realinhadas e passaram a ter como foco a advocacia da concorrência.

Tabela 12. Tendências nas Ações da Política de Defesa da Concorrência 2000 - 2004

	Casos de Conduta ¹	Casos de fusão ²
2004: matérias submetidas ao CADE	37	511
Matérias concluídas	32	651
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	5,6	4,2
2003: matérias submetidas ao CADE	51	511
Matérias concluídas	22	526
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	8,3	2,2
2002: matérias submetidas	31	519
Matérias concluídas	31	518
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	2,8	6,6
2001: matérias submetidas	30	621
Matérias concluídas	34	584
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	Dados indisponíveis	10,1
2000: matérias submetidas	32	668
Matérias concluídas	39	523
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	Dados indisponíveis	30,0

1 - Casos de conduta enviados pela SDE ou ANATEL para o CADE, sob os termos do Art. 39, lei 8884.

2 - Casos de fusão enviados pela SDE ou pela ANATEL para o CADE sob os termos do Art. 54 ¶ 6, Lei 8884.

Fonte: SBDC, 2005

4. LIMITES DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA: ISENÇÕES E REGIMES REGULATÓRIOS ESPECIAIS

A Lei 8884, em suas disposições, se aplica a “pessoas físicas, empresas públicas e privadas, [e] para associações de pessoas físicas e de pessoas jurídicas”, independentemente de sua organização, “a despeito do exercício de atividades consideradas como monopólio legal”. (Art. 15). O SBDC adota a postura que a Lei 8884 é aplicável ao governo federal e a seus órgão, apesar de nunca ter havido um caso que colocasse essa proposição à prova. Na realidade, o SBDC interage com o governo federal em questões de concorrência por meio de advocacia da concorrência. Os governos estaduais e seus órgão não são considerados no âmbito da Lei 8884 por motivos de federalismo.

As empresas comerciais de propriedade do governo federal ou estadual estão claramente cobertas, e o CADE tem sido periodicamente envolvido com casos de fusão e conduta que envolvem a Petrobrás, a empresa federal de hidrocarbonos. Apensar de nenhum caso de conduta envolvendo a Petrobrás haver sido decidido pelo CADE desde 1999, a SDE atualmente está realizando uma investigação de alegações de tratamento discriminatório por uma empresa de gasoduto da Petrobrás. Os casos pendentes de atos de concentração envolvem a aquisição pela Petrobrás de postos de gasolina e distribuidores de GLP da AGIP e uma *joint venture* de gasoduto entre a Petrobrás e a White Martins. Não há outra experiência recente envolvendo empresas federais, exceto diversas aquisições pelo Instituto de Resseguros Brasileiro, o monopólio brasileiro de resseguro. O SBDC acredita que haja poucas ou nenhuma empresa comercial estatal e não tem histórico de casos nesta área.

A Lei 8884 se aplica a todas as empresas privadas da economia e, portanto, as empresas que operam nos setores regulados. A única exceção a este princípio foi levantada no setor bancário, como descrito abaixo. Ao aplicar o estatuto às empresas reguladas, o CADE evita criar conflitos com a operacionalização do esquema regulatório. Assim, embora o CADE analise as fusões e ataquem a colusão horizontal nos setores regulados, ele não processa as empresas por mandado de conduta unilateral ou controladas por agências reguladoras.

O Relatório de 2000 (p. 209) recomendou que os órgãos do SBDC dessem uma maior atenção à aplicação da lei em possíveis abusos anticoncorrencial das empresas recém privatizadas, mas ainda dominantes nas indústrias de rede, incluindo particularmente os setores de telecomunicações, energia e transporte. Desde 2000, pelo menos uma atividade de aplicação da lei foi realizada em cada setor regulado, apesar de o SBDC caracterizar o número total de casos como relativamente pequeno. Esta seção do relatório descreve a atividade de aplicação da lei realizada pelo SBDC em setores regulados, enquanto a próxima seção discute as atividades dos órgão do SBDC como defensores da concorrência em relação às políticas de regulação do setor.

Apesar de a maioria das normas setoriais exigir que a reguladora considere os princípios de concorrência ao tomar suas decisões¹⁰⁶, poucos mencionam a Lei 8884 como tal. A competência do CADE nessas áreas, portanto, surge por inferência da ampla linguagem jurisdicional no Artigo 15. As leis do setor para hidrocarbonos e telecomunicações, no entanto, se referem expressamente à Lei 8884. A Lei de Hidrocarbonos de 1997, que cobre os setores de petróleo e gás natural, exige que a agência reguladora do setor (a Agência Nacional de Petróleo - ANP) notifique tanto a SDE e o CADE se vier a tomar conhecimento de qualquer evidência que sugira uma violação da lei de defesa da concorrência. O CADE, por sua vez, deve notificar a ANP sobre qualquer sanção que aplicar às empresas do setor, de modo que ANP possa adotar qualquer medida legal que lhe seja pertinente (tal como cancelamento de licenças).¹⁰⁷

Com relação ao petróleo e seus derivados, inclusive o gás liquefeito de petróleo (GLP), a regulação de preços terminou em 2002 para todos os estágios da cadeia de produção. Os preços agora flutuam livremente para extração, refinamento e distribuição local. As instalações básicas para transporte, inclusive os gasodutos e as instalações para carregamento em terminais marítimos, são reguladas pela ANP. As ações do CADE por conduta nesta área, desde 2000, envolveram casos de fixação de preços contra revendedores de gasolina e distribuidores de GLP e já foram descritas anteriormente. A ANP monitora os preços dos combustíveis e informa à SDE qualquer padrão suspeito. Apesar de ter havido diversas reuniões entre o CADE e a ANP em 2002 para formular um acordo de cooperação para a troca de informações e pontos de vista sobre questões de concorrência no setor, o projeto nunca foi finalizado. A SDE tem obtido melhores resultados, inclusive havendo estabelecido um acordo com a ANP em 2000, em relação à condução de investigações no setor.

A jurisdição de regulação do governo federal no setor de gás natural é diferente da jurisdição na maioria dos outros setores, porque se estende somente ao comércio interestadual. Segundo a Constituição brasileira, os estados têm o poder de controlar a distribuição local. Os preços interestaduais de gás foram desregulamentados em

2002, junto com os preços do petróleo; a ANP continua a regular os dutos de gás natural. Em nível estatal, os 26 governos dos Estados empregaram abordagens diferentes. Diversos Estados continuaram a operar diretamente a rede de distribuição, enquanto outros privatizaram o sistema e criaram uma agência reguladora. Em alguns Estados houve leilões para concessão de operação da rede. As vendas de concessão são transações previstas no Artigo 54, caso se atinja os critérios de faturamento ou de participação de mercado, também sendo aceita a formação de um consórcio para adquirir uma concessão. O CADE analisou diversas transações que envolviam concessões. Assim, em 2004 o CADE aprovou, sem restrições, uma concessão para a Gás Natural São Paulo Sul para a distribuição de gás natural no sudeste do Estado de São Paulo, enquanto aplicou à Gás Natural uma multa por notificação fora de prazo. Da mesma forma, o CADE aprovou as transações associadas do Estado de Goiás que, em 2004, formou uma empresa de distribuição de gás onde o Estado possuía 51%. O estoque restante foi vendido a um consórcio escolhido por solicitação pública.

Um caso em 2001 no setor de gás natural ilustrou a abordagem do CADE na análise da conduta realizada pelas firmas reguladas. Antes de 1997, a distribuição de gás no Estado do Rio de Janeiro era um monopólio estatal. Em 1997, o Estado dividiu a distribuição entre duas empresas que atendiam a diferentes áreas geográficas, privatizou as duas empresas e criou uma agência reguladora estatal. No ano seguinte, as duas empresas aumentaram os preços muito acima do índice de inflação. Os clientes alegaram que as distribuidoras estavam abusando de sua posição dominante. A decisão do CADE de 2001, negando a alegação, considerou a aplicabilidade da “doutrina de ação do Estado” no Brasil. A doutrina, desenvolvida como parte de uma jurisprudência antitruste nos Estados Unidos, opera para excluir a autoridade federal antitruste quando um Estado substitui a concorrência de mercado e ativamente regula a conduta privada em questão. O CADE concluiu que os distribuidores não agiram ilegalmente, porque seus preços ficaram abaixo da faixa de preços permitida pelo regulador do Estado.

A Lei Geral das Telecomunicações de 1997 é muito mais bem elaborada do que a Lei de Hidrocarbonos e tem dispositivos explícitos em relação à aplicação da lei da concorrência às empresas de telecomunicações e confere à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) o papel formal no processo de aplicação da lei. Segundo o Artigo 7 da lei, “as regras gerais que governam a proteção da ordem econômica [que inclui a Lei 8884] devem ser aplicáveis ao setor de telecomunicações sempre que não entrarem em conflito com os dispositivos da Lei.” O Artigo 19 concede à ANATEL a “competência legal para controlar, prevenir e restringir qualquer quebra da ordem econômica no setor de telecomunicações, sem prejuízo aos poderes conferidos... ao CADE”. O efeito desses dispositivos é que os casos de conduta e atos de concentração no setor podem ser considerados pela

ANATEL, pelo CADE, ou por ambos. Contudo, a Lei Geral das Telecomunicações antecipa a aplicabilidade dos requisitos de notificação de atos de concentração da Lei 8884, porque cria um regime especial para atos de concentração em telecomunicações, sob o qual é necessário apresentar a notificação prévia das transações à ANATEL (a única circunstância onde o Brasil prevê o controle prévio aos atos de concentração). A jurisdição da ANATEL sobre os casos de conduta e de atos de concentração se limita a “serviços de telecomunicações”, definidos de modo a incluir os sistemas de telefonia fixa e as funções das emissoras das redes de televisão, operações de TV por satélite e empresas de telefonia celular.

O Relatório de 2000 (pág. 219) observou que o CADE e a ANATEL haviam criado um grupo de trabalho para lidar com os problemas potenciais apresentados pela justaposição dos dispositivos jurisdicionais. O CADE informa que, desde 2000, as dois órgãos conseguiram desenvolver um acordo de trabalho em cooperação, mediante o qual a ANATEL assume o papel da SDE e da SEAE em casos de atos de concentração que envolvam os serviços de telecomunicações. Nos termos do acordo, a ANATEL realiza a investigação e apresenta um parecer técnico, enquanto o CADE profere a sentença final. Com relação aos casos de conduta, a ANATEL divide jurisdição concorrente com a SDE e a SEAE, de modo que qualquer uma delas, ou as três juntas, podem desempenhar funções investigativas e apresentar recomendações ao CADE. Ao longo dos anos, o CADE e a ANATEL assinaram diversos acordos de cooperação e todos já expiraram. O CADE informa que, até pouco tempo atrás, as dois órgão se encontravam em negociação de um novo acordo. Contudo, o projeto foi suspenso quando terminou o mandato do presidente da ANATEL. Os procedimentos para interação entre a ANATEL e a SDE e a SEAE não estão bem desenvolvidos e consistem basicamente de contatos informais entre os funcionários do órgão.

Nos últimos cinco anos, o CADE analisou diversos casos de conduta e de atos de concentração encaminhados pela ANATEL. Por exemplo, em 2001 o CADE lidou com uma reclamação de abuso de posição dominante contra o Grupo Globo, o maior de televisão do Brasil. A Globo controlava tanto o Canal Globo, o principal canal de televisão no Brasil, quanto o Sky TV, a mais importante empresa brasileira de TV por satélite paga. O reclamante foi a TVA Sistema de Televisão, proprietária da empresa de TV por satélite concorrente. A TVA alegava que a Globo se recusara ilegalmente a licenciar o Canal Globo para transmissão via satélite da TVA. A ANATEL investigou e chegou à conclusão que não houve abuso de posição dominante porque o Canal Globo não era essencial para o serviço de TV por satélite. O CADE concordou e rejeitou o caso, observando que a TVA era um concorrente viável sem o canal e que a solicitação de serviços de TV a satélite para compartilhar a programação reduziria a concorrência e retardaria os incentivos para inovação. Em um ato de concentração de 2002, o CADE aprovou, sem restrições, uma *joint*

venture da Portugal Telecom e da Telefónica Internacional para criar a empresa de telefonia celular Vivo.

Nos atos de concentração, a ANATEL possui competência legal para emitir uma ordem que impeça a consumação de uma transação até que a análise seja finalizada. O CADE pode adotar uma medida cautelar ou entrar em um APRO sob os termos da Resolução 28 do CADE, para lidar com aspectos de um ato de concentração que não estejam sob jurisdição da ANATEL. Por exemplo, na fusão News Corporation - Hughes, descrita anteriormente, a ANATEL lançou uma ordem que proibia que as duas empresas de TV a satélite consumassem a transação, enquanto o CADE emitiu uma ordem que proibia que as partes estabelecessem novos contratos de distribuição exclusiva no Brasil de programação televisiva.

Algumas vezes o CADE solicitou à SDE ou à SEAE (ou a ambas) que dessem pareceres técnicos complementares em atos de concentração que estivessem sob jurisdição da ANATEL, e em casos de conduta que a SDE e a SEAE não haviam investigado.¹⁰⁸ Assim, o CADE solicitou pareceres da SEAE com relação às medidas supracitadas, referente à fusão News Corporation - Hughes. Da mesma forma, solicitou os pareceres da SDE e da SEAE em um caso de abuso de posição dominante contra a Telecomunicações de São Paulo (Telesp). A empresa reclamante naquele caso, a Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel) alegava que a Telesp estava cobrando tarifas discriminatórias para acesso à rede da Telesp. A SDE e a SEAE concordaram que a conduta parecia discriminatória e o CADE emitiu um mandado de segurança, seguindo a recomendação daquelas Secretarias.

A SDE e a SEAE também realizam investigações de atos de concentração e conduta em aspectos do setor de telecomunicações que se encontram fora da jurisdição da ANATEL. As investigações de atos de concentração nos últimos anos envolveram, de forma geral, os mercados que têm uma relação vertical com os serviços de telecomunicações. Um importante foco de atenção tem sido as aquisições por parte de empresas de serviços terrestres de telefonia (*land-line*) de provedores de serviços de Internet e da aquisição, por parte de empresas de TV por satélite, de fornecedores de programas de televisão. A transação envolveu a aquisição da Globo de 25% da ESPN Brasil, um canal de esportes concorrente. A SEAE concluiu que a Globo estava em uma posição de monopólio em relação ao mercado de “canais nobres de esporte da TV paga” e em uma posição monopolista em relação ao mercado de apresentações na TV paga de eventos esportivos nobres. A entrada nos dois mercados era difícil e, assim, a SEAE recomendou a imposição de algumas restrições para reduzir a perspectiva de a Globo abusar de seu poder de mercado. As propostas da SEAE tinham a intenção de evitar que a Globo (1) concedesse licenças exclusivas para a SkyTV para a transmissão via satélite dos

principais eventos esportivos, ou (2) exigisse os direitos exclusivos de transmissão desses eventos. O caso está agora pendente na SDE.

As investigações de conduta realizadas pela SDE e a SEAE em mercados pertinentes à jurisdição da ANATEL, mas fora de seu âmbito, incluem ainda um outro caso contra o Grupo Globo. Uma reclamação de abuso de posição dominante feita pela Associação Neo TV alegava que a Globo estava negando licenças da SporTV para os concorrentes dos serviços de TV via satélite da Globo, SkyTV e NET. As propostas da SEAE foram semelhantes àquelas no caso da aquisição da ESPN Brasil. A questão agora está pendente com a SDE. Em alguns casos investigados pela SDE, que não envolviam a Globo, o CADE proferiu decisões em 2004 que rejeitavam as alegações de prática de preços predatórios na revenda de telefones celular pela Telefônica Celular, Telet Celular e Telebrasil Celular.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), assim como a ANP e a ANATEL, foi criada em 1997 e sua lei também exige que os princípios de concorrência sejam respeitados sempre que possível. A ANEEL mantém acordos de cooperação com todas os três órgãos de defesa da concorrência e, nos termos desses acordos, as partes concordam em compartilhar informações e expertise técnica, bem como realizar análises conjuntas sobre a interação entre a lei de defesa da concorrência e o sistema regulador do setor. A ANEEL apresenta à SDE relatórios de suspeita de violações à lei de defesa da concorrência e pareceres técnicos em casos de conduta e atos de concentração. Desde 2000, a única atividade de aplicação da lei que o SBDC exerce no setor são os atos de concentração. Em todos os casos, a operação foi aprovada pelo CADE sem restrições após uma análise seguindo o procedimento sumário (*fast track*). As transações incluíam aquisições de pequenos produtores ou distribuidores regionais de energia elétrica, e a formação de consórcios para concorrer às licenças e concessões de distribuição para construir usinas de geração de energia.

O Departamento de Aviação Civil (DAC), do Ministério da Defesa do Brasil, continua a ter competência de regulação sobre as linhas aéreas no Brasil. Não há acordos formais de cooperação e a interação entre os órgão do SBDC e o DAC é mínima. A lei de defesa da concorrência se aplica integralmente à aviação civil, e o caso mais representativo do SBDC desde 2000 é a ação contra as principais linhas aéreas pela fixação de preços na rota Rio de Janeiro - São Paulo.

A Agência Nacional para Transporte Terrestre (ANTT) foi criada em 2002¹⁰⁹ e encarregada de regular os serviços de frete ferroviário e o transporte coletivo por ônibus interestadual e internacional.¹¹⁰ Um acordo de 2002 assinado entre a SEAE e a ANTT prevê a troca de informação, análise conjunta de técnicas para aplicar os princípios de concorrência às questões de regulação do setor e a discussão de

metodologias para regulação tarifária. Também há dispositivos relativos à cooperação nos processos de aplicação da lei de defesa da concorrência (inclusive a investigação conjunta). O CADE e a ANTT adotaram um acordo em 2003 com termos semelhantes, mas com foco especial na cooperação, para evitar conflitos entre a aplicação da lei de defesa da concorrência e as decisões de regulação do setor. Contudo, houve pouquíssima ou nenhuma atividade em relação aos dois acordos.

Com relação às ferrovias, o maior número de condutas investigadas pelo CADE envolveu a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), uma grande empresa de mineração e siderurgia que foi privatizada em 1997. A CVRD mantém concessões para operar diversas ferrovias e terminais portuários que prestam serviços tanto a suas próprias minas e instalações de produção de aço quanto a outros clientes. Alguns dos clientes atendidos pelas linhas da CVRD são concorrentes na mineração ou na produção de aço, uma circunstância que tem levado a uma série de casos de alegação de discriminação por parte da CVRD. Quando a discriminação não envolve tarifas reguladas pela ANTT, o CADE tem jurisdição preferencial. Um caso, por exemplo, trata de um contrato entre a CVRD e a *Samitri Mineral Company* para o transporte e a exportação da produção de minério de ferro da Samitri. O contrato impede que a Samitri venda seu minério em alguns mercados estrangeiros e que venda qualquer minério a preços mais baixos do que a CVRD. Na decisão de 2004, o CADE analisou a conduta como se fosse uma *joint venture*, concluindo que tal acordo não era ilícito, observando que a CVRD havia feito um alto investimento para construir uma linha ferroviária dedicada à Samitri e que a CVRD, em vistas disso, tinha um interesse legítimo na exploração de minério da ferro da Samitri.

Outros casos pendentes no setor ferroviário incluem atos de concentração, incluindo operações, no ano 2000, por meio da qual a CVRD adquiriu quatro empresas de mineração e suas linhas ferroviárias associadas na região sudeste do Brasil. A SEAE e a SDE concordaram que os efeitos anticoncorrenciais poderiam surgir tanto nos mercados de minério de ferro quanto no serviço ferroviário e, portanto, propuseram a imposição de condições para a aprovação, pelo CADE, da operação. A ANTT, em consulta à SDE, invocou sua própria competência legal para emitir uma ordem de natureza preventiva, impondo algumas restrições à CVRD até o CADE emitir sua decisão. Em 2005, o CADE determinou que as transações poderiam prosseguir mediante condições que sanassem os efeitos anticoncorrenciais. Com relação ao transporte coletivo por ônibus, a primeira decisão do CADE no setor, desde 2000, foi tomada em junho de 2005, concluindo-se pela existência de cartel entre as empresas de ônibus. A SDE está realizando várias outras investigações sobre cartéis de empresas de ônibus. A SDE e a SEAE atualmente estão analisando uma fusão entre a Gontijo Participações e a Viação São Geraldo, duas das maiores empresas de transporte coletivo por ônibus no Brasil.

Cada um dos portos marítimos brasileiros é controlado por uma Autoridade Portuária, que adjudica concessões autorizando as partes privadas a operarem terminais e prestarem serviços de carga nas instalações portuárias. Em alguns portos, há também terminais privados, na área de influência dos portos. Um caso que o CADE solucionou recentemente, conhecido por “THC2”, envolveu as taxas de liberação de containeres dos recintos alfandegados cobradas pelas operadoras dos terminais contra armazéns independentes. O caso envolveu alegações que certas operadoras de terminais aumentaram os custos dos concorrentes ao cobrar muitíssimo mais para entregar um contêiner de carga em um armazém situado fora do porto do que para entregar cargas em armazéns dentro do porto. O diferencial de preço, que o CADE considerou um abuso de posição dominante, foi imposto para induzir os armadores a utilizarem o armazém do operador do terminal. Em outro processo que envolvia o setor portuário, está sendo realizada uma investigação de duas alegações de fixação de preço por operadores de rebocadores no Porto de Santos.

O Banco Central do Brasil (BACEN) tem a responsabilidade de regular os bancos e outras instituições financeiras. Ele exerce o controle regulador prudencial sobre novas licenças para bancos e fusões de bancos; estabelece os requisitos de capital, reservas e investimentos; e, ordena os sistemas de controle interno e contabilidade. Há órgãos reguladores distintos no Ministério da Fazenda para os setores de seguro e valores mobiliários. O Relatório 2000 observou (pág. 229) que, apesar de o sistema bancário não ser isento da lei de defesa da concorrência, “o Banco Central continua [a] exercer com exclusividade a competência sobre as questões competitivas no setor”. Particularmente, o Banco tem demandado o controle exclusivo sobre fusões de bancos, com base no fato que deve assegurar a devida ação com relação a “bancos-problema” e impor limites constitucionais à entrada de instituições bancárias internacionais.

Em 2001, a Advocacia Geral da União – AGU emitiu um parecer legal em que concluía que a especificidade da lei bancária brasileira tinha precedência sobre a linguagem mais geral da Lei 8884 e, portanto, efetivamente concedia ao Banco Central a jurisdição exclusiva sobre os bancos, para todos os fins. O CADE nunca concordou com esse parecer, adotando a postura que a Lei 8884 (que foi promulgada após a lei do sistema bancário) é aplicável, por seus termos, a todas as empresas comerciais, e o CADE, como um órgão autônomo, não é vinculado por um parecer legal emitido pelo Poder Executivo. Dois tribunais de primeira instância consideraram a questão sobre se as fusões de banco devem ser notificadas ao CADE, sob os termos do Artigo 54. Um tribunal sustentou que sim, concluindo que o Artigo 54 se aplicava mesmo quando a fusão havia sido analisada pelo Banco Central. Um segundo tribunal, em uma outra fusão bancária, foi de opinião diferente, com base no fato que a análise do Banco Central era peremptória e que o parecer legal da

AGU era vinculante a todo o Governo Federal, inclusive ao CADE. Os recursos dos dois casos ainda estão pendentes. O CADE não analisou caso algum de conduta que envolvesse bancos nos últimos anos, porque a SDE, como um órgão do Poder Executivo, é vinculada pelo parecer legal e, portanto, não realiza investigações no setor.¹¹¹

As negociações entre o CADE e o BACEN visaram resolver a controvérsia por meio de acordo. Um projeto de lei complementar consensual, enviado ao Congresso em 2003 e aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em dezembro de 2004, agora está sob análise do Senado. O projeto de lei prevê que o Banco Central terá a responsabilidade exclusiva de analisar as fusões que envolverem um risco para a estabilidade geral do sistema financeiro. Em todos os outros atos de concentração, o CADE terá a palavra final. A competência para lidar com casos de conduta no setor bancário será concedida exclusivamente ao SBDC. O CADE e o BACEN há muito tempo tiveram um acordo de trabalho que é empregado principalmente como um mecanismo para troca de informações. Atualmente, os dois órgãos estão negociando um acordo mais amplo de promoção da cooperação e um plano de trabalho conjunto para fazer as análises de atos de concentração.

A aplicabilidade da Lei 8884 às atividades de fixação de preços das empresas privadas é, obviamente, limitada se o governo controlar os preços. Independentemente da regulação dos serviços públicos, os únicos controles diretos de preço no Brasil atualmente dizem respeito aos produtos farmacêuticos. Sob um programa iniciado ao final de 2000, os preços máximos para cerca de 90% dos produtos farmacêuticos, tanto aqueles que necessitam de receita médica quanto os que não necessitam, são fixados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Os membros do CMED são representantes dos Ministérios da Saúde, das Finanças, da Justiça e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior¹¹². A SEAE é a representante do Ministério da Fazenda não CMED e a SDE é a representante do Ministério da Justiça. As informações sobre os papéis que esses órgãos desempenham nas deliberações da CMED são apresentadas na discussão sobre advocacia da concorrência. A existência da regulação do preço de medicamentos não evita que SBDC aplique a lei da concorrência em relação a atos de concentração e outras formas de conduta adotadas por empresas farmacêuticas, como evidenciado pelos casos que envolvem o boicote aos medicamentos genéricos e a fusão das empresas de insulina Novo Nordisk - Biobrás.

Os procedimentos padrões para a aplicação da Lei 8884 em setores regulados estão inclusos no projeto de lei abrangente para as agências reguladoras de setor, que está pendente. As agências de setor devem monitorar suas indústrias em relação ao cumprimento com a lei de defesa da concorrência, relatar as suspeitas de violação e

apresentar relatórios técnicos mediante solicitação do CADE, para serem utilizados em ações de aplicação de lei. O CADE deve notificar a relevante sobre as decisões proferidas em casos de conduta e de atos de concentração, para que a possam adotar quaisquer medidas legais necessárias.

5. ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA

O SBDC faz advocacia da concorrência em duas dimensões. A primeira reflete o papel dos órgãos como consultores do governo e das agências reguladoras do setor no que tange à legislação e regulamentos que implicam política de concorrência. A segunda é como proponentes para maior reconhecimento público e aceitação dos princípios de concorrência. Assim como acontece com a primeira dimensão, uma função importante da advocacia é coibir a criação de programas reguladores anticoncorrenciais. Por exemplo, em 2003 o governo federal estava preocupado com o preço do gás liquefeito de petróleo (GLP), uma mercadoria essencial para a população brasileira em áreas rurais. A SEAE e a SDE entraram em um debate sobre a proposição de uma legislação que estabelecesse um sistema de controle de preço do GLP, alegando, com sucesso, que as modificações nos regulamentos técnicos existentes, assim como a aplicação da lei contra conduta anticoncorrencial, obteriam melhores resultados do que o controle dos preços.

Da mesma forma, no setor de revenda de combustível os órgãos do SBDC enfrentaram tentativas dos promotores públicos locais para estabelecer sistemas de controle de preço, por meio de ordem judicial. Os promotores buscaram ordens do Judiciário para fixar os preços máximos da gasolina (onde o preço fosse considerado muito alto) ou, alternativamente, ordens para fixar os preços mínimos da gasolina (onde o preço fosse considerado predatório). Em muitos desses casos, o SBDC conseguiu persuadir os promotores que os preços indevidamente “altos” resultavam do cartel local que poderia ser processado diretamente. Além disso, os preços indevidamente “baixos” não passavam de resultado da concorrência legítima.

Em outra frente, a SEAE participou das discussões de uma proposta feita pelo Ministério da Cultura, em relação a um novo programa regulador. O Ministério recomendou que a Agência Nacional de Cinema (ANCINE), que tem seu trabalho voltado à promoção da produção local de filmes, fosse transformada em uma agência reguladora para produtos áudio-visuais. A SEAE representou o Ministério da Fazenda nas discussões intra-governamentais que culminaram em uma decisão que restringia as mudanças no setor para uma revisão dos incentivos fiscais que são atualmente oferecidos aos produtores de filme. A SEAE está agora em consulta com o Ministério da Cultura para chegarem a uma proposta conjunta para esta revisão.

Uma segunda variedade de advocacia da concorrência envolve a proposição de melhorias com base na concorrência para os programas governamentais existentes que afetam as operações do mercado. A SEAE, por exemplo, está envolvida em um projeto para reformar o processo de registro de pesticida no Brasil, a fim de acelerar a disponibilização de pesticidas “genéricos” no mercado. Desde 2002 não foi emitida nenhuma certificação de pesticida e há mais de 100 solicitações pendentes. A SEAE estima que o alinhamento do processo resultaria em uma redução de até 30% nos preços dos pesticidas. Outros programas do governo em relação aos quais a SEAE está desempenhando um papel de advocacia da concorrência semelhante aos supracitados incluem projetos para incentivar a produção e a utilização de óleo vegetal (biodiesel), como uma fonte alternativa de energia, visando criar um sistema eficiente de comercialização no mercado para os certificados de emissões de carbono, conforme o Protocolo de Kyoto, e desenvolver uma regra de preço máximo para as tarifas do serviço postal.

Uma terceira variedade de advocacia da concorrência é tecer comentários sobre os regulamentos propostos para adoção pelas agências reguladoras. Os órgãos do SBDC alegam que buscam promover a concorrência em mercados regulados analisando as regras propostas, publicando estudos de concorrência em determinados setores regulados e convidando os funcionários da agência reguladora para participarem de seminários e outras discussões. Contudo, elas caracterizam os efeitos de seus esforços como “muito limitados”.

Caixa 11. Procedimentos de Advocacia da Concorrência: Emendas Propostas

O projeto de lei abrangente para rever os procedimentos para as agências reguladoras inclui dispositivos que tratam de advocacia da concorrência. As agências reguladoras devem solicitar um parecer da SEAE 15 dias antes das normas e dos regulamentos serem apresentados para consulta pública. A SEAE precisa emitir, em um prazo de 30 dias, um parecer público sobre as implicações competitivas da proposta. Como o projeto de lei propõe que as regulamentações fiquem por um período obrigatório de 30 dias em consulta pública, o prazo final para o parecer da SEAE assegura que as entidades reguladas e o público. As agências são obrigadas a responder oficialmente aos comentários feitos durante o período de consulta pública. A resposta do órgão deve ser apresentada com antecedência mínima de três dias úteis à reunião dos conselheiros da órgão para discutir a proposta.

Com relação à advocacia pela concorrência que o SBDC desempenha em alguns setores, os órgãos não relatam nenhuma atividade recente relativa à regulação do petróleo, GLP e gás natural, a não ser uma conferência de 2003, patrocinada pelo SBDC e pela OCDE. A conferência, chamada de “Seminário Internacional sobre a Interface entre a Concorrência e a Regulação nos Setores de GLP, Combustível e Gás Natural”, contou com a participação de funcionários dos três órgãos do SBDC, da ANP e do Ministério das Minas e Energia, além de participantes internacionais. Nas telecomunicações, a interação entre o SBDC e a ANATEL em questões de regulação também é rara. Diversos conselheiros atuais e ex-conselheiros do CADE participaram de um treinamento sobre questões de concorrência, organizado em 2003 pelo Instituto Brasileiro de Estudo das Relações entre Concorrência e Consumidor (IBRAC) para a ANATEL.¹¹³

No setor de energia elétrica, a SEAE ajudou o Ministério das Minas e Energia a desenvolver regras de leilão para um conjunto de entidades atacadistas, através das quais as empresas de geração de energia venderão seus produtos. Após um extensivo teste dos métodos de leilão, a SEAE recomendou (e o Ministério adotou) algumas restrições elaboradas para coibir a colusão e promover uma identificação mais precisa dos planos de demanda dos distribuidores.

A indústria de linhas aéreas recebeu uma considerável atenção de advocacia, principalmente por parte da SEAE. Como descrito no Relatório 2000 (pág. 225), a competência reguladora das linhas aéreas (DAC) nunca foi muito a favor da liberalização do mercado. Até 2000, quatro grandes linhas aéreas eram dominantes no Brasil: Varig, TAM, Transbrasil e Vasp. A desvalorização do Real em 1999 e o aumento no preço dos combustíveis levaram a Transbrasil à falência em 2001. A Vasp também entrou em declínio e parou suas operações em 2005. A fusão proposta entre a TAM e a Varig, recentemente abandonada, também foi motivada pelos problemas financeiros das duas empresas. O dilema das empresas de carga tradicionais contrastava completamente com a experiência da GOL, uma nova linha aérea, de baixo custo, cuja parcela do mercado e ofertas de rota aumentaram drasticamente depois de sua entrada no mercado, em 2001.

A SEAE preparou diversos documentos técnicos em 2001 em que solicitava a liberalização na regulação das linhas aéreas, mas sem efeito algum sobre as políticas do DAC. Em 2003, o DAC decidiu que as empresas estabelecidas necessitavam de auxílio e impôs limites à capacidade através da regulação da aquisição de aeronaves, bem como a proibição de novas rotas a menos que todas as existentes apresentassem um alto fator de carga. A SEAE emitiu diversos documentos criticando essas ações. No início de 2004, o DAC atuou de forma ainda mais agressiva sugerindo proibir a GOL de iniciar uma venda de passagens aéreas a preços que o DAC considerou predatórios. Outro documento da SEAE criticou essa ação também. Contudo,

mesmo antes de o documento ser lançado, o Diretor-Geral em exercício do DAC foi convocado a comparecer em uma Comissão do Senado e explicar o motivo pelo qual ele estava exercendo uma competência de aplicação de lei, que era exclusiva do SBDC. Ele respondeu que o DAC tinha competência inerente para salvaguardar o setor por meio de qualquer ação necessária. Essa resposta não foi satisfatória para a Comissão. Duas semanas depois, o governo nomeou um novo Diretor-Geral e a venda de passagens da GOL prosseguiu. O Congresso está analisando uma legislação que criaria uma competência civil para a regulação de linha aérea de passageiro.

Nos setores de frete ferroviário e de transporte de ônibus interestadual, a SEAE e a ANTT concordam que as melhorias no sistema regulatório são necessárias, mas pouca ação foi tomada para chegar a medidas específicas. Em 2003, a SEAE contratou o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) para desenvolver mudanças regulares recomendadas para os ônibus, um projeto que ainda se encontra pendente. A SEAE está em consulta com a ANTT sobre melhorias no sistema de leilão empregado para conceder concessões para a construção e operação de autovias com pedágio.

Com relação aos portos marítimos, o órgão identificou no Relatório 2000 (página 227) que como responsável por desenvolver políticas regulatórias gerais para o setor (GEMPO) havia sido substituída por outra entidade, a GT Portos. Este grupo, diferentemente do GEMPO, inclui o Ministério da Fazenda entre seus membros, e a SEAE atua como um dos representantes do Ministério. A atividade desenvolvida atualmente inclui discussões com a ANTAQ, a Agência Nacional de Transporte Aquaviário, em relação à melhoria da concorrência no mercado de serviços de limpeza e propôs melhorias na eficiência portuária para promover o comércio de exportação do Brasil. No setor de instituições financeiras, as discussões entre o SBDC e o Banco Central costumam ter como foco questões relativas à divisão da jurisdição, apesar de haver alguns esforços no sentido de analisar possíveis melhorias pró-competitivas nos regulamentos financeiros.

Como observado acima, a SEAE atua como representante do Ministério da Fazenda e a SDE como representante do Ministério da Justiça na CMED, o órgão responsável por fixar os preços máximos e regular, de uma outra forma, o mercado para remédios controlados e alguns que não são controlados. A SEAE e a SDE trabalharam juntas na elaboração da metodologia para determinar alguns fatores na fórmula de preço aplicado pela CMED, assim como abordaram as questões específicas de estabelecimento de preço que surgem quando um novo medicamento entra no mercado. Os dois órgãos estão participando de um grupo técnico composto por membros da CMED, representantes do setor e consumidores. Este grupo foi criado recentemente para analisar a eliminação do controle de preços sobre remédios

não controlados. Da mesma forma, os dois órgãos participam de um grupo criado para analisar questões de regulação no mercado privado de planos de saúde.

Um quarto tipo de advocacia da concorrência surge no contexto da privatização. Os processos de privatização normalmente apresentam duas ocasiões para o envolvimento de órgão de concorrência. O primeiro é no estágio de planejamento, quando os procedimentos para realizar a venda são elaborados e os pacotes de patrimônio são estruturados. Nesse contexto, o órgão de concorrência pode advogar por regras de leilão pró-competitivas e desencorajar a criação de monopólios privados. A segunda ocasião é na hora da venda propriamente dita, quando o órgão de defesa da concorrência age como uma competência de aplicação da lei para evitar aquisições anticoncorrenciais. Como observado no início deste relatório, o Brasil não realizou nenhuma privatização desde 2002. Os registros disponíveis para o SBDC não mostram se houve algum envolvimento do órgão durante o planejamento das privatizações que ocorreram em 2000 e 2001. O CADE realmente analisou a transação associada à privatização da CVRD. A venda de ações da Petrobrás foi estruturada na forma de uma oferta pública de ações, e não representou nenhum problema de política concorrencial.

Uma quinta variedade de advocacia da concorrência tem como foco os regulamentos anticoncorrenciais adotados pelos governos estaduais e locais. O Artigo 7 X da Lei 8884 prevê que o CADE pode “exigir dos órgão do Poder Executivo Federal, e das competências estaduais, municipais, do Distrito Federal e territoriais, que adotem todas as ações necessárias para cumprir com esta Lei”. Embora o CADE não possa obrigar a aceitação destas recomendações, o texto legal concede ao CADE o poder de comentar os programas regulatórios estaduais. Como descrito no Relatório 2000 (pág. 195), o CADE tinha, àquela época, feito três solicitações sob os termos do Artigo 7, inciso X, inclusive uma recomendação de 1998 que a cidade de Brasília desregulasse as tarifas de táxi. A recomendação em relação aos táxis não foi adotada, apesar de o DF ter efetivamente atuado no sentido de reduzir os níveis das tarifas de táxi. O Relatório de 2000 (pág. 210) recomendou que o CADE explorasse sua competência política e moral como a órgão de defesa da concorrência nacional, empregando o Artigo 7 X e o procedimento de consulta conforme a Resolução 18, para lidar com os limites anticoncorrenciais impostos pelos governos estaduais e locais.

O CADE informa não possuir registros que mostrem qual atividade ocorreu nos termos do Artigo 7 X desde 2000, se ocorreu alguma. Dois processos recentes do CADE, descritos em outra parte neste relatório, levaram a exigências 7X bem sucedidas. No primeiro caso, envolvendo uma ação concertada pela associação de revendedores de combustível em Brasília, visando obter uma ordem distrital proibindo os postos de abastecimento em supermercados e *shopping centers*, a

cidade rejeitou a ordem em resposta a uma recomendação do CADE. Em outro caso, que envolveu a aquisição da Biobrás pela Novo Nordisk, o Ministério do Comércio suspendeu algumas medidas anti-dumping que haviam sido impostas anteriormente sobre a importação da insulina.¹¹⁴ Aparte da atividade do CADE sob os termos do Artigo 7 X, a SEAE informa estar envolvida em um projeto para desenvolver diretrizes federais para a regulação local de serviços de abastecimento de água e esgoto.

Uma sexta forma de advocacia da concorrência é o estudo da dinâmica competitiva em mercados brasileiros individuais, assim como a publicação de relatórios sobre os setores estudados. A SEAE publica periodicamente “Documentos de Trabalho” técnicos que abordam as questões de política de concorrência em determinados mercados. Desde 2000, os setores abordados pelos documentos da SEAE incluem o setor farmacêutico, de frete ferroviário, aviação, petróleo, telecomunicações, eletricidade, supermercados, plano de saúde e sistemas de esgoto sanitário.¹¹⁵ Em 2004, a SDE encomendou alguns estudos de pesquisa ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em relação aos setores de assistência à saúde e bancário.

Os treinamentos e seminários educacionais oferecidos aos órgãos do governo são um tipo final de advocacia que o SBDC adota. Nos dois últimos anos, o SBDC tem adotado diversas iniciativas visando promover o entendimento e a valorização da lei de defesa da concorrência, tanto entre os membros do judiciário quanto entre os promotores públicos. Em dezembro de 2004, o CADE se associou à OCDE e a uma associação de juízes para oferecer uma oficina de dois dias sobre tópicos selecionados em relação à concorrência. A oficina foi ministrada aos juízes federais em Brasília. A SDE promoveu duas conferências para dar treinamento sobre questões de concorrência para os promotores públicos e juízes federais, e a SEAE auxiliou a Promotoria Federal a organizar um curso sobre lei de defesa da concorrência para os promotores. Os funcionários do SBDC também têm sido convidados, com frequência cada vez maior, como participantes e palestrantes em conferências organizadas por juízes e promotores.¹¹⁶ Em uma iniciativa separada, o departamento de concorrência da SDE (DPDE) tem cooperado com o departamento de proteção ao consumidor da SDE (DPDC) para realizarem conferências e oficinas de treinamento sobre a lei de defesa da concorrência para as entidades de proteção ao consumidor nos estados brasileiros. Desde o início de 2003, foram realizadas quatro conferências nacionais e mais de 20 oficinas locais.

A segunda dimensão da advocacia da concorrência compreende esforços para promover um maior reconhecimento e aceitação dos princípios de concorrência na sociedade como um todo. Os órgãos do SBDC apreciam muito a importância deste tipo de advocacia. O CADE e a SEAE, particularmente, têm desenvolvido diversos

programas para aumentar o entendimento popular. Nos últimos cinco anos, os dois órgãos realizaram diversas apresentações para a comunidade empresarial sobre a política de concorrência e a aplicação da lei de defesa da concorrência. Os grupos atendidos incluíam as principais associações comerciais e industriais, tais como a FIESP (Federação de Indústrias do Estado de São Paulo), CIESP (Centro de Indústrias do Estado de São Paulo) e a CNI (Confederação Nacional de Indústrias), muitas das Câmaras de Comércio que representam os negócios internacionais e mais de uma dezena de outras associações comerciais e profissionais. Também foram realizadas apresentações adicionais, com foco em questões mais técnicas e legais, visando os grupos de práticos. Quando o primeiro procedimento de atos de concentração “*fast track*” foi instituído em 2003, por exemplo, os escritórios de advocacia foram convidados para sessões da SEAE no Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília, para discutir as categorias de casos que seriam analisados sob o processo simplificado. Foram feitas apresentações sobre outras questões legais para o comitê de concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para instituições de concorrência como o Centro de Estudos Superiores para Advogados (CESA), Grupo de Estudo sobre Lei e Economia (GEDECON) e para o Instituto Brasileiro para o Estudo das Relações entre Concorrência e o Consumidor (IBRAC), bem como para o corpo docente e alunos de diversas Instituições de Ensino de Direito, Universidades de Direito e Departamentos de Economia, além de outras Instituições Acadêmicas. Em 2003, a SDE fez uma série de apresentações para discutir novas técnicas de investigação de cartel e para promover o programa de certificação de antitruste. Mais recentemente, os representantes de todos os três órgãos fizeram apresentações e explicaram detalhes sobre a legislação proposta que revisa a Lei 8884.

Os sites da *web* que cada um dos órgãos mantém são um meio importante de comunicação entre o SBDC e o público.¹¹⁷ Os sites contêm a legislação antitruste, as decisões de caso, resoluções, ordenanças, diretrizes de aplicação da lei, notas à imprensa, relatórios anuais, artigos, estudos de trabalho e *links* para os materiais pertinentes. O site do CADE também tem uma seção detalhada de perguntas e respostas (FAQ) sobre questões de concorrência, enquanto o site da SDE fornece informações sobre cartéis e explica como deve ser apresentada uma denúncia de conduta anticoncorrenciais.¹¹⁸ As publicações impressas incluem uma cartilha do CADE que contém informações básicas sobre a lei de defesa da concorrência e o SBDC, e o Periódico CADE, que contém importantes decisões e resoluções do CADE, bem como artigos sobre a lei de defesa da concorrência e questões de política, escritos por funcionários do SBDC, advogados do setor privado e economistas, e acadêmicos. A SDE e a Órgão Nacional de Petróleo (ANP) publicaram, em parceria, uma brochura com informações sobre conduta anticoncorrenciais no mercado de combustíveis.

A promoção da educação acadêmica em relação à lei e à política de concorrência é um outro método de advocacia da concorrência empregado pela SBDC. O CADE patrocina, todos os anos, duas conferências bem divulgadas, em que é concedido um prêmio para o melhor ensaio sobre política de concorrência escrito por um aluno universitário.¹¹⁹ Duas vezes ao ano, os três órgãos oferecem programas de intercâmbio, com duração de 4 a 8 semanas, para que os alunos universitários se familiarizem com as funções do SBDC. Os programas, que têm atraído um número cada vez maior de alunos de direito, economia e de escolas comerciais, oferecem experiência prática para futuros especialistas na área, bem como um maior conhecimento sobre questões de concorrência, no caso de alunos de outras áreas.¹²⁰

No que diz respeito às relações com a mídia, cada uma dos três órgãos possui um assessor de comunicações. A SEAE e a SDE também são assessoradas pelos funcionários de comunicação de seus respectivos ministérios. Ao lidar com a mídia, os órgãos enfatizam ao máximo a transparência, no limite das restrições de confidencialidade. São planejadas entrevistas coletivas para anunciar casos importantes e iniciativas da política de defesa da concorrência, e são preparadas notas à imprensa em um estilo não-técnico, apropriado para os leitores em geral. Os jornalistas que cobrem o SBDC são uma boa ponte para as relações dos órgãos com a mídia, apesar de expressarem menor entusiasmo sobre os limites da confidencialidade. Como os jornalistas expandiram seu conhecimento sobre o SBDC, a qualidade e a exatidão da cobertura aumentaram bastante.¹²¹ Os funcionários do SBDC são procurados cada vez mais pelos jornalistas como fontes de informação para questões de regulação da economia, que não têm relação com a lei de defesa da concorrência.

O CADE relata que tem sido objeto de um intenso interesse da imprensa nos últimos anos. As estatísticas sobre o número de artigos na mídia relativos ao CADE mostram um aumento de 213 em 2003 para 390 em 2004. A SDE estima que cerca de 150 notícias ao ano lidam com suas atividades de concorrência. Uma pesquisa da SDE sobre as notícias que correram em novembro e dezembro de 2003, e em julho e agosto de 2004, mostrou que 59% eram favoráveis e 5% desfavoráveis. A SDE considerou as 36% restantes como apenas informativas. As estatísticas da SEAE sobre o número de notícias sobre ela variam muito, mostrando 193 artigos em 2000, caindo para 94 em 2001 e depois passando a 253 em 2002, antes de cair novamente para 155 em 2003 e 86 em 2004. As notícias sobre a SEAE no primeiro quadrimestre de 2005 foram 64, um índice que extrapola a 192 ao final do ano. A SEAE informa que as estatísticas refletem apenas os artigos onde a SEAE é citada nominalmente, e que as notícias sobre a lei de defesa da concorrência são inconsistentes sobre a menção específica à SEAE.

Entre os líderes de negócios e as grandes empresas, o conhecimento sobre o SBDC, a lei de defesa da concorrência e a política de concorrência aumentou significativamente nos últimos cinco anos. O conhecimento também está começando a se espalhar entre as empresas menores e o público em geral, pelo menos nos grandes centros populacionais, apesar de a noção comum que a lei de defesa da concorrência visa controlar os preços altos continuar a ser um obstáculo. Mudando do nível de entendimento para o grau de compromisso, as grandes associações comerciais do Brasil notavelmente apóiam a política de concorrência, baseadas em que a implementação da política efetivamente promoverá a competitividade do Brasil nos mercados internacionais. A comunidade empresarial nem sempre concorda com as decisões do SBDC em casos individuais, mas apóia a legislação para consolidar as instituições de lei de defesa da concorrência e introduzir um sistema prévio de notificação de atos de concentração.

6. CONCLUSÕES E OPÇÕES POLÍTICAS

6.1 Pontos fortes e fracos atualmente

Apesar das sérias deficiências, o SBDC abriu importantes caminhos nos últimos cinco anos na implementação de uma sólida política de concorrência no Brasil. Particularmente desde 2003, o SBDC efetivamente lidou com os problemas mais críticos a seu alcance. A maioria das recomendações do Relatório de 2000 que poderiam ser incorporadas o foram. Assim, o esforço dedicado anteriormente à análise de concentrações que fossem inócuas em termos concorrenciais foi significativamente reduzido pela implementação do *fast track* e dos procedimentos de revisão conjunta. Os recursos liberados foram, então, redirecionados para melhorar as ações em relação a cartéis. Os critérios de notificação de atos de concentração foram reinterpretados, para limitar os requisitos para transações com um nexo suficiente ao território brasileiro (apesar do efeito adverso da interpretação sobre as receitas dos órgãos oriundas da taxa de notificação). As funções investigativas foram consolidadas e coordenadas entre a SDE e a SEAE para aumentar a eficiência e foi dada maior atenção a setores onde existiam monopólios estatais. Foram também consagrados novos poderes legais para realizar inspeções e operações de busca e apreensão nas sedes e escritórios das empresas e estabelecido um programa de leniência.

Muitas outras melhoras foram feitas em campos não abordados pelo Relatório de 2000, como a eliminação de estoque de casos antigos, o estabelecimento de um programa de certificação de cumprimento e observância da lei antitruste, também conhecidos como programas de *compliance* e a introdução de mecanismos para impedir a consumação de operações potencialmente anticoncorrenciais até a decisão final pelo CADE eliminando o incentivo perverso para que as partes atrasassem o processo de análise das operações. Da mesma forma, foram empregados instrumentos cautelares (adoção de medidas preventivas) para cessar a conduta anticoncorrencial, durante os processos investigativos. A capacidade de realizar análises econômicas complexas foi desenvolvida com a criação, pela SDE, de um centro de métodos quantitativos. Também foram encomendados estudos econômicos para desenvolver melhores métodos para empregar as técnicas quantitativas e econométricas. No Judiciário, o CADE estabeleceu seu direito a participar em

audiências emergenciais antes que decisões liminares concedidas em Mandados de Segurança fossem para suspender as ordens do CADE e, com êxito, solicitou que as multas aplicadas fossem depositadas em juízo durante os processos para suspensão da execução da multa.

O SBDC expandiu, com vigor, sua interação com as autoridades antitruste internacionais e aumentou sua participação em organizações multinacionais antitruste, tanto na América do Sul quanto fora dela. No que diz respeito à promoção da concorrência, os órgãos do SBDC (principalmente, mas não exclusivamente, por meio da SEAE) resistiram à adoção de diversos programas e propostas de regulação que eram anticoncorrenciais. Todos os três órgãos participaram do importante esforço para aumentar o entendimento sobre a lei de concorrência entre os promotores públicos e os membros do judiciário. A SDE conseguiu efetivamente integrar seus dois Departamentos, o de Proteção e Defesa Econômica ao de Proteção e Defesa do Consumidor para ajudar a esclarecer as organizações de proteção ao consumidor sobre a política de concorrência. Todos os três órgãos também se envolveram ativamente na promoção do desenvolvimento de uma cultura de concorrência no Brasil. Por fim, os órgãos superaram antigas divergências e concluíram a elaboração de uma proposta conjunta para a reforma da lei que introduzirá uma nova estrutura institucional e fará muitas outras mudanças significativas à lei de concorrência.

Por outro lado, o SBDC não cumpriu com diversas recomendações do relatório de 2000. O CADE dedicou pouca atenção à abordagem das práticas anticoncorrenciais locais e estaduais. A aplicação da lei antitruste e as atividades de advocacia da concorrência em alguns setores tiveram muito pouca visibilidade. O CADE não aceitou confiar exclusivamente no “primeiro documento vinculativo entre as partes” como o momento inicial para a contagem do prazo para a notificação das operações de concentração. Outras áreas nas quais melhorias poderiam ter sido feitas se referem à transparência nas decisões e diretrizes do CADE, e sua abordagem ao litígio antitruste privado. Não obstante, as áreas em que o SBDC merece reconhecimento excedem substancialmente, tanto em número como em importância, aquelas em que seu desempenho foi de alguma forma deficiente.

Os pontos altos do SBDC incluem um forte empenho institucional no que respeita a altos padrões de integridade, a autonomia, a adoção de uma política de concorrência consistente e procedimentos justos, um excelente quadro de liderança e uma iniciativa privada que o apóia. Pontos fracos incluem uma estrutura institucional ineficiente e uma equipe que não é suficiente em tamanho nem é remunerada adequadamente para reter funcionários qualificados durante muito tempo. As conseqüências traduzem-se em memória institucional fraca, ineficiência e atrasos. Também há problemas relacionados aos critérios legais de notificação de

operações de concentração, bem como ao programa de leniência que interferem com uma efetiva e eficiente aplicação da lei. A falta de familiaridade dos tribunais é outra fonte de dificuldades.

As recomendações, a seguir, abordam de forma ampla as questões da lei e da política de concorrência que o SBDC enfrenta. Algumas das propostas recomendam que medidas sejam tomadas por outros órgãos do governo além dos três que compõem o SBDC, enquanto outras envolvem mudanças que o CADE pode implementar.

6.2 Recomendações

Recomendações para o Governo Federal

6.2.1 Consolide as funções de investigação, promotoria e julgamento do SBDC em um único órgão autônomo.

Há um claro consenso no Brasil, apoiado por uma década de experiência, que a estrutura atual do SBDC não é só ineficiente, mas contra-produtiva. A legislação proposta, ao combinar a SDE e o CADE e ao redirecionar o foco da SEAE para a advocacia da concorrência, ao invés de investigação de casos, consolida todas as funções essenciais de aplicação da lei do SBDC em um único órgão autônomo. Embora não haja apenas um desenho institucional correto para os órgãos antitruste, o modelo de órgão único obteve êxitos em muitas jurisdições e sua adoção no Brasil representará uma melhoria ao *status quo*.

O Relatório de 2000 (página 215) observou que a independência do CADE estava comprometida na atual legislação, porque as investigações só poderiam ser iniciadas pela SDE, um órgão do Poder Executivo e, conseqüentemente, o CADE não tinha autoridade integral “sobre a direção geral da política de concorrência no país” (página 215). Apesar de o projeto de lei proposto eliminar a participação do Poder Executivo nos processos do CADE, a capacidade do Plenário de controlar a direção da aplicação da lei será diminuída ainda mais, porque as decisões do Diretor-Geral de encerrar (ou não abrir) inquéritos administrativos podem ser recorridas apenas ao Diretor-Geral, e não ao Plenário.

O modelo de órgão antitruste único, refletido no projeto de lei, inclui um promotor forte que seja completamente independente do órgão adjudicatório. Um modelo alternativo que mantém a separação das funções de processo e de adjudicação, mas permite alguma interação indireta entre as duas, aumentaria a autonomia do Presidente do CADE ao permitir a nomeação (e remoção) do Diretor-Geral, sujeito à aprovação do Plenário. Este modelo também funcionou em outras

jurisdições e deve ser considerado, na hipótese de o Brasil desejar concentrar maior autoridade para controlar a agenda da aplicação da lei nas mãos do Presidente e do Plenário, ao invés de nas mãos do Diretor-Geral.

6.2.2 Proteger a autonomia do “novo CADE”, estendendo o mandato dos conselheiros, do Diretor-Geral e de outros funcionários mais graduados para, no mínimo, quatro anos (de preferência cinco), e fazendo com que os mandatos dos conselheiros sejam não coincidentes.

Tanto a lei existente quanto a legislação proposta estabelecem o CADE como um órgão autônomo, livre do controle do Poder Executivo. Essa autonomia é totalmente adequada, devido ao poder do CADE de proferir julgamento e impor penalidades por violações da Lei 8884. É claro que a autonomia não significa completo isolamento do restante do governo. As decisões do CADE estão sujeitas a revisão pelo judiciário, a integridade de seus processos é monitorada pelo Ministério Público, e tanto o Presidente quanto o Congresso desempenham um papel muito importante na nomeação dos conselheiros e de outros funcionários graduados do órgão.

O texto da lei atual (Art. 4, Parágrafo 1), que prevê que os conselheiros terão um mandato de dois anos, com possibilidade de nomeação para um segundo mandato, é conflitante com autonomia do CADE, por criar um incentivo para que os conselheiros em exercício ajustem suas decisões para serem nomeados novamente. Mesmo que esse ajuste não ocorra na realidade, o curto prazo cria a suspeita que ele poderia vir a ocorrer. De qualquer forma, um mandato de dois anos é muito curto para os conselheiros que precisam solucionar questões técnicas e complexas, litigadas em um processo adversário. A experiência acumulada dos conselheiros é valiosa demais para ser dispensada tão rapidamente.

O Projeto de Lei contempla mandatos de quatro anos para os conselheiros, para o Procurador Geral e o Economista Chefe, e um mandato de dois anos para o Diretor-Geral. Todas esses cargos são preenchidos por nomeações presidenciais, com aprovação do Senado, e todos (inclusive o Diretor-Geral) justificam uma nomeação por, no mínimo, quatro anos, pelos motivos descritos acima. Também é necessário levar em consideração o mandato de cinco anos, uma vez que os funcionários das agências autônomas devem ter mandatos mais longos do que os dos agentes políticos que os nomeiam. O Presidente do Brasil tem um mandato de quatro anos; assim, fixar as nomeações para órgãos pelo mesmo período significa que cada presidente poderá substituir todos os membros do órgão de concorrência.

Sejam os mandatos dos conselheiros estabelecidos em quatro ou cinco anos, estes devem ser não-coincidentes, como prevê o projeto de lei proposto. A

perspectiva de um presidente poder substituir todos os conselheiros no decorrer de um mandato presidencial de quatro anos não é tão problemática em termos de autonomia quanto a substituição de todos, ou a maioria dos conselheiros, de uma vez só.

6.2.3 Ao fazer as nomeações, é necessário dar a devida importância à expertise técnica em economia e lei de concorrência.

Os órgãos de concorrência aplicam parâmetros legais amplos sobre o que podem ser formas complexas da atividade comercial. A expertise técnica é um fator importante para chegar a decisões que distingam, com precisão, a conduta lesiva daquela que é pró-competitiva. Uma análise exata é importante não só por causa dos altos interesses das partes envolvidas, mas também a aplicação da lei de concorrência de forma inadequada pode impedir materialmente a vitalidade econômica, desencorajar os investimentos e reduzir a inovação.

6.2.4 Estabelecer o quorum do Plenário em quatro, ao invés de cinco, sempre que o número de conselheiros disponíveis para votar um caso for reduzido a quatro por causa de ausências ou impedimentos.

O quórum de cinco conselheiros é exigência da lei atual (Art. 49) em qualquer circunstância. Às vezes as decisões do caso são atrasadas pela ausência de um número suficiente de conselheiros participantes para constituir um quorum. Uma simples exceção permitira que um quorum de quatro resolvesse os casos quando o número de conselheiros disponíveis fosse reduzido a quatro, devido a ausências, recusas ou outros impedimentos¹²².

6.2.5 Adotar uma legislação que crie um plano de carreira no CADE e ofereça os recursos necessários para contratar e manter um número suficiente de pessoal profissional qualificado.

Não se pode esperar que um órgão funcione por uma década com funcionários emprestados e temporários, particularmente quando o desempenho eficiente e eficaz da missão da agência depende bastante do conhecimento institucional acumulado. Sem postos de carreira e posições permanentes, o CADE não pode competir efetivamente com outros órgãos na contratação de pessoal qualificado. O Relatório de 2000 concluiu (pág. 200) que prover pessoal para o CADE “deveria ser uma prioridade máxima no governo e no Congresso”, um sentimento que só pode ser repetido aqui com ênfase na palavra ‘máxima’.

Contudo, os problemas que o CADE enfrenta não serão solucionados com a simples criação de um plano de carreira. O número de funcionários e a remuneração

correspondente também são aspectos críticos. O atual quadro de pessoal do CADE, mesmo contando com os 28 assistentes temporários, não é suficiente para permitir uma rápida conclusão do trabalho do órgão, assim contribuindo para os atrasos que afligem os processos do CADE. A situação na SDE é ainda pior, com um quadro de 35 profissionais tentando lidar com 800 matérias pendentes. De qualquer forma, é necessário garantir recursos se a SDE e o CADE forem aumentar os esforços dedicados ao combate a cartéis (como recomendado em outra parte deste relatório). O SBDC já fez praticamente todo o possível para retirar o máximo de produtividade dos recursos existentes. Não é possível obter mais resultados sem mais funcionários.

A remuneração adequada (inclusive o DAS) também é importante se o CADE quiser contratar e reter funcionários qualificados. Os problemas atribuíveis pelo menos em parte aos funcionários inexperientes e sobrecarregados, tais como solicitações de informação não respondidas e revelação inadvertida de informações confidenciais, devem diminuir quando a permanência dos funcionários no órgão aumentar.

Uma questão diferente relativa ao quadro de pessoal surge em relação à Procuradoria Geral do CADE. Apesar de os advogados daquele departamento se reportarem à Procuradoria Geral do CADE e não à Procuradoria Geral da República, esta última determina quantos promotores devem ser nomeados para o CADE. O número atual é 13, abaixo do quadro de 18 a 20 referido no Relatório de 2000 (pág. 187). Enquanto isso, o número e a complexidade dos casos pendentes no judiciário que envolvem o CADE como uma das partes, aumentou significativamente de 2000 para 2004. O verdadeiro impacto de mercado de muitas decisões do CADE dependem de uma decisão final do judiciário e, portanto, assegurar que o CADE seja devidamente representado no judiciário não é menos importante do que assegurar que o CADE conte com o pessoal adequado para seus próprios processos. O número de promotores nomeados para a Promotoria Geral deveria aumentar.

6.2.6 Considerar a possibilidade de se estabelecerem escritórios regionais do CADE

Como um ponto final sobre a questão de recursos, é necessário levar em consideração a viabilidade econômica de criar escritórios regionais do CADE em diversos lugares no Brasil. Nenhum outro órgão além do CADE tem autoridade para aplicar a Lei 8884, e muitos casos de conduta que justifiquem processos podem surgir em outros centros populacionais além de Brasília. Manter uma presença local também fortaleceria as relações do CADE com os Ministérios Públicos locais e facilita seus esforços para promover o entendimento público sobre a política de concorrência e o apoio a ela.

6.2.7 Rever o projeto de lei proposto para eliminar a alocação de recursos de multas para o CADE e a SEAE.

Segundo a lei presente, todas as receitas de coleta de multa são transferidas para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD). O projeto de lei proposto aloca 25% das receitas de multas para o CADE, e o mesmo montante para a SEAE, sendo que os 50% restantes são alocados ao Fundo. Não seria bom que um órgão de aplicação da lei tivesse interesse no tamanho das multas que ela impõe por meio de julgamento discricionário. Mesmo se o órgão não for influenciado pela perspectiva da receita da multa, não há formas de provar a imparcialidade da agência na aplicação das multas às empresas. A melhor prática seria transferir as multas para uma conta geral não associada ao órgão de aplicação da lei¹²³.

6.2.8 Modificar a notificação de atos de concentração e rever o processo para

- Adotar um padrão explícito de análise das implicações concorrenciais das operações de concentração.

A Lei 8884 não contém um padrão explícito por meio do qual a legalidade dos atos de concentração seja avaliada. Para garantir a transparência às empresas envolvidas na operação, bem como para orientar órgão de defesa da concorrência, a lei de controle de atos de concentração deve ter um padrão explícito. A legislação proposta inclui um texto que proíbe os atos de concentração que “eliminam a concorrência em uma parte substantiva do mercado relevante, que possam criar ou fortalecer uma posição de domínio ou que possam dominar um mercado relevante”. Este texto, semelhante àquele adotado em 2004 pela União Européia, estabelece uma base adequada para avaliar os atos de concentração.

- Estabelecer um sistema de notificação prévia à realização da operação.

Tanto o SBDC quanto a comunidade empresarial concordam que o sistema de notificação posterior à realização da operação no Brasil é impraticável e ineficiente. A legislação proposta estabelece um efetivo sistema de notificação prévia aos atos de concentração, ao estabelecer que as partes envolvidas em uma operação devem preservar “as condições de concorrência” entre elas mesmas e não podem consumir uma operação notificada até que ela seja avaliada pelo CADE.

- Eliminar o atual critério de notificação com base em participação de mercado e estabelecer critérios com base no faturamento nacional tanto da maior quanto da menor empresa envolvida na operação.

A lei atual requer que um ato de concentração seja notificado caso a entidade resultante controle vinte por cento de um mercado relevante, ou se qualquer empresa envolvida tiver um faturamento anual igual ou superior a R\$ 400 milhões. O texto legal não especifica que o faturamento seja medido pelas vendas no Brasil e, assim, pode ser interpretado como se referindo às vendas realizadas no mercado mundial. Há três defeitos nessa formulação. Em primeiro lugar, a não restrição ao faturamento no mercado brasileiro implica a apresentação de muitas transações que não geram quaisquer efeitos sobre o mercado brasileiro. A comunidade antitruste internacional concorda que os países não devem examinar operações de concentração que não possuamnexo suficiente com o país em questão.¹²⁴ Recentemente, o CADE decidiu que o texto legal atual deve ser interpretado como cobrindo apenas o faturamento brasileiro, mas esta restrição deve ser incluída um dispositivo legal e não deixada à interpretação da agência que aplica a lei.

Em segundo lugar, um dos testes de notificação existentes refere-se à participação de mercado das empresas envolvidas na operação. Mais uma vez, a comunidade antitruste concorda que os requisitos de notificação devem ser insumos apenas para os padrões que forem objetivamente quantificáveis e especificamente recomenda a não utilização do critério de participação de mercado como um teste.¹²⁵

Em terceiro lugar, o teste de faturamento existente é acionado ainda que apenas uma das partes da transação preencha o requisito, independentemente do tamanho da outra parte. Este critério também pode resultar em notificação de atos de concentração que não tenham sequer potencial efeito anticoncorrencial. A recomendação internacional consensuada sobre esta questão é que a notificação “não deve ser solicitada apenas com base nas atividades locais da empresa que estiver sendo adquirida, por exemplo, por referência a um teste de vendas locais combinadas ou patrimônio, que pode ser satisfeito pela pessoa que estiver adquirindo por si só, independentemente de qualquer atividade local da empresa a ser adquirida”.¹²⁶

O projeto de lei proposto soluciona todas essas fragilidades requerendo a notificação apenas se (1) pelo menos um dos participantes da operação tiver um faturamento total no Brasil de R\$ 150 milhões, e (2) pelo menos o outro participante da transação tiver um faturamento total no Brasil de R\$ 30 milhões. Assim, o faturamento é limitado às vendas brasileiras, o teste de participação de mercado é eliminado e a notificação será necessária apenas se as duas partes, a adquirida e a adquirente, tiverem um montante considerável de faturamento no Brasil.

- Eliminar a notificação de operações que não sejam de fusão

Quando os sistemas de notificação cobrem não apenas as fusões, mas todos os acordos restritivos, a experiência mostra que o custo imposto sobre a comunidade empresarial e sobre a agência de aplicação da lei excede aos benefícios resultantes para a concorrência. O estatuto proposto, ao expressamente restringir o requisito de notificação às “fusões”, efetivamente elimina o texto da lei em vigor que exige a informação sobre operações que não sejam de fusão.¹²⁷

- Proporcionar um exame e uma liberação rápidos das transações que não tragam preocupações concorrenciais

A lei atual não requer notificação prévia à consumação das transações e, portanto, não suspende automaticamente as transações enquanto o BCPS realiza sua análise. O projeto de lei proposto estabelece um sistema de notificação prévia aos atos de concentração, pelo qual a consumação da transação notificada é proibida até que a revisão seja finalizada. O consenso internacional com relação a esses sistemas de notificação “suspensiva” é que eles deveriam incluir um mecanismo que permitisse a conclusão rápida do período de espera para as transações que não tragam riscos para a concorrência.¹²⁸

Segundo o projeto de lei proposto, o Diretor-Geral deve decidir, no prazo de cinco dias a contar do protocolo da notificação, se esta está completa. A partir de então, o Diretor-Geral tem 20 dias para solicitar informações adicionais ou para aprovar a operação. No caso de aprovação pelo Diretor-Geral, o Plenário tem um prazo de 15 dias para publicar decisão anunciando que irá rever a decisão do Diretor-Geral. Se o Plenário não tomar nenhuma decisão neste período, a aprovação da operação é confirmada e pode, então, ser consumada. Assim, o sistema proposto traz um mecanismo de término antecipado (*early termination*), pelo qual nenhuma operação não controversa levará mais de 40 dias, a contar de seu protocolo, para ser aprovada (este prazo pode até ser inferir, se o Diretor-Geral agir em menos do que 20 dias).

- Estabelecer um prazo final para o CADE determinar se bloqueará uma operação de concentração

Segundo a lei em vigor, o CADE deve proferir uma decisão final sobre um ato de concentração no prazo de 60 dias após receber a recomendação da SDE (sujeita à suspensão para coleta de informações adicionais). Caso o CADE não cumpra com esse prazo, o ato de concentração é considerado aprovado.

Como observado acima, o projeto de lei proposto introduz um procedimento de conclusão antecipada, segundo o qual uma transação inofensiva à concorrência pode ser consumada 40 dias após ser notificada. Para as transações que apresentam riscos

concorrenciais, o projeto de lei estabelece uma série de prazos para cada fase do processo, ao invés de um único prazo global para a finalização de toda a análise. A fase 1 da investigação, realizada pelo Diretor-Geral, deve ser finalizada no prazo de 60 dias após a entrega satisfatória das informações solicitadas às partes, ocasião em que o Diretor-Geral deve aprovar o ato de concentração ou enviá-la ao Plenário para julgamento. (Caso o DG aprove a concentração, o Plenário tem um prazo de 15 dias para decidir se revisará a decisão de aprovação da DG).

Quando um caso contestado é enviado ao Plenário para revisão, as partes têm 30 dias para apresentar sua defesa e, a partir de então, o Relator tem 20 dias para ordenar uma investigação mais aprofundada ou pautar o processo para julgamento do Plenário. Caso haja uma investigação mais aprofundada, inicia-se um prazo de 10 dias para que o Diretor-Geral e as partes apresentem explicações complementares, seguido por um prazo de 20 dias durante o qual o Relator deve pautar o processo para julgamento do Plenário. Contudo, não há um prazo para a decisão final pelo Plenário.

A comunidade antitruste internacional concorda que as agências de concorrência devem ter tempo suficiente para analisar operações complexas, mas reconhece também que longos períodos de revisão podem causar o abandono das operações, impedir o planejamento do processo de pelas partes envolvidas nos atos de concentração, além de impedir que se alcancem as eficiências da operação. A declaração do princípio geral desenvolvido neste ponto pela ICN é que a análise da fusão deve “ser finalizada em um prazo razoável. Um período razoável para a revisão deve levar em consideração, *inter alia*, a complexidade da transação e as possíveis questões de concorrência, a disponibilidade e a dificuldade em obter informações, e a oportunidade das respostas das partes envolvidas na fusão para as solicitações de informação”.¹²⁹ Da mesma forma, a OCDE afirma que as análises de fusão “devem ser realizadas e as decisões devem ser finalizadas, em um período de tempo razoável e que possa ser pré-determinado”.¹³⁰

As recomendações da ICN apresentam especificidades adicionais em relação ao período de espera nos sistemas de análise de fusões, recomendando que as jurisdições “busquem a convergência de seus períodos de espera no prazo comumente empregado pelas agências de concorrência no nível internacional”. Assim, os períodos iniciais de espera devem expirar em seis semanas ou menos, e uma extensão ou uma análise de “Fase 2” deve ser finalizada ou possível de ser finalizada em seis meses ou menos, a contar da submissão da(s) notificação(ões)”.¹³¹ É importante observar, contudo, que o prazo recomendado refere-se ao término do período de espera para que a operação possa ser consumada, mas não se refere aos prazos para uma adjudicação final e definitiva sobre o mérito da transação. A ICN complementa sua recomendação, no tocante ao prazo final para espera, no sentido de

que as partes devem ser livres para consumir as transações quando os períodos de espera terminarem “a menos que a agência de concorrência adote uma ação formal para estender o período de espera (como, por exemplo, iniciando os processos da Fase 2), para impor condições para encerrar, ou proibir, ou aceitar a operação”.¹³²

O projeto de lei proposto contempla que, no prazo de quarenta dias após a notificação, a análise da Fase 1 deve ser concluída, seja com o término antecipado ou pela conversão do caso em um procedimento de investigação da Fase 2. Assim, a proposta está em conformidade com a recomendação da ICN em relação à duração da Fase 1. A Fase 2, conforme a proposta, dura até 165 dias, quando a questão deve ser agendada para julgamento pelo Plenário, caso não tenha sido solucionada de outra forma. Embora este prazo seja inferior ao período de seis meses recomendado pelo ICN, a deficiência é que o último evento sujeito a um prazo é a submissão de um caso ao Plenário. As partes envolvidas na operação continuam impedidas de consumir a transação pelo tempo que durar a deliberação do Plenário.

Uma solução efetiva seria permitir que as partes consumassem a transação 20 dias após o Relator agendar o caso para deliberação do Plenário, a menos que a medida cautelar prevista na Resolução 28 seja emitida nesse meio tempo. Uma medida com base na Resolução 28 demanda as devidas conclusões sobre a necessidade de uma medida cautelar, sendo sujeita à revisão judicial. Além deste requisito, a finalização do processo de análise de ato de concentração exigiria que o Plenário demonstrasse oficialmente o motivo para continuar a impedir uma operação por um período adicional de seis meses.

- Estabelecer procedimentos formais para a solução de casos de atos de de concentração

O estatuto em vigor não estabelece nenhum mecanismo formal para solução de atos de concentração por consenso. A resolução negociada em atos de concentração deve ser incentivada, uma vez que muitas transações problemáticas em termos concorrenciais podem ser salvaguardadas por alguma modificação adequada nas operações. O projeto de lei proposto inclui um dispositivo adequado, que aumenta a autonomia do Diretor-Geral (com a participação obrigatória do Relator) para negociar um acordo de resolução para um ato de concentração notificada, a qualquer tempo antes de o caso ser enviado ao Plenário como uma transação contestada. Uma vez negociado, o acordo deve ser publicado para conhecimento de terceiros por pelo menos dez dias, para comentários. Após esse prazo o Diretor-Geral pode enviar o acordo ao Plenário para decisão ou então renegociar a proposta. O período de “consulta pública” é um procedimento bem vindo para os casos em que se buscam soluções acordadas, uma vez que garante à agência que foi realizada uma avaliação correta dos prováveis impactos do acordo sobre o mercado.

Modificar o programa de leniência para:

- Eliminar a exposição dos participantes de acordos de leniência a denúncias que não os crimes previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica

A previsão legal relativa ao acordo de leniência existente na Lei 8884 (Art. 35-C) protege as partes que colaboram em denúncias sob os artigos da Lei brasileira Crimes contra a Ordem Econômica (Nr. 8137/90), mas não evita a aplicação de outras leis criminais (como aquelas contra fraude e conspiração), às quais os participantes de cartéis também podem estar sujeitos. Os incentivos para que o membro de um cartel busque celebrar um acordo de leniência acaba sendo limitado pela exposição a esse risco. A Lei deve ser alterada para evitar qualquer processo criminal de conduta que constitua uma violação da lei da concorrência e que seja a base da condição de uma empresa como participante de um programa de leniência.

- Reduzir a exposição dos participantes do programa de leniência às recompensas por danos civis

Segundo a lei em vigor, os participantes do programa de leniência não recebem proteção alguma contra processos por danos civis movidos por partes privadas. Embora isso possa servir para evitar que um membro de cartel se candidate a leniência, de forma geral há bons motivos para perdoar os danos causados por um conspirador àqueles vitimados pela conspiração. Contudo, o sistema legal brasileiro aplica a “responsabilidade solidária” para os membros de um cartel. Isso significa que o membro de um cartel pode ter que pagar mais do que sua parte nos danos se for provado que terceiras partes eram membros do cartel. O princípio subjacente à responsabilidade solidária é que cada membro de um cartel (tal como o cartel de fixação de preço) deve ser exposto à responsabilização por todo o montante dos danos causados pelo conluio.

Uma opção para lidar com a exposição aos danos civis dos candidatos à leniência seria eliminar a responsabilidade solidária, de modo que os beneficiários da leniência nunca fossem responsabilizados por danos que superassem aqueles causados por suas respectivas condutas. Uma outra opção seria reduzir ou eliminar a compensação por dano contra o beneficiário da leniência até o limite em que os fundos de compensação estiverem disponíveis para os outros conspiradores.¹³³

- Adotar regulamentação que estabeleça que a evidência incriminatória fornecida por candidatos a programas de leniência não será utilizada contra os mesmos caso venham a ser considerados inelegíveis para participação no programa.

A lei em vigor prevê (Art. 35-B, § 10) que o SBDC deve manter a confidencialidade das informações dos candidatos à leniência que, mais tarde, provarem não ser elegíveis; estabelece, ainda, que essas informações não serão consideradas como uma admissão de que a parte estava envolvida na conduta em questão, ou que a conduta é ilegal. Contudo, a lei não limita a utilização interna das informações pelo próprio SBDC. Esta é uma outra forma de exposição ao risco que pode evitar a participação em acordos de leniência. O SBDC deveria adotar regulamentos que proibissem os funcionários envolvidos na participação do programa de revelar ao pessoal da investigação qualquer informação confidencial que tenha sido fornecida dos candidatos ao programa, após haverem sido considerados inelegíveis.¹³⁴

6.2.9 Levar em consideração a possibilidade de criação de varas especializadas e turmas recursais para resolver os problemas atinentes à lei de concorrência.

Quer o CADE consiga ou não persuadir o judiciário a rever as decisões do CADE apenas em relação a irregularidades de procedimentos, e não tratar das questões antitruste, os tribunais brasileiros enfrentam questões antitruste ao adjudicar casos criminais à luz da Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, bem como os processos civis por danos antitruste. Apesar de não haver limitações constitucionais em relação à criação de tribunais especializados, o juiz chefe do tribunal de apelação da região pode nomear turmas recursais especializadas para julgar os recursos de casos antitruste e também sugerir aos tribunais de primeira instância na região que o façam. Caso os juízes sejam nomeados como especialistas, eles devem receber o treinamento adequado em análise de questões atinentes à ordem econômica, que devem então ser empregados para solucionar os casos que envolvam matérias afeitas às agências reguladoras de setor ou que, de alguma forma, envolvam questões econômicas.¹³⁵

6.2.10 Limitar a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica às violações de cartel

A lei federal de Crimes contra a Ordem Econômica (Nr. 8137/90) proíbe não somente os acordos de cartel entre os concorrentes para estabelecer preços, dividir mercados ou manipular as licitações, mas também a conduta unilateral que envolva um alegado abuso de poder econômico, o aumento injustificado de preço, o estabelecimento de preços predatórios e a discriminação de preço. Embora uma conduta unilateral possa ser anticoncorrencial, ela pode não o ser necessariamente, e expô-la à lei criminal pode vir a desencorajar ou punir comportamento econômico que venha a ser eficiente. O CADE encontra-se mais bem preparado para lidar com esse tipo de conduta, nos termos da Lei 8884. Assim, a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica deveria ser alterada, para retirar de seu âmbito de ação a conduta que não seja de cartel.

6.2.11 Avaliar a conveniência de limitar os processos civis para danos antitruste àquelas partes cujas condutas que já tenham sido julgadas como anticoncorrenciais por parte do CADE.

No Brasil, partes privadas podem mover ações para obter indenizações por danos em decorrência de violações à lei antitruste, à luz da Lei 8884 e de outras leis. Assim como a inclusão de práticas anticoncorrenciais na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica pode limitar práticas pró-competitivas, a exposição de condutas a ações judiciais privadas por danos antitruste pode ter o mesmo efeito. As ações judiciais privadas de responsabilidade por danos podem ser iniciadas em qualquer tribunal de primeira instância no Brasil e não há informações disponíveis para determinar a frequência desses processos, ou quantas vezes elas resultam em indenização contra a conduta que não foi adequadamente considerada como anticoncorrencial. Um método para confinar as ações privadas a alegações legítimas seria fazer uma alteração na lei, de forma que as ações judiciais cíveis só possam ser interpostas contra as partes cujas condutas tenham sido consideradas ilícitas pelo CADE. Essa previsão legal poderia incluir uma cláusula segundo a qual a restrição poderia caducar após um determinado número de anos, a não ser que fosse renovada. Esse dispositivo proporcionaria uma oportunidade de coletar informações e avaliar o registro da aplicação da lei antitruste no Brasil. Caso se entenda que essa recomendação não é apropriada, ainda assim é necessário que se façam esforços para coletar informações sobre o volume, a natureza e o resultado das ações judiciais que tenham por objeto o ressarcimento de danos relativos à violação da lei antitruste.

6.2.12 Adotar os dispositivos do projeto de lei geral das agências reguladoras setoriais que estabelecem um procedimento padrão para a melhora da implementação da lei de concorrência.

Apesar de a Lei 8884 aplicar-se a empresas de setores regulados, a maioria das leis não faz referência específica à lei de concorrência, tampouco estabelecem procedimentos para cooperação entre a agência do setor e o CADE, em relação à sua execução. O projeto de lei geral, que se encontra pendente de aprovação no Congresso e que será aplicável a todas as agências reguladoras de setor, inclui dispositivos legais adequados, os quais exigem que as agências de setor monitorem suas indústrias em relação ao cumprimento da lei de concorrência, relatem as suspeitas de violação e apresentem, quando solicitados pelo CADE, relatórios técnicos que serão utilizados nos processos concorrenciais. Por sua vez, o CADE precisa notificar a agência pertinente sobre as decisões que afetem as empresas do setor proferidas em casos de conduta e atos de concentração, de forma que a agência possa adotar quaisquer medidas legais necessárias.

6.2.13 Adotar os dispositivos do projeto de lei geral das agências setoriais que estabelecem um procedimento padrão para a participação da SEAE nos processos de promulgação de normas e regulamentos pelas agências

Segundo o projeto de lei proposto, que redefine a estrutura institucional do SBDC, o foco da SEAE passa a ser direcionado à advocacia da concorrência e lhe é outorgada a responsabilidade específica de promover a concorrência, mediante consulta com as agências reguladoras e a elaboração de pareceres sobre propostas de regulamentos. O projeto de lei geral das agências setoriais, que também se encontra pendente, inclui dispositivos complementares pertinentes, os quais estabelecem um papel específico para a SEAE nos procedimentos de normatização dos setores. Dessa forma, as agências reguladoras devem solicitar um parecer da SEAE 15 dias antes de as normas e regulamentos serem colocadas em consulta pública, cabendo à SEAE emitir um parecer público, no prazo de 30 dias, sobre as implicações econômicas da proposta. Durante o período de consulta pública, as agências reguladoras são obrigadas a responder sobre os comentários apresentados.

6.2.14 Adotar o projeto de lei que está pendente para aplicar a lei de defesa da concorrência ao setor bancário

O projeto de lei que se encontra pendente, elaborado pelo Banco Central e pelo CADE, é um instrumento adequado para resolver a antiga desavença entre as duas agências com relação à aplicação da lei de defesa da concorrência para instituições financeiras. O projeto de lei prevê que o Banco Central terá a responsabilidade exclusiva de analisar as operações de concentração que envolverem um risco para a estabilidade geral do sistema financeiro. Em todos os outros casos de concentração, o Banco realizará investigações junto com o SBDC, e o CADE terá autoridade para decidir sobre o caso. A análise de casos de conduta será de competência exclusiva do SBDC.

Recomendações para o CADE

6.2.15 Agir nos casos de restrições da concorrência adotadas por governos estaduais e municipais

Este ponto renova uma recomendação feita no Relatório de 2000 (pág. 195), que sugeria ao CADE que explorasse sua autoridade política e moral, como a agência nacional de concorrência, aplicando o Artigo 7, inciso X, bem como o procedimento de consulta previsto na Resolução 18, para analisar as limitações anticoncorrenciais impostas pelos governos estaduais e municipais. O Artigo 7, inciso X, confere poderes ao CADE não somente para solicitar uma ação das agências federais, mas também “das autoridades estaduais, municipais, do Distrito

Federal e territoriais”. O CADE raramente tem aplicado a competência que emana do Artigo 7, inciso X, para lidar com a regulação na esfera administrativa municipal e, nos últimos anos, apenas o fez quando a questão regulatória surgia no bojo de um processo de aplicação da lei. O relatório de 2000 observou (pág. 195) que o CADE poderia desempenhar “uma função bastante útil” avaliando os planos de regulamentação local, refletindo a visão que as limitações anticoncorrenciais impostas pela lei são, de forma geral, mais prejudiciais à concorrência que qualquer restrição imposta por acordos privados. Como já descrito neste relatório, o departamento de concorrência da SDE (DPDE) tem cooperado com o departamento de proteção ao consumidor da SDE (DPDC), para que os dois realizem conferências conjuntas e oficinas de treinamento sobre a lei de defesa da concorrência para entidades locais de proteção ao consumidor situadas nos estados brasileiros. Este programa poderia servir como um veículo para identificar regulações locais que mereçam a consideração do CADE.

6.2.16 Servir como defensor da concorrência em relação à legislação federal e a sua regulamentação

Apesar de o projeto de lei proposto prover a SEAE com uma responsabilidade especial de avaliar as implicações na concorrência das atividades reguladoras do governo, o CADE ainda manterá seu poder, conforme o Artigo 7, X, da lei de defesa da concorrência, de solicitar às agências reguladoras federais que adotem as ações necessárias para cumprir com a lei de defesa da concorrência. Na opinião do CADE, o Artigo 7, X, confere a ele a competência para recomendar alterações na regulamentação anticoncorrencial, e essa interpretação deve ser mantida. O CADE desempenha um papel crucial no processo regulador, uma vez que é a única agência autônoma com competência e expertise necessárias para opinar em relação a questões de política de concorrência. A SEAE, como uma agência do Poder Executivo, está vinculada ao Ministério da Fazenda e, na realidade, está sujeita, pelo menos potencialmente, ao controle político de suas posições de advocacia.

6.2.17 Atualização do Guia de Análise de Atos de Concentração de 2001

O guia de análise de operações de concentração não só estabelece um marco analítico a utilizar pelas agências de concorrência na análise de casos, mas também torna o processo de análise mais transparente e previsível para o setor privado. Por este motivo, a comunidade internacional antitruste incentiva as agências de concorrência a periodicamente analisarem e revisarem suas diretrizes, assim refletindo a prática atual e implementando melhorias.¹³⁶ As atuais diretrizes de atos de concentração emitidas pelo SBDC em agosto de 2001 não parecem refletir os elementos analíticos que, na prática, são aplicados na análise de concentrações. Como observado anteriormente, as diretrizes não mencionam o índice Herfindahl-

Hirschman (HHI) para medir a concentração de mercado, ou a defesa pela teoria da *failing firm*, apesar de, na realidade, o CADE empregar os dois conceitos em suas análises de concentrações. A revisão das diretrizes também traria uma oportunidade para o SBDC atender às recomendações feitas pela *International Competition Network* com relação à formulação de diretrizes para a análise de atos de concentração.¹³⁷

6.2.18 Assegurar que as decisões dos casos permitam que o público avalie a racionalidade e a justiça na aplicação da lei de concorrência

A transparência é uma característica importante no processo de tomada de decisão pelas agências de concorrência, uma vez que o setor privado necessita ter um claro entendimento sobre as limitações legais, caso deseje proceder a um planejamento eficiente de seus negócios. Além disso, as perspectivas de alcançar um alto grau de observância da lei de concorrência dependem, em grande parte, das opiniões emanadas pelos técnicos em concorrência aos seus clientes do setor empresarial; porém, não é possível dar uma opinião confiável se as políticas de aplicação da lei forem imprevisíveis. A *International Competition Network*, em comentários relativos aos procedimentos de análise de atos de concentração, mas igualmente aplicáveis aos casos de conduta, tem recomendado que:

Seja apresentada uma explicação bem fundamentada para as decisões que questionem, bloqueiem ou condicionem a aprovação de uma transação, bem como para a aprovação de decisões que estabeleçam um precedente ou uma mudança na política ou na prática de aplicação da lei... O que importa é que a informação disponível permita que o público monitore a consistência, a previsibilidade e a justiça na aplicação do processo de análise de operações de concentração.¹³⁸

Da mesma forma, a OCDE pediu que os países membros “garantam que as regras, políticas, práticas e procedimentos envolvidos no processo de análise de fusão são transparentes e estão à disposição do público, inclusive por meio da publicação de esclarecimentos substantivos quando houver decisões que questionem, bloqueiem ou condicionem formalmente a liberação de uma fusão”.¹³⁹

As decisões proferidas pelo CADE são totalmente fundamentadas, mas nem sempre vinculam a análise às diretrizes aplicáveis, nem tampouco identificam se a agência está introduzindo algum elemento analítico novo ou modificado. Seria recomendável certa atenção adicional aos interesses do setor privado no entendimento da evolução da abordagem analítica do CADE.

6.2.19 Permitir a solução de casos de conduta por consenso mesmo quando o representado confessar um comportamento ilegal

O Artigo 53 da lei em vigor estabelece a possibilidade de resolução de casos de conduta por consenso (Termo de Compromisso de Cessação). A conclusão de um caso nos termos do Artigo 53 não requer a admissão de responsabilidade ou culpa por parte do representado e o CADE, por sua vez, não aplica nenhuma multa pecuniária. Contudo, a solução de casos por esse mecanismo é extremamente rara, principalmente porque a SDE não aceita negociar um Termo de Compromisso de Cessação se já houver evidências suficientes para condenar o representado em relação à violação investigada. Além disso, o Artigo 53 prevê que ele não pode ser utilizado para em casos de acordos horizontais que envolvam fixação de preço, acordos para participar em licitação (*bid-rigging*), divisão de mercado e condutas afins (Art. 53, § 5).

A política da SDE na aplicação do Artigo 53 foi elaborada com vistas a evitar que os representados esperem que a SDE conclua a investigação e, em havendo provas, busque uma solução por consenso. Esta abordagem, assim como a proibição legal de aplicação do artigo aos casos de cartel, reflete uma sólida política pela qual um acordo pressupõe a não admissibilidade de culpa e a não imposição de penalidade. Contudo, é necessário ter também um mecanismo que permita encerrar o caso mesmo nas hipóteses em que o representado, em qualquer tipo de conduta, não deseje questionar as multas aplicadas pelo CADE e confessar sua culpabilidade, pagando uma multa cominada e aceitando a ordem de cessar a conduta criminosa. Segundo o projeto de lei proposto, a multa mínima a ser imposta pelo CADE será de R\$ 6.000 (US\$ 2.400), ao invés de 1% do faturamento anual, como exige a lei atual. A capacidade de negociar uma multa mínima deve ser um incentivo para as empresas optarem por uma solução amigável, ao invés de envolver o CADE em litígios administrativos e ações de revisão judicial. O CADE poderia emitir uma medida cautelar adequada (após um período de comentário público) e impor uma multa baixa; com isso, estaria efetivamente restaurando a concorrência sem a demora e as despesas associadas ao litígio judicial. Uma agência de concorrência tem dificuldades em funcionar bem se todos os seus casos forem totalmente contestados. O CADE deveria levar isso em consideração, assim como outras formas de incentivar os representados a resolverem os casos por meio de consenso.

6.2.20 Tratar os processos civis de ressarcimento de danos antitruste como uma oportunidade de advocacia da concorrência e disseminar informações sobre o impacto concorrencial desses litígios.

Segundo o Artigo 89, se uma ação judicial foi movida à luz da Lei 8884, o juízo deve notificar o CADE e convidá-lo a integrar o processo. A política do CADE é aceitar esse chamamento ao processo apenas quando a conduta em questão na ação

privada houver sido objeto de um processo julgado pelo CADE e desde que o CADE tenha emanado uma decisão final sobre a legalidade ou não da conduta. O CADE deveria considerar aceitar o chamamento ao processo mesmo naqueles casos em que ele não tenha examinado a conduta, uma vez que poderiam configurar oportunidades de promover a concorrência. Especialmente em relação a casos privados que envolvam alegações de condutas de preços predatórios ou preços excessivos, o CADE poderia prestar uma assessoria útil ao tribunal em relação a como tratar dessas alegações à luz da lei 8884. Neste sentido, o CADE também deveria se comprometer a desenvolver uma base de dados que contenha informações sobre o volume, a natureza e o resultado das ações civis por danos antitruste, movidas nos termos do Artigo 29 da Lei 8884 e outras leis, tais como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que podem servir de parâmetro para alegações de dano antitruste.¹⁴⁰ Informações deste tipo são necessárias para avaliar se o ações civis privadas antitruste estão contribuindo ou prejudicando a aplicação da lei de concorrência.

6.2.21 Continuar os programas atuais para:

Concentrar esforços nas atividades de combate a cartéis;

- Desenvolver acordos de cooperação de aplicação da lei com as agências reguladoras setoriais e investigar condutas anticoncorrenciais de empresas que atuem em setores regulados;
- Buscar consenso com a Procuradoria Geral, respeitando o papel dos promotores públicos nomeados para o CADE, conforme o Artigo 12 da Lei 8884;
- Promover o entendimento e a apreciação da lei de concorrência entre (1) os promotores públicos, com vistas a facilitar a cooperação dos promotores na operação de programas de leniência, bem como para desencorajar uma aplicação da Lei de Crimes Econômicos¹⁴¹, na perspectiva da concorrência; e (2) os membros do judiciário, com vistas a melhorar a qualidade da análise aplicada pelos tribunais em casos resultantes de questões concorrenciais;
- Aumentar o reconhecimento e a aceitação dos princípios da política da concorrência na sociedade como um todo, como uma forma de desenvolver uma cultura de concorrência no Brasil.¹⁴²

O CADE e a SDE têm atualmente programas em cada uma das cinco áreas, como descrito anteriormente neste relatório. Todos esses esforços são importantes para fazer a modernização da lei e da política de concorrência no Brasil, merecendo um apoio contínuo.

NOTES

- 1 Publicado como *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, OECD Journal of Competition Law and Policy, v. 2, n°. 3, outubro de 2000. As citações de página são referentes a essa publicação.
- 2 O real foi posteriormente liberado para flutuação frente ao dólar como resultado de uma crise de balanço de pagamentos em 1999.
- 3 O projeto de lei descrito neste relatório é o esboço do consenso das agências do SBDC lançado pelo governo em fevereiro de 2005. O projeto está passando por revisões antes de ser formalmente submetido ao Congresso, e a descrição neste relatório, portanto, deve ser vista como um reflexo das reformas que os órgãos conjuntamente propuseram, não uma previsão do que resultará do processo legislativo.
- 4 Projeto de Lei alternativo para emendar a Lei n°. 3.337/2004 do Deputado Federal Leonardo Picciani.
- 5 Projeto de Lei Complementar n°. 344.
- 6 De acordo com o SBDC, a referência à “função social da propriedade” tanto na Constituição quanto na lei sobre infrações contra a ordem econômica reflete a proposta de que os proprietários não têm necessariamente o direito de reter todos os benefícios providos pela propriedade, e que podem ser obrigados a dividir, de alguma maneira, alguns destes benefícios com o resto da sociedade.
- 7 A emenda proposta à Lei n°. 8.884 deixa as violações de conduta especificadas nos Artigos 20 e 21 essencialmente inalteradas, exceto que a referência a abandono ou destruição de lavouras ou plantações no Artigo 20, inciso XVII, é substituída por uma referência expressa a exigências ou concessão de exclusividade (incluindo exclusividade territorial) na distribuição de produtos ou serviços.
- 8 O Procurador-Geral do CADE alerta que esta cláusula poderia se aplicar se, por exemplo, a empresa A (um produtor de artigos quaisquer) enganosamente convencesse os compradores deste artigo de que a empresa B (um fabricante concorrente do mesmo artigo) usa matéria-prima inferior,

desta forma forçando B a abaixar os preços em resposta à queda da demanda.

- 9 O Parágrafo único do Artigo 21 dispõe que “na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; e IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.”
- 10 As diretrizes também têm o propósito de servir como guia para o público, e com este fim foram emitidas consoante competência do Conselho de acordo com o Artigo 7º, inciso XVIII, da Lei de Concorrência para “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”.
- 11 Devido ao fato de preço predatório não ser convencionalmente caracterizado como prática “horizontal”, o SBDC antecipa que este aspecto das diretrizes será alterado quando estas forem revisadas.
- 12 Um caso de cartel, obviamente, também necessita de provas de conluio. O Guia dispõe que provas substanciais “não precisam restringir-se à prova documental, inclusive evidências circunstanciais como a ausência de racionalidade econômica para a adoção de conduta que não a da prática ilícita” (Anexo II, alínea B § 1.2). Apesar de ter dito assim, o CADE não se baseia na falta de uma explicação econômica para atacar condutas como movimentação paralela de preços. São necessários fatores a mais, como reuniões ou trocas de dados entre as empresas participantes, para se caracterizar conluio.
- 13 A SEAE, por exemplo, reestruturou-se para criar novas unidades em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília, dedicadas exclusivamente a investigações de cartel.
- 14 Estatisticamente, o SBDC caracteriza os casos de associações médicas como abuso de posição dominante, em vez de conduta horizontal, baseado na premissa de que a acusação é contra uma única entidade dominante (a associação), em vez de ser contra médicos individuais (que tipicamente têm pouca escolha a não ser tornarem-se membros de associações). Este relatório, em contraste, trata os casos como “horizontais” porque eles

implicam em arranjos que restringem o comércio entre os membros da associação que de outra forma seriam concorrentes.

- 15 Em março de 2005, em uma ação à parte, o CADE aceitou um acordo negociado entre a SDE e a ATPCO no qual a ATPCO retirava a função de notificação antecipada de três dias de seu sistema em relação a linhas aéreas brasileiras.
- 16 Como no caso de associações médicas, o SBDC caracteriza os casos da Unimed como abuso de posição dominante, em vez de conduta horizontal. Este relatório, ao contrário, trata os casos da Unimed como “horizontais” porque implicam arranjos que restringem o comércio entre profissionais da saúde que de outra forma seriam concorrentes.
- 17 A SDE, entretanto, tem um processo encaminhado para examinar se o acordo serviu de cobertura para conluio entre a TAM e a Varig em relação ao número de vôos programados. A investigação inicial da SEAE indicou que as duas linhas aéreas deram fim a vôos lucrativos após a implementação do acordo.
- 18 O CADE também recomendou que Brasília revogasse a restrição sobre postos de abastecimento em estacionamentos, e tal recomendação foi adotada recentemente pelo governo distrital. Enquanto isso, os representados apelaram da decisão do CADE nos tribunais, argumentando em parte que um acordo visando legislação anticoncorrencial nunca poderia ser ilegal.
- 19 Por razões similares, o CADE também rejeitou outras reclamações de preços predatórios, incluindo acusações relativas à venda a varejo de telefones celulares (2004), cerveja (2004) e medicamentos (2000 e 2003).
- 20 Este caso é discutido em maiores detalhes mais adiante neste relatório.
- 21 Portaria Conjunta nº. 50, p. 2 nota 1 (1º de agosto de 2001).
- 22 Até outubro de 2000, todas as referências legais a multas eram declaradas em termos de unidade fiscal de referência, cujo valor era ajustado para inflação. A unidade fiscal de referência foi abolida em outubro de 2000. Desde então, todas as novas multas legais promulgadas têm sido impostas em termos da moeda brasileira, o Real. O valor terminal de uma unidade fiscal de referência é fixado em R\$1,0641, ou cerca de US\$0,42 na recente taxa de câmbio de US\$0,39 para R\$1,00.

- 23 O CADE não impõe, por exemplo, uma multa separada a cartéis ilegais por não notificarem. Uma consequência prática desta política é que o CADE não mantém um “registro dos cartéis”.
- 24 A Lei nº. 9.781/99 estabeleceu a inicial taxa de R\$15.000 e dispôs que toda a arrecadação fosse depositada para o CADE. A Lei nº. 10.149/00 aumentou a taxa para R\$45.000, com a arrecadação sendo dividida igualmente entre o CADE, a SDE e a SEAE.
- 25 Estas condições são as mesmas aplicáveis nas disposições de práticas permitidas nos termos do Artigo 81(3) da lei de concorrência da União Européia.
- 26 O padrão é essencialmente idêntico àquele do novo regulamento de concentração (Nº. 139, Art. 2º(3)) adotado pela União Européia em 2004.
- 27 Certas passagens no Guia (como os parágrafos 13, 14 e 25) sugerem que um padrão de excedente total será aplicado para avaliar atos de concentração, enquanto outras passagens (como o parágrafo 87) indicam que um aumento no excedente do consumidor é necessário para aprovação de um ato de concentração que ampliará o poder de mercado das partes envolvidas na operação. A decisão do CADE, no recente caso Nestlé-Garoto, empregou o padrão de excedente total do consumidor sem determinar se era a única abordagem permissível para avaliação de atos de concentração.
- 28 O Artigo 58, parágrafo 2º, contempla que os compromissos de desempenho atingirão “metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos”. Ao formular os compromissos, o parágrafo 1º do Artigo 58 também exige que o CADE leve “em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes”.
- 29 O Relatório de 2000 observou (p. 201) que o CADE tinha imposto condições em cerca de 3% das operações notificadas em 1998 e 1999, a mesma porcentagem que caracteriza o período de 2000 a 2004. Estatísticas para os órgãos de concorrência em outros países demonstram níveis de intervenção da mesma ordem. Algumas pessoas que militam no setor no Brasil observaram que a taxa de 3% do CADE não é consistente com a opinião de que o critério de notificação de atos de concentração são muito amplos. Ou seja, se muitas concentrações inócuas, que não seriam notificadas em outros países, são notificadas no Brasil, o nível de intervenção do CADE deveria ser menor do que os níveis de intervenção em outros lugares. Uma possível resposta para este ponto é que o nível de

- intervencionismo “estrutural” é substancialmente menor que 3%, ficando em 0,26% (7 operações, consistindo de quatro casos estruturais e três desaprovações, de 2.672 relatadas).
- 30 Anteriormente a 2000, os compromissos de desempenho impostos pelo CADE em vários casos de concentração exigiam que se fornecessem programas de re-treinamento e recolocação para funcionários demitidos pelo fechamento de instalações de produção. O caso mais recente envolvendo tal exigência foi a concentração em 2000 da AmBev, descrita no Relatório anterior (pp. 204-05).
- 31 Ver, por exemplo, “*New Commissioner Joins CADE*”, na *Global Competition Review* (11 de maio de 2005).
- 32 A SDE recentemente vem desenvolvendo sua própria equipe especializada em economia. Ela estabeleceu um centro de métodos quantitativos, chefiados por um economista experiente, para aumentar o volume e quantidade de análises econométricas nas investigações da SDE.
- 33 A ADC Telecommunications Inc. e a Krone International Holding Inc. anunciaram em 19 de janeiro de 2005. O CADE espera baixar em breve uma resolução formal confirmando esta interpretação.
- 34 O Relatório de 2000 observou (p. 207) que, em 1998, 7% das notificações foram enviadas tardiamente de acordo com o julgamento do CADE, um número que pulou para 19% em 1999.
- 35 Para obter uma medida cautelar, nos termos da Lei brasileira, deve haver um direito subjacente claro em jogo (ou seja, o pedido deve ser bem fundado nos termos da lei, ou como usualmente referido, deve haver “*fumus bonis juris*”), e deve haver um risco de dano irreparável àquele direito se o remédio for negado (ou seja, deve haver perigo na demora, ou como usualmente referido, deve haver “*periculum in mora*”).
- 36 O Artigo 4º da Resolução também prevê que a medida cautelar pode ser deferida sem oitiva às partes, quando as circunstâncias assim o exigirem, mas o CADE jamais fez uso dessa prerrogativa.
- 37 Por exemplo, o APRO de 2002, relativo à aquisição dos Supermercados Sé pela Companhia Brasileira de Distribuição, exigia que nenhuma loja fosse fechada e que a proporção de empregados em relação às vendas gerais fosse mantida no mínimo igual à proporção média dos dez maiores supermercados do Brasil.
- 38 Mesmo antes da implementação do procedimento de análise conjunta de ato de concentração pela SDE e SEAE, em janeiro de 2004, estas

Secretarias geralmente chegavam a conclusões similares nos casos de concentração, embora algumas vezes diferissem nos remédios impostos a casos problemáticos. Para a maioria dos casos enviados ao CADE desde janeiro de 2004, as duas Secretarias passaram a formular uma única recomendação conjunta. O CADE praticamente sempre aprova as operações para as quais a SDE e a SEAE recomendam aprovação. Nos casos em que condições são recomendadas, o CADE às vezes altera os termos das condições propostas. Frequentemente, tais alterações surgem de modificações propostas oferecidas pelas requerentes depois que o caso chega ao CADE.

- 39 Em 2004, a Portaria Conjunta nº. 8/2004 estendeu o procedimento sumário para operações em que nenhum participante tivesse um faturamento no Brasil maior que R\$400 milhões. Exceto no caso de operações que devem ser notificadas por apresentarem um nível de participação de mercado igual ou superior a 20%, este dispositivo da Portaria foi colocado em questão pela decisão do CADE de basear-se exclusivamente nas vendas brasileiras na aplicação do critério de notificação.
- 40 Este não era o caso antigamente em relação à SDE, que rotineiramente ultrapassava seu prazo de 30 dias, mesmo depois de descontados os prazos para a produção de diligências.
- 41 Um parágrafo na legislação proposta que lida com os procedimentos de assembléia do Plenário dá à SEAE a oportunidade de apresentar argumentos orais em relação a qualquer caso em que tivesse se envolvido. Este provimento contrasta com o regulamento processual existente do CADE (Resolução 12, Art. 12), que declara que somente o “representado, requerente ou consulente, ou seus advogados” poderão ser convidados para prestar declarações durante as deliberações de julgamento do CADE. De acordo com Relatório de 2000 (p. 206), a SDE e a SEAE “lamentam” não poder comparecer perante o CADE durante as deliberações no caso do ato de concentração da AmBev para defender suas recomendações contra a crítica das partes em concentração.
- 42 De acordo com o existente Artigo 54, § 5, a multa para apresentação fora do prazo vai de 60.000 a 6 milhões de UFIRs. Como a UFIR foi abolida, a lei proposta redeclara o limite como sendo de R\$60.000 a R\$6 milhões. Isto resulta numa pequena redução nos limites da multa, pois o valor de uma Unidade Financeira de Referência é fixado em R\$1,0641. O projeto de lei converte em reais todos os limites de multa em todos os outros artigos da Lei nº. 8.884 que por ora estão declarados em termos de UFIR (especificamente, os Artigos 23, 25 e 26).

- 43 A SDE é dividida em dois departamentos, um com responsabilidade pela aplicação da lei de concorrência (o Departamento de Proteção e Defesa Econômica, o DPDE) e o outro responsável pela aplicação da lei de proteção do consumidor (o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, ou DPDC).
- 44 O Artigo 10, § 3, que provê que o Procurador-Geral (com a autorização do CADE) pode “requerer [...] medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica”, é considerado problemático e nunca foi empregado. Quando a medida preventiva é necessária, a SDE invoca o Artigo 52, que provê que medidas para impedir danos anticoncorrenciais podem ser adotadas durante a pendência de um processo administrativo.
- 45 O Procurador-Geral do CADE é teoricamente subordinado à Procuradoria-Geral da República, mas na prática ele opera independentemente. Similarmente, embora os procuradores da equipe de Procuradoria-Geral do CADE sejam repassados pela Procuradoria-Geral da República e sejam teoricamente responsáveis por esta Procuradoria do CADE, eles de fato agem sob a direção do Procurador-Geral do CADE.
- 46 Em um caso, a questão era se um conselheiro do CADE deveria ser afastado de um caso pendente envolvendo aquisição governamental, em que o conselheiro tinha anteriormente servido em função administrativa na agência governamental em questão. Em outro caso, a questão era se o Plenário tinha aplicado corretamente um regulamento interno determinando que conselheiro deveria servir como Presidente atuante. Em ambos os casos, a decisão do CADE foi, por fim, sustentada pelos tribunais.
- 47 Outro dispositivo da Lei nº. 8.884 que menciona o Ministério Público Federal é o Artigo 10, inciso IV, que autoriza o Procurador-Geral do CADE (com autorização do CADE) a promover acordos judiciais nos processos pendentes após “ouvido um representante” do Ministério Público. Não houve acordos judiciais de processos pendentes na história do CADE e, portanto, não houve situações que permitissem definir o papel do Ministério Público nesta situação.
- 48 Os mandatos dos Conselheiros são feitos expressamente não-coincidentes para que, em qualquer ciclo de quatro anos, dois mandatos expirarão no segundo ano, mais dois no terceiro ano, e três no quarto ano.
- 49 Anteriormente às emendas de 2000, a SEAE não tinha quaisquer poderes investigativos nos termos da Lei nº. 8.884 como tais. O Relatório de 2000 observou (p. 188) que uma lei à parte (Nº. 9.021) dava à SEAE certos poderes investigativos. De acordo com o Artigo 10º da Lei nº. 9.021, a SEAE deve requerer que uma empresa justifique suas ações quando a

- SEAE tiver evidências de que a empresa violou a Lei nº. 8.884 impondo preços excessivos ou aumentos abusivos de preços. A SEAE cessou o uso da Lei nº. 9.021 após 2000 em favor da autoridade expandida nos termos da Lei nº. 8.884.
- 50 O Secretário da SDE também tem arbítrio para revelar ou não a existência de uma investigação preliminar. Manter tais investigações confidenciais era obrigatório antes da promulgação das emendas de 2000. Estas emendas também concederam à SEAE arbítrio para revelar ou não a existência de um inquérito da SEAE (Art. 35-A, § 2).
- 51 O estatuto das limitações aplicáveis a violações da Lei nº. 8.884 depende se a conduta em questão também viola uma lei penal. Se sim, a limitação para instituição pela SDE de um processo administrativo é de 12 anos a partir da data da violação (Lei nº. 9.873/99). Se não, a limitação é de cinco anos (Portaria da SDE nº. 849, de 22 de setembro de 2000, Art. 54).
- 52 De 2000 a 2004, o CADE revisou 127 determinações da SDE pelo término de investigações preliminares: 34 em 2000, 32 em 2001, 7 em 2002, 1 em 2003 e 53 em 2004.
- 53 O Artigo 30, § 2 também estabelece que queixas formais dirigidas à SDE pelo Senado ou pela Câmara devem resultar diretamente em um processo administrativo, sem averiguação preliminar.
- 54 A Portaria da SDE nº. 849 (2000) estabelece os procedimentos de atuação da SDE em averiguações preliminares, processos administrativos, realização de oitivas de testemunha, remessa de casos ao CADE, adoção de medidas cautelares nos termos do Artigo 52, os acordos do Artigo 53, leniência e a proteção de informações confidenciais.
- 55 Nos casos de conduta em relação aos quais a SEAE optou emitir um parecer, as conclusões da SEAE são tipicamente congruentes com as da SDE, embora o método de análise possa diferir. As decisões finais do CADE em relação à legalidade da conduta sob análise raramente divergem das conclusões recomendadas pela SDE (e pela SEAE), mas o CADE, por vezes, formula um remédio diferente quando uma violação é identificada.
- 56 De acordo com a lei brasileira, escutas telefônicas só são permitidas em investigações criminais.
- 57 As regras aplicáveis ao programa estão estabelecidas no Capítulo V da Portaria nº 849 da SDE (2000).

- 58 Uma empresa ou indivíduo que tente entrar em um acordo de leniência, mas que se descubra ser inabilitado(a) para tal, pode entrar em outro acordo relativo a conduta ilegal da qual a SDE não tivesse até então ciência. Neste caso, a pena do infrator no processo original será reduzida a um terço, sem prejuízo à garantia de completo benefício da leniência relativa à nova infração (Art. 35-B, §§ 7, 8).
- 59 Outra objeção constitucional, geralmente considerada pouco persuasiva, baseia-se em um provimento da Constituição Brasileira (Art. 98, inciso I) que dispõe expressamente a “conciliação” de quaisquer outros pequenos casos criminais em tribunais locais especiais. Afirma-se que a ausência de uma referência constitucional à “conciliação” de quaisquer outros casos criminais implica que os réus destes casos não estão habilitados a leniência.
- 60 De acordo com um comentário, estabelecer um programa de cumprimento da lei de concorrência se tornou uma prioridade para as empresas multinacionais operantes no Brasil. Vide Zarzur, Cristianne, *Cartel investigation in Brazil—moving forward into global trends*, Global Competition Review (2004), disponível em http://www.globalcompetitionreview.com/ara/bra_cartels.cfm
- 61 Também sob investigação neste caso (embora não afetada pela medida preventiva) é a conduta da Associação no *lobby* bem-sucedido junto ao governo distrital em Brasília para promulgar uma portaria nos termos da qual somente os membros da Associação tinham autorização de vender equipamento anti-incêndio no Distrito Federal.
- 62 Nenhum requerimento de publicação similar se aplica aos acordos negociados com o Conselheiro-Relator, uma vez que o caso está pendente perante o Plenário. Na prática, entretanto, o princípio de que o acordo é inapropriado quando o governo já tem provas suficientes para processar uma violação assegura que casos que cheguem ao CADE raramente sejam habilitados para um acordo.
- 63 Resolução nº. 20 do CADE, Art. 2º (9 de junho de 1999).
- 64 As emendas de 2000 não estenderam ao CADE a nova autoridade disposta no Artigo 35-A para requerer que o Ministério Público obtenha mandados de busca sem notificação. O Artigo 35-A é reservado à SDE e à SEAE.
- 65 Resolução nº. 20 do CADE, Art. 3º (9 de junho de 1999).

- 66 Resolução nº. 12 do CADE (1998), Artigo 15. A Resolução 12 estabelece regras internas de operação para o Conselho, incluindo procedimentos para assembleias, oitivas, execução de julgamentos e a proteção de informações confidenciais.
- 67 O CADE pode também recomendar aos órgãos de governo apropriados que licenças compulsórias sejam concedidas às patentes mantidas pelo representado, e que quaisquer incentivos ou subsídios fiscais acordados ao representado sejam cessados.
- 68 O projeto de lei retém o provimento da existente lei nos termos do qual as queixas encaminhadas à SDE pelo Senado ou pela Câmara devem proceder diretamente a uma investigação formal (“inquérito administrativo”) sem uma investigação preliminar (“procedimento preparatório”). O provimento é expandido para que seja aplicável também às recomendações de queixa da SEAE (que, como observado anteriormente, não mais exerce autoridade investigativa compulsória própria).
- 69 Os regulamentos procedimentais da SDE declaram que os processos da agência serão conduzidos para obedecer, dentre outros, “aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Portaria nº. 849 da SDE, Art. 2º (2000).
- 70 Portaria da SDE nº. 849, Cap. VIII (2000), Resolução nº. 12 do CADE, Pt. II, Seç. 2 (1998).
- 71 Os órgãos do SBDC declaram que restringiram os procedimentos para salvaguardar os materiais confidenciais de revelação, inadvertida ou de outra espécie.
- 72 Ver Relatório de 2000, p. 194.
- 73 CADE, em contrapartida, decidiu o caso em julho de 2005.
- 74 Resolução nº. 12 do CADE, Art. 15 (1998).
- 75 Talvez valha a pena observar que o Brasil tem uma longa tradição de governo altamente burocrático no qual a demora é procedimento padrão. Ver Rosenn, Keith S., *Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited*, 1 Florida International Law Journal 1 (1984).
- 76 As penalidades previstas no Artigo 25 não se aplicam a medidas cautelares e APROs decorrentes da análise de atos de concentração, nos termos da

Resolução nº. 28 do CADE, pois estes procedimentos não são fundamentados na Lei nº. 8.884. Os Artigos 12 e 13 da Resolução estabelecem que estas medidas e acordos especificarão uma multa diária a ser imposta pelo CADE no caso de não-cumprimento. Até hoje, o CADE não teve de impor multas em razão desses procedimentos.

- 77 A Lei 8884 prevê que o CADE tem poder discricionário para iniciar ações judiciais para a execução da multas, tanto no Distrito Federal (Brasília) quanto no local de domicílio do réu (Artigo 64). Geralmente, o CADE prefere dar entrada em Brasília, porque é conveniente, por ser local de sua sede e porque é mais provável que os tribunais em Brasília tenham tido alguma experiência (e, portanto, devem estar mais familiarizados) com o CADE, enquanto um órgão de cumprimento da lei. Contudo, o CADE recorre à execução no domicílio do réu em casos onde é necessário o arresto de bens para pagar a multa.
- 78 Os juros são acumulados a uma taxa legal sobre a multa imposta assim evitando que os réus entrem em litígios injustificados simplesmente para retardar o pagamento.
- 79 A Procuradoria Geral da República é responsável por recolher qualquer multa imposta pela SDE ou SEAE.
- 80 Nos termos do Artigo 66 da Lei 8884, o tribunal pode, em dadas circunstâncias, determinar o cumprimento imediato das obrigações de fazer e não fazer impostas por uma decisão do CADE “a despeito do depósito de multas em juízo ou de garantias”.
- 81 A lei de concorrência não prevê a revisão judicial das decisões. O Artigo 5, § XXXV da Constituição Brasileira garante a revisão judicial de qualquer ato que cause dano ou que ameace direitos de uma das partes.
- 82 No caso do primeiro tribunal regional, que fica em Brasília e normalmente julga os casos do SBDC, há três juízes em uma turma e cinco em uma seção.
- 83 Nos tribunais regionais e no STJ, tanto as turmas quanto as seções abrangem menos do que o número total de juízes no tribunal. Normalmente, o tribunal só reúne todos os juízes para questões administrativas.
- 84 Apesar de as decisões do CADE que aprovaram as ordens preventivas do artigo 52 dadas pela SDE parecerem um alvo perfeito para a apelação judicial pelas partes afetadas, a Procuradoria Geral do CADE não tem registro deste tipo de litígio.
- 85 O artigo 68 da Lei 8884 prevê que a execução das decisões do CADE “devem ser prioritárias sobre outros tipos de ação” (exceto sobre habeas corpus e alguns

- mandatos judiciais). Contudo, este dispositivo não se aplica a ações iniciadas por representados contra as decisões do CADE.
- 86 O CADE invoca diversos dispositivos constantes de uma lei do processo civil (Nº. 8437/92) sobre a matéria. O projeto de lei de alteração à lei de concorrência inclui um dispositivo que torna a Lei 8137 expressamente aplicável às decisões proferidas pelo CADE.
- 87 Constituição. Art. 103 IX. Como o caso foi impetrado contra o Congresso e o Presidente da República, e não resultou de uma ação do CADE, o CADE não é parte diante do Tribunal.
- 88 No caso do Supremo Tribunal Federal, uma Unimed está alegando que a aplicação da Lei 8884 a cooperativas de saúde sem fins lucrativos, tais como as Unimed, viola o direito à associação, garantido pelo Artigo 5 XVII da Constituição Brasileira.
- 89 A Resolução implementou o Artigo 7 XVII da Lei 8884, que dá ao CADE o poder de “responder a consultas sobre questões pertencentes a sua esfera de autoridade”.
- 90 Não há estatísticas em relação ao número de indiciamentos criminais por violações antitruste.
- 91 O Artigo 29 também prevê que qualquer processo do CADE pendente que esteja analisando a mesma conduta que uma ação privada não possa ser suspensa durante a pendência de tal ação privada.
- 92 Para obter o serviço de processo sobre pessoas fora do país, o BCPS conta com cartas rogatórias emitidas pelo Supremo Tribunal Federal.
- 93 Esta formulação da definição de mercado foi adotada pelo SBDC em um caso de fusão em 2003, que envolvia a Woodward Governor Company e a Knowles Intermediate Holding, Inc.
- 94 O papel do comércio internacional também é explicitamente mencionado no Artigo 58 da Lei 8884, que é o dispositivo que autoriza o CADE a impor “compromissos de desempenho” às partes da fusão. O estatuto prevê que, ao formular esses termos de compromisso, o CADE deve “levar em consideração a dimensão da concorrência internacional em uma determinada indústria e [seu] efeito sobre os níveis de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes”. (Art. 58 § 1).
- 95 Os quatro membros do Mercosul mantêm uma tarifa externa comum e negociam como um bloco nos fóruns de comércio internacional. O Chile e

- a Bolívia se associaram ao Mercosul em 1996 e 1997, respectivamente, mas não participam da tarifa externa comum.
- 96 Além das taxas de notificação do Artigo 54, o CADE também coleta diversas taxas por prestação de consultoria, conforme a Resolução 18, por serviços de fotocópia e com a venda de publicações.
- 97 Este tributo, instituído em 2002 e conhecido como “Taxa de Fiscalização”, gerou receitas (em milhares de dólares americanos) de US\$ 550 em 2002, US\$ 480 em 2003 e US\$ 300 em 2004.
- 98 Os 28 funcionários temporários do CADE são outra exceção.
- 99 Por lei, as nomeações para os três níveis de DAS mais elevados devem vir do Presidente da República. No sistema do DAS, o nível 7 é uma posição de Ministro, o nível 6 é um Secretário de Ministério (ou, no caso do CADE, o Presidente) e o nível 5 é um Secretário Adjunto de Ministério ou um Diretor de Departamento (ou um conselheiro do CADE).
- 100 O número infinitamente superior dos funcionários contratados sem DAS no CADE (124, em comparação a 15 e 16 para os outros dois órgãos) sugere que o CADE tem um grande contingente indevido de pessoal de serviços de apoio. Esta impressão está errada, por dois motivos. Primeiramente, como observado acima, 28 dos funcionários contratos sem DAS no CADE são funcionários com contratos temporários, que realizam trabalho substantivo. Em segundo lugar, tanto a SDE quanto a SEAE recebem serviços de apoio dos departamentos do ministério central, cujos funcionários não aparecem nas listas da SEAE ou da SEAE.
- 101 Uma descrição de posto do serviço público que se mostrou bastante útil tanto à SDE quanto à SEAE, porque é ampla o bastante para cobrir o trabalho da missão envolvido na aplicação da lei de defesa da concorrência. O posto, chamado “Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental”, ou “gestor”, foi preparado para os funcionários envolvidos com a análise e a implementação da política. Os postos de gestor são criados e alocados pelo MF e são relativamente poucos. Ao final de 2004, a SDE empregou 12 gestores, enquanto a SEAE empregou 23, a maioria dos quais em postos com DAS para complementar o salário. Por outro lado, o CADE empregava apenas um gestor, que também tinha DAS.
- 102 Apesar de os advogados da Procuradoria do CADE se reportarem ao Procurador do CADE e não ao Procurador Geral da República, este determina quantos promotores deverão ser designados para o CADE. O

- número atual é 13, abaixo dos 18 e 20 descritos no Relatório de 2000 (pág. 187).
- 103 Durante o processo de preparação deste relatório, nos deparamos com um custo da precária memória institucional, uma vez que o CADE teve dificuldades em responder perguntas sobre suas atividades no período de 2000 a 2001. Poucos funcionários daquela época continuam a trabalhar lá e a pesquisa em arquivos consome muito tempo.
- 104 Das 800 matérias, cerca da metade são denúncias que foram agendadas, mas sobre as quais ainda não foi proferida determinação alguma sobre a abertura ou não de um inquérito. Cerca de 200 são investigações preliminares, outras 200 são processos administrativos e 25 são casos de fusão.
- 105 Mesmo assim, há algumas funções tanto na SDE quanto na SEAE que não estão de acordo totalmente com as descrições dos postos públicos do ministério. Assim, os dois órgãos também tentam conseguir que o MF lhes garanta postos de gestor. Como observado anteriormente, ao final de 2004, a SDE empregou 12 gestores e a SEAE empregou 23.
- 106 As referências normalmente são apresentadas em uma lista de “princípios constitucionais” considerados como aplicáveis à regulação econômica. O Artigo 5º da lei de Telecomunicações, por exemplo, exige que a Agência Nacional de telecomunicações considere os princípios de “livre concorrência, livre iniciativa, proteção ao consumidor e limitação ao poder econômico abusivo”, bem como de “soberania nacional, o papel social da propriedade, a redução de disparidades regionais e sociais e a continuidade do serviço” quando tomarem suas decisões.
- 107 Lei 9478/97, Art. 10.
- 108 Para tanto, o CADE invoca o Artigo 7 IX da Lei 8884, que autoriza o CADE a “solicitar informações de pessoas físicas, agências, autoridades e outras entidades públicas ou privadas” em complementação a suas competências legais.
- 109 Antes da criação da agência a regulamentação era responsabilidade do Ministério dos Transportes.
- 110 O volume de transporte ferroviário entre cidades ou interestadual no Brasil é muito baixo e o serviço interestadual de ônibus é regulado pelos Estados. O transporte por caminhão não é regulado, exceto por alguns regulamentos técnicos e de segurança.

- 111 O Relatório de 2000 observou (página 229) que o Código de Defesa do Consumidor se aplicava a bancos e que o departamento de produção ao consumidor da SDE havia processado diversos casos contra instituições bancárias. Esse fato continua válido, apesar de a questão da aplicabilidade do Código aos bancos estar em análise no Supremo Tribunal Federal.
- 112 A CMED foi criada pela Lei 10724/03. Antes de 2003, a autoridade que estabelecia os preços para os medicamentos era da CAMED, um órgão predecessor, criado em 2000. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária é responsável por administrar os limites máximos de preço fixados pelo CMED.
- 113 I BRAC, um membro especialmente proeminente da comunidade brasileira de lei de defesa da concorrência, é uma associação não governamental de cerca de 500 corporações, firmas de advocacia e pessoas físicas (advogados, economistas e acadêmicos) interessados na promoção e no desenvolvimento da lei e da política concorrencial.
- 114 Um caso que se encontra sob investigação da SDE também pode levar o CADE a exigir o cumprimento com os termos do Artigo 7 X. Como descrito anteriormente, a SDE está analisando a ação concertada de uma associação de fabricantes de extintores de incêndio em Brasília para obter uma medida municipal segundo a qual apenas os membros da associação estarão autorizados a vender equipamento para incêndio dentro do Distrito Federal.
- 115 Segundo a Lei 8884 e o projeto de lei proposto, a capacidade da SEAE de empregar ferramentas de investigação compulsórias não se estende a estudos de mercado em geral. A SEAE tem autoridade para exigir testemunhos ou documentos (para utilização direta da SEAE sob os termos do presente estatuto e por solicitação à Diretoria Geral, segundo a lei proposta), apenas quando houver base suficiente para suspeitar de alguma forma de conduta ilegal. Contudo, a SEAE não considera a ausência de processo compulsório para estudos de mercado em geral como problemática, uma vez que acredita que qualquer mercado onde seja necessário empregar as exigências obrigatórias apresentará circunstâncias tais que permitirão uma investigação em relação à aplicação da lei.
- 116 Parte do esforço educacional tem como foco explicar os efeitos prejudiciais dos cartéis e as desvantagens da regulação “indireta” dos preços por meio de ordens judiciais que atacam os preços “abusivos” ou “predatórios”. Também se dá atenção a um tópico intimamente relacionado, que é o porquê as tabelas de tarifa sugeridas pelas organizações profissionais não são desejáveis.

- 117 CADE: www.cade.gov.br ; SDE: www.mj.gov.br/sde ; SAE: <http://www.fazenda.gov.br/seae> O sítio da SEAE também tem material em inglês.
- 118 As três agências estão trabalhando em um projeto para desenvolver um sítio conjunto na web, que servirá de portal comum para o BCPS.
- 119 Um dos prêmios é financiado pelo IBRAC e pelo ETCO (Instituto Brasileiro para Ética Concorrencial); os outros são financiados pelo CIEE (Centro de Integração Empresa e Escola).
- 120 Os princípios econômicos estão sendo gradualmente incorporados aos currículos dos cursos de Direito, e as questões de competição e regulação se tornaram uma área de especialização nos Departamentos de Economia e de Direito das Universidades.
- 121 O SBDC cita a atenção recebida da mídia em um artigo de novembro de 2004, na revista Exame, um dos principais periódicos de negócios do Brasil. O artigo, intitulado “Xerifes no Mercado”, apresentou o perfil de cada um dos dirigentes dos três órgãos de concorrência e da Comissão Brasileira de Valores Mobiliários, detalhando o trabalho desempenhado por cada órgão. Depois do artigo da Exame, apareceram diversos artigos sobre as agências em muitos dos principais jornais no Brasil (tais como O Globo, O Estado de São Paulo, Folha de São Paulo e Valor Econômico) e na revista semanal Época.
- 122 Os poderes executivo e legislativo devem, com certeza, agir para preencher os postos vagos sem demoras indevidas.
- 123 Por outro lado, não há uma base semelhante para fazer objeção aos sistemas onde as taxas recolhidas referentes aos serviços prestados (tais como analisar as notificações de concentrações) são transferidas aos órgãos que realizam o serviço.
- 124 Veja OCDE, *Recommendation of the Council Concerning Merge Review* (23 de março de 2005) [doravante OECD Merger Review Recommendation] § IB comentário I, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mmprecpractices.pdf>
- 125 Procedimentos de Notificação de Fusão ICN, § IIB, comentário I.
- 126 Procedimentos de Notificação de Fusão ICN, § IC, comentário 3.

- 127 As partes interessadas em obter as opiniões do CADE sobre a legitimidade antitruste das transações propostas que não sejam de fusão podem se candidatar a uma consulta sob os termos da Resolução 18 do CADE, cuja taxa (de R\$ 5.000) é bem inferior à taxa de notificação de R\$ 45.000.
- 128 Recomendação da OCDE para Análise de Fusão, § IA1.2; Procedimentos de Notificação de Fusão da ICN, § IVC, comentário 5.
- 129 Procedimentos de Notificação de Fusão ICN, § IV A, comentário 1.
- 130 Recomendação da OCDE para Análise de Fusão, § IVC, comentário 2.
- 131 Procedimentos de Notificação de Fusão ICN, § IVC, comentário 2.
- 132 Procedimentos de Notificação de Fusão ICN, § IVC, comentário 4.
- 133 Nos Estados Unidos, onde as partes privadas podem comumente coletar os danos por violações antitruste, foi aprovada recentemente uma legislação para lidar com a questão da exposição da parte leniente a recompensas por danos civis. A seção 213 (a) da Lei de Fortalecimento e Reforma da Penalidade Criminal Antitruste (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*) de 2003 (Título II da Lei Pública 108-237, 118 Estat. 661, codificado como a uma nota ao USC 15 § 1) prevê que, em uma ação privada de danos, uma parte que tenha recebido a leniência da Divisão Antitruste dos EUA estará sujeita a recompensar apenas os danos realmente atribuíveis à conduta ilegal desta parte.
- 134 Como descrito anteriormente, as partes privadas também demonstraram outras preocupações em relação ao programa de leniência, observando que a incerteza resulta (1) da discricção legal do CADE (em casos onde a SDE já sabia da conduta ilegal) para avaliar a cooperação e a boa fé de uma parte quando da determinação das reduções da pena, e, (2) a condição constitucional indefinida do programa, como uma infração discutível ao poder judiciário. Para o primeiro ponto, podemos simplesmente observar que o CADE tem um amplo incentivo para fazer avaliações justas, porque de outra forma o programa não servirá para fazer os interesses do CADE em executar a lei. Com relação ao segundo ponto, não haverá uma solução até que o Supremo Tribunal Federal profira uma sentença com relação à constitucionalidade do programa.
- 135 A única outra recomendação feita aqui com relação a casos judiciais que envolvam o CADE é que os tribunais que estiverem julgando os questionamentos com relação às decisões do CADE de impor multas observem estritamente o Artigo 65 da Lei 8884. Segundo o artigo, as partes

- que desejarem suspender a execução da multa devem depositar em juízo o correspondente ao montante em disputa.
- 136 Procedimentos de Notificação de Fusão do ICN, § VIII C, comentário 3; *cf.* Recomendação da OCDE para Análise de Fusão, § ID.
- 137 Veja: International Competition Network, Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup, Discussion Draft Merger Guidelines Workbook [Versão Preliminar, 16 de maio de 2005], disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences.html>. O SBDC também deveria atualizar seu guia de análise para casos de conduta conforme a Resolução 20, ou revogá-lo, uma vez que raramente são explicitamente mencionados nas decisões do CADE e não parecem refletir as políticas atuais do SBDC para avaliar os casos.
- 138 Procedimentos de Notificação de Fusão do ICN, § VIII C, comentário 2.
- 139 Recomendação da OCDE para Análise de Fusão, § IA. 2
- 140 O atual relacionamento entre o departamento de defesa ao consumidor da SDE (DPDC) e as entidades locais de proteção ao consumidor pode ser utilizado para facilitar esse esforço de coleta de dados.
- 141 Como parte deste programa, o SBDC deveria promover o desenvolvimento de uma base de dados que contenha informações sobre o volume, a natureza e o resultado dos processos criminais à luz da Lei de Crimes Econômicos.
- 142 Os esforços do CADE para defender a cultura da defesa da concorrência devem continuar, mesmo que a SEAE passe a ser responsável por essa atividade, conforme o texto do projeto de lei proposto, que investe à SEAE a responsabilidade por promover a concorrência “diante da sociedade civil em geral”.

OECD PUBLICATIONS, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
PRINTED IN FRANCE