

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
uma análise dos problemas e
sugestões de aperfeiçoamento**

DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
uma análise dos problemas e sugestões de aperfeiçoamento

PRESIDENTE	ARMANDO DE QUEIROZ MONTEIRO NETO
1º VICE-PRESIDENTE DA CNI	CARLOS EDUARDO MOREIRA FERREIRA
VICE-PRESIDENTES	FRANCISCO RENAN ORONÓZ PROENÇA ROBSON BRAGA DE ANDRADE JOSÉ DE FREITAS MASCARENHAS JOSÉ FERNANDO XAVIER FARACO ABELÍRIO VASCONCELOS DA ROCHA FRANCISCO DE ASSIS BENEVIDES GADELHA FERNANDO CIRINO GURGEL DANILO OLIVO CARLOTTO REMOR ANTONIO JOSÉ DE MORAES SOUZA ALFREDO FERNANDES JOSÉ NASSER
1º SECRETÁRIO DA CNI	LOURIVAL NOVAES DANTAS
2º SECRETÁRIO DA CNI	JOSÉ CARLOS LYRA DE ANDRADE
1º TESOUREIRO DA CNI	ALEXANDRE HERCULANO COELHO DE SOUZA FURLAN
2º TESOUREIRO DA CNI	PAULO AFONSO FERREIRA
DIRETORES	FERNANDO ANTONIO VAZ JOÃO OLIVEIRA DE ALBUQUERQUE CARLOS SALUSTIANO DE SOUSA COELHO JORGE PARENTE FROTA JÚNIOR JORGE MACHADO MENDES IDALITO DE OLIVEIRA SIVALDO DA SILVA BRITO DAGOBERTO LIMA GODOY OSVALDO MOREIRA DOUAT LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL FILHO CARLOS ANTÔNIO DE BORGES GARCIA FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO ANTONIO FÁBIO RIBEIRO JORGE ALOYSIO WEBER OLAVO MACHADO JÚNIOR JORGE WICKS CÔRTE REAL
CONSELHO FISCAL EFETIVOS	JULIO AUGUSTO MIRANDA FILHO RONALDO DIMAS NOGUEIRA PEREIRA JOSÉ BRÁULIO BASSINI
SUPLENTES	ADALBERTO DE SOUZA FERNANDO FERNANDES DE OLIVEIRA JORGE ANTÔNIO PEREIRA LOPES DE ARAÚJO

NOTA TÉCNICA 2



Confederação Nacional da Indústria

DEFESA DA CONCORRÊNCIA: uma análise dos problemas e sugestões de aperfeiçoamento

Marcelo S. Azevedo

BRASÍLIA

Dezembro de 2004

*O autor agradece os comentários de Renato da Fonseca e José Augusto Coelho Fernandes. Os erros que porventura venham a ser encontrados são de inteira responsabilidade do autor.

© 2004. CNI – Confederação Nacional da Indústria

É autorizada a reprodução total ou parcial desta publicação, desde que citada a fonte

A994d

Azevedo, Marcelo Souza.

Defesa da concorrência : uma análise dos problemas e sugestões de aperfeiçoamento / Marcelo Souza Azevedo. – Brasília : CNI, outubro de 2004.

12 p. : il. – (Nota Técnica CNI, 2)

ISSN 1807-2240

1. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência 2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica 3. Concorrência I. Título.

CDU 330.342.176

CNI – Confederação Nacional da Indústria

Setor Bancário Norte, Quadra 1, Bloco C

Edifício Roberto Simonsen

70040-903-Brasília - DF

Tel.(61) 317-9001

Fax. (61) 317-9994

www.cni.org.br

Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC

Tel.: (61) 317-9989/317-9992

sac@cni.org.br

DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS PROBLEMAS E SUGESTÕES DE PERFEIÇOAMENTO

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem como objetivo promover a eficiência da economia pela repressão e prevenção de condutas anticompetitivas. Não obstante, uma análise de seu funcionamento mostra uma série de deficiências que constituem um obstáculo para a obtenção destes objetivos. De forma a superar esse desafio, serão necessários diversos aperfeiçoamentos, não só na legislação, como também na própria estrutura do Sistema.

O Sistema tem sua eficiência reduzida em razão do excesso de submissões, da duplicação de esforços nas instâncias de análise e de um quadro de pessoal insuficiente e desaparelhado. A ineficiência do Sistema é transmitida às empresas na forma de aumento do custo e da incerteza, tornando-se mais um desestímulo ao investimento.

A priorização da análise de casos relevantes pela eliminação do excesso de submissões e pelo uso mais racional dos recursos do Sistema, eliminando a sobreposição de competências, se faz urgente para solucionar o problema do tempo de análise. Além disso, a criação e retenção de um corpo técnico próprio poderão propiciar consistência e tradição às decisões da autoridade antitruste. Por último, o aperfeiçoamento da jurisdição tem potencial para reduzir incertezas e ampliar a capacidade da autoridade antitruste em sua ação de fiscalizar e coibir abusos de posição dominante.

O SISTEMA BRASILEIRO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA DEVERIA PROMOVER A EFICIÊNCIA DA ECONOMIA

Desde a década de 90, está em curso um longo processo de transformação das instituições econômicas e de redefinição de normas e práticas de controle da atuação dos diferentes agentes na economia do País. Consolida-se o reconhecimento de que um crescimento duradouro e sustentado da economia é dependente não só de bons fundamentos macroeconômicos, mas principalmente de um ambiente microeconômico propício para o desenvolvimento. Ou seja, instituições fortes e ágeis, guiadas por uma legislação moderna, clara, capaz de reduzir custos e incertezas para os envolvidos em todas as atividades produtivas do País.

Uma destas instituições é o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (SBDC). A defesa da concorrência não é um fim em si mesmo, mas um meio de se promover eficiência na economia. A concorrência permite uma espécie de seleção natural, onde são eliminados os menos eficientes. Uma empresa ineficiente, cujos produtos são mais caros ou de menor qualidade, perde mercado para o concorrente. Logo, precisa investir para melhorar seus padrões ou terá que abandonar o mercado. A concorrência faz com que as empresas busquem maior qualidade e o aumento da produtividade na busca da maximização de seus lucros. Dessa forma, acaba por contribuir para uma economia eficiente, na qual não seria possível aumentar a oferta de bens e serviços sem aumentar o uso de insumos utilizados em sua produção ou até mesmo por um rearranjo dos insumos entre os agentes econômicos.

Já a inexistência de concorrência gera “poder de mercado”, seja o exercido por um monopólio, seja o gerado de forma artificial com a formação de cartel ou conluio. A concentração de poder de mercado não gera incentivos para as empresas procurarem aumentar a eficiência produtiva ou a qualidade de seu produto. O exercício de poder de mercado ocorre por meio de práticas como a criação de restrições artificiais para acesso às matérias primas ou para a livre entrada de novas firmas, o acordo de preços ou restrição de oferta, entre outros. São todas práticas que implicam em desperdício de recursos.

Entretanto, o Sistema possui deficiências na estrutura e na legislação, afetando tanto sua ação repressora, ou seja, controle de condutas anticompetitivas, quanto a prevenção, isto é, a análise de Atos de Concentração (fusões, aquisições, *joint-ventures* etc.). Mais grave ainda é que algumas dessas deficiências estão na verdade impondo custos adicionais aos agentes econômicos e gerando incertezas, atuando de forma oposta aos objetivos almejados pela defesa da concorrência.

A DEMORA NA ANÁLISE ANTITRUSTE REDUZ A EFICIÊNCIA DO MECANISMO DE CONTROLE GOVERNAMENTAL

Um dos problemas mais graves do Sistema é o longo tempo de análise de um Ato de Concentração ou de uma conduta anticompetitiva. Atualmente, a análise pode levar anos até ser concluída. Com isso, os custos para as empresas envolvidas são enormes e a eficácia das decisões, reduzida.

CRITÉRIOS DEMASIADAMENTE AMPLOS PARA SUBMISSÃO REPRESENTAM DESPERDÍCIO DE RECURSOS

A lei atual gera um inequívoco excesso de submissões de Atos de Concentração ao Sistema. Mais de 95% dos casos analisados não geram, segundo os órgãos do SBDC, preocupação anticoncorrencial alguma. Poucos são os casos cuja aprovação é condicionada ou negada.

A submissão de Atos de Concentração é obrigatória. Mesmo quando a possibilidade de criação de limites ou restrições à concorrência é nula, a lei exige a apresentação destes Atos caso uma das partes detenha um mínimo de 20% do mercado envolvido ou o grupo econômico envolvido tenha faturamento superior a 400 milhões de reais no exercício precedente à operação. Atos de Concentração ocorridos no exterior que causem efeitos no País também devem ser submetidos segundo este critério.

Dessa forma, recursos que poderiam ser utilizados em um único processo relevante ficam dispersos em dezenas de submissões. Alia-se a isso um quadro de pessoal reduzido e desparelhado das instituições envolvidas. Conseqüentemente, cada técnico do Sistema analisa diversas operações ao mesmo tempo, enquanto em outros países, diversos técnicos fazem a análise de uma única operação mais complexa e que pode chegar a envolver dezenas de mercados relevantes. O resultado é um considerável aumento do tempo de análise.

HÁ DUPLICIDADE DE ESFORÇOS EM DIVERSAS INSTÂNCIAS DE ANÁLISE

São três os órgãos que compõem o SBDC: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligada ao Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), ligada ao Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Os dois primeiros possuem função analítica e investigativa e elaboram pareceres técnicos para subsidiar o CADE, que é o órgão julgante.

Há, ainda, um terceiro parecer técnico, elaborado pela Procuradoria do CADE, bem como a possibilidade de, em alguns casos, o Ministério Público Federal também se manifestar via parecer. É importante salientar que os pareceres técnicos, inclusive do Ministério Público Federal, são somente opinativos, ou seja, não encerra conteúdo decisório ou

vinculante. E em casos que envolvem setores regulados, as agências responsáveis também opinam sobre as operações submetidas ao SBDC¹.

A princípio, na concepção original do Sistema, a SEAE elaboraria um parecer técnico observando os impactos econômicos da operação. A SDE, por sua vez, analisaria os aspectos jurídicos. Por último, a Procuradoria do CADE deveria se ater tão somente às funções de fiscal da Lei, analogamente à atuação do Ministério Público, ou então de prestar assessoria e defender o CADE em juízo, nos termos do que a lei antitruste dispõe.

A prática, no entanto, é muito diferente. Enquanto a análise da SEAE ainda se restringe às consequências da operação sobre a economia, a SDE elabora parecer contendo não só uma análise jurídica, mas também um novo estudo econômico. Ambos utilizam os mesmos critérios para suas análises de concentrações, como exposto no “Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal”, promulgada em portaria conjunta². A Procuradoria do CADE também não se atém apenas às funções previstas, mas igualmente faz um terceiro exame de impactos econômicos, assim como um segundo estudo de aspectos jurídicos. Finalmente, com posse de todas essas informações, o CADE apresenta sua decisão, mas pode, antes disso, refazer toda a análise. A duplicação de esforços torna ainda mais sério o problema causado pelo pequeno quadro de pessoal e o excesso de submissões.

No caso de Atos de Concentração, a SEAE dispõe, por lei, de 30 dias para emitir seu parecer. Após o recebimento do parecer da SEAE, a SDE elabora seu próprio parecer, novamente no prazo de 30 dias. Por último, o CADE deve proferir a decisão em até 60 dias após o recebimento dos pareceres técnicos. Ou seja, uma previsão de análise de 120 dias.

No entanto, o prazo legal é interrompido sempre que algum órgão vislumbre, em bases discricionárias, a necessidade de buscar informações adicionais para a análise do processo, e fica interrompido até que suas necessidades sejam satisfatoriamente atendidas. Com isso, existem operações em análise no Sistema há muitos anos.

Já na análise de condutas anticompetitivas, a situação é, por vezes, ainda mais grave. A SEAE não é obrigada a se manifestar, mas pode ser solicitada a tal, pela SDE ou pelo CADE. No entanto, não há limitação legal do prazo de emissão do parecer. Dessa forma, como o Sistema dispõe de um quadro de pessoas insuficiente, a análise preventiva de Atos de Concentração, sujeita a prazos – ainda que estes possam ser dilatados com o pedido de informações – acaba por ser priorizada, em detrimento da atuação repressora do Sistema, ou seja, do controle de práticas anticompetitivas.

Dessa forma, os escassos recursos do sistema são utilizados na análise de casos que não ensejam preocupação antitruste alguma e de forma duplicada enquanto a faceta repressiva do SBDC é postergada. O resultado: análise de Atos de Concentração nos órgãos do Sistema perdurando por dois, três ou mais anos, assim como perpetuação de condutas potencialmente negativas para os mercados, algumas praticadas há mais de cinco anos, cuja análise ainda não foi concluída.

1 A única exceção a este caso é o setor de Telecomunicações. A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel é o único órgão que realiza análise e emite parecer técnico sobre o caso (substituindo assim, a SEAE e a SDE), enviando o resultado deste procedimento ao CADE para julgamento.

2 Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, de 1º de agosto de 2001.

A NOTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO NÃO É PRÉVIA, REDUZINDO EFICIÊNCIA DAS DECISÕES DO SISTEMA

No Brasil, a notificação à autoridade antitruste não é requisito prévio ao ato corporativo. A legalização da operação, inclusive do ponto de vista societário, pode ocorrer mesmo sem a decisão final do CADE, sendo-lhe facultado, posteriormente, exigir sua extinção, o que já ocorreu. Após anos de funcionamento da nova empresa (seja por *joint-venture*, ou fusão, ou qualquer outro meio societário), essa pode ser obrigada a se desfazer. Mesmo nos casos onde o Ato é aprovado, ao fim da análise uma empresa adquirente pode receber uma companhia muito diferente da que de fato comprou, anos antes.

Em muitos países onde a cultura antitruste é antiga, a apresentação é prévia, ou seja, a conclusão societária da operação só pode ocorrer após uma decisão antitruste favorável. Neste caso, a eficiência das decisões dos órgãos antitruste está preservada. Por outro lado, no Brasil, como os prazos de trâmite de Atos de Concentração no Sistema são tão elevados, é impensável imaginar que pudesse ser igual. No fim, a incerteza é imensa.

MEDIDA AUMENTA A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SISTEMA, MAS PREJUDICA PESADAMENTE AS EMPRESAS PELO LONGO TEMPO DE ANÁLISE

Como forma de contornar o fato de que a legalização de uma operação, no Brasil, não está sujeita à aprovação prévia dos órgãos antitruste, o CADE passou a fazer uso, em casos de maior complexidade, de um dispositivo processual denominado “Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)”.

Este instrumento impede que empresas envolvidas em um Ato de Concentração considerado discricionariamente, *a priori*, como potencialmente danoso à concorrência, tomem determinadas medidas que possam afetar o mercado ou limitar a eficácia de restrições que porventura venham a ser aplicadas pelo CADE para a aprovação do Ato.

Como mencionado, o APRO é utilizado em casos onde, à primeira vista, a operação possa impactar a concorrência de maneira negativa, de modo que, ao fim da análise, o CADE possa julgar necessário a aplicação de medidas comportamentais e/ou estruturais para sua aprovação.

Contudo, como a avaliação antitruste de um Ato de Concentração pode levar anos, o APRO, ao solucionar um problema, causa outro. Isso porque as condições de mercado onde as empresas atuam pode se alterar significativamente ou sofrer choques temporários pela dinâmica da própria concorrência. Nestes casos, as empresas que estiverem vinculadas ao acordo poderão se ver impedidas de reagir, gerando desvantagens em comparação aos seus competidores. E à medida que a análise persiste em tramitação no Sistema, aumenta também o tempo em que as empresas se encontram engessadas e impedidas de agir.

O APRO, assim como a decisão final dos órgãos antitruste, pode conter medidas comportamentais e/ou estruturais. As medidas comportamentais são obrigações de condutas; as empresas são impedidas de tomar certas medidas, como descontinuar uma marca ou partilhar informações comerciais ou marketing, por exemplo. Já as medidas estruturais compreendem o impedimento de realizar desinvestimentos, como a venda de uma fábrica ou máquinas, entre outras medidas que alteram o ativo da empresa. As medidas contidas em um APRO impedem que as companhias possam racionalizar produção e reduzir custos, extraindo sinergias da operação. Ou seja, durante a vigência do acordo são congeladas as eficiências para a economia que o Ato poderia gerar.

Isso é especialmente preocupante em operações mais complexas, que geram maiores concentrações de poder de mercado. Nesses casos, os órgãos antitruste estimam o impacto líquido da operação sobre a economia, ou seja, uma análise custo-benefício. São confrontadas as eficiências decorrentes da operação e a concentração de mercado. Se o efeito líquido for positivo, o Ato é aprovado. No entanto, as medidas contidas em um APRO impedem que as eficiências sejam obtidas e perfeitamente verificadas para o Sistema fazer sua análise, dificultando a aprovação de um Ato que poderia mesmo se tornar benéfico para a economia.

No fim, além de não saber o que pode ser imposto à empresa e quando isso irá efetivamente ocorrer, essas se vêem severamente limitadas a reagir às mudanças do mercado no curso da análise e a gerar eficiências com a operação.

INCERTEZAS E CUSTOS GERADOS PELO SISTEMA DESESTIMULAM O INVESTIMENTO

A decisão de investir é baseada na comparação entre custos e benefícios esperados. Quanto maior a incerteza em relação aos custos e benefícios, maior tende a ser o retorno esperado exigido pelo empreendedor para realizar o investimento. Conseqüentemente, o nível de investimento se reduz. Desse modo, o aumento desse nível passa pela redução dos custos e da incerteza envolvidos. Infelizmente, o SBDC está afetando negativamente ambas as variáveis, desestimulando o investimento.

DECISÕES DO SISTEMA PRECISAM SER CONSISTENTES PARA MINIMIZAR INCERTEZAS

Ainda mais grave do que as possíveis medidas que podem ser impostas às empresas, é não saber em que estas podem consistir ou em que bases são determinadas. Saber quais serão os ativos que devem ser alienados, quais as marcas que poderão ser vendidas, quais são os canais de distribuição que deverão ser compartilhados, quais são as ações passíveis de serem tomadas em um certo mercado – isso tudo é muito importante para as estratégias de negócio das empresas.

Conhecer quais as medidas comportamentais e estruturais que podem ser impostas às empresas é fundamental para que elas façam uma análise de risco e benefício do investimento e que possam agir de acordo com o cenário que se apresentar. A incerteza neste processo aumenta o risco, assim como os benefícios exigidos. O resultado é claro: queda de investimento.

Daí surge uma necessidade fundamental: consistência das sentenças dos órgãos reguladores. A consistência reduz a incerteza. Permite não somente que as empresas façam uma análise de risco mais precisa, mas, principalmente, determina limites claros para a atuação das empresas em um determinado mercado. Com isso, as companhias reconhecem de início os limites da atuação em seus mercados impostos pela legislação de defesa da concorrência.

Recentes acontecimentos fizeram recrudescer antigas pressões para que exista controle direto do Estado sobre decisões polêmicas do CADE. A defesa dos interesses da coletividade frente aos interesses individuais é tarefa que deve ser prerrogativa do Estado, mas para que esta defesa possa ser exercida de forma eficiente e imparcial é preciso que esteja vinculada a critérios capazes de formar uma tradição e consistência nas sentenças. Não é preciso repetir quais são os efeitos negativos que a incerteza oriunda de decisões políticas gera sobre as decisões empresariais.

ARBITRARIEDADES SÃO CONSTANTES NA LEGISLAÇÃO ATUAL, GERANDO INSEGURANÇA

Pela legislação brasileira, as empresas devem submeter o Ato de Concentração ao SBDC em até 15 dias úteis após o “primeiro documento vinculativo”. No caso de atraso na submissão, são impostas multas pecuniárias que são determinadas em um intervalo de 60.000 a 6 milhões de UFIR.

O problema reside no fato que não está muito claro na legislação brasileira o que seria de fato o “primeiro documento vinculativo”. Esse documento pode ser uma carta de intenções, um memorando de entendimentos, um contrato definitivo ou até mesmo, em alguns casos, um acordo de confidencialidade. A análise de vinculação é feita caso a caso e dá margem a um sem número de divergências jurisprudenciais. O entendimento é de que no momento que esse documento é assinado, as relações de concorrência entre as empresas se alteram e que esta modificação deve ser analisada pelo SBDC. Em suma, a legislação não determina de forma precisa quando as empresas deveriam submeter o Ato, ficando isso a critério dos órgãos do SBDC, que se baseia apenas em sua discricionariedade e por vezes ignora a própria jurisprudência, gerando custos e incertezas.

GERAÇÃO DE INFORMAÇÕES PARA O SISTEMA IMPÕE CUSTOS PARA AS EMPRESAS

Na submissão de um Ato de Concentração ao SBDC, as empresas envolvidas se vêem obrigadas a pagar uma taxa fixa de R\$ 45.000,00 independente do porte da operação, para que o Sistema realize sua análise. Mesmo que o Ato não se concretize *a posteriori*, a taxa deverá ser paga e não é passível de reembolso.

Além disso, as empresas envolvidas são obrigadas, por lei, a enviar ao SBDC uma série de informações e documentos. No entanto, muitas vezes as informações prestadas inicialmente não são suficientes, segundo os órgãos, para a elaboração dos pareceres técnicos (no caso da SEAE e SDE) ou para proferir seu voto (no caso do CADE). Com isso, as empresas são requisitadas a prover novas informações, muitas vezes num prazo exíguo, sob pena de multa diária na hipótese de atraso.

O custo para empresa é evidente; recursos que normalmente estariam alocados em seu próprio processo produtivo são mobilizados para atender às demandas do Sistema. Ainda há agravantes. Muitas vezes, a empresa não possui a informação e é obrigada a produzi-la. Como o processo leva às vezes anos para ser analisado, alguns dados podem ser solicitados repetidas vezes ao longo do processo e ser usualmente atualizados. Ainda existem os casos em que o órgão solicita pesquisas de mercado, custosas, que demandam tempo para elaboração.

Assim, além da taxa e despesas processuais, existe também o custo imposto pelo Sistema com a geração de informações, muitas vezes inúteis para as empresas, mas consideradas necessárias para a instrução do parecer. Esse último custo pode, em casos complexos, envolver diversos mercados e produtos, superando às vezes a taxa inicial.

ALGUMAS MEDIDAS JÁ PROCURAM CONTORNAR PROBLEMAS, MAS HÁ MUITO MAIS A SER FEITO

O Sistema está claramente sobrecarregado. Como resultado, há aumento considerável do tempo de análise, incrementando os custos para as empresas e reduzindo a eficácia das decisões do CADE. É fundamental, portanto, que se tomem medidas que visem diminuir o tempo de análise.

Nesse sentido, há que se louvar algumas iniciativas recentes. Primeiramente, uma portaria conjunta SEAE-SDE e uma resolução do CADE instituíram o procedimento sumário de análise, apresentando a possibilidade de que alguns Atos de Concentração sejam analisados de forma menos formal, mediante a elaboração de pareceres técnicos simplificados. Para que um Ato de Concentração seja analisado dessa forma, ele deve obedecer a critérios definidos pelas Secretarias que, se satisfeitos, indicariam que a operação não traria danos à concorrência. O objetivo é o uso mais racional dos escassos recursos do Sistema, a serem mais bem aplicados nas situações que, de fato, possam causar danos à concorrência.

A segunda medida foi a previsão de análise conjunta pelas Secretarias (SEAE e SDE) de casos considerados importantes. Periodicamente as Secretarias vêm se reunindo para discutir estas operações de maior vulto. Isso tende a proporcionar não só uma redução no tempo total de análise, como também maior consistência dos pareceres técnicos destes órgãos.

Outra medida importante foi a definição de regras claras para se estabelecer os valores das multas devidas pela apresentação tardia de Atos de Concentração ao SBDC. Antes desta definição³, não existiam critérios claros e objetivos para o cálculo da multa, resultando em diversos questionamentos no Poder Judiciário. A medida reduziu a incerteza imposta aos agentes, não dando margem a disparidades jurisprudenciais.

Por fim, pode-se perceber uma redução da ênfase em políticas de desempenho. É muito importante que o Governo perceba que não pode ceder à tentação de emular políticas de controle de preços como resposta a suposto “aumento arbitrário de lucros ou preços”. Esse tipo de política esbarra em dificuldades jurídicas e econômicas de conceituação, prova clara do caráter complexo desses termos, resultando assim em soluções arbitrárias, de prática contestável. Sua caracterização é inadequada em mercados heterogêneos, onde a concorrência se dá em outros atributos do produto que não o preço. Além disso, há mercados de inovação constante, onde *mark-ups* elevados são apenas uma justa e clara compensação de se alocar investimentos em P&D em um país com pouco crédito disponível. Por último, tal política necessita de acompanhamento constante, impondo ainda mais custos para um sistema já deficitário de recursos.

Embora tais iniciativas estejam no caminho correto, a divisão do processo em diversas instâncias ainda persiste, sobretudo para casos “menos importantes”, assim como o desperdício de recursos públicos com a duplicidade de esforços. Mais ainda, essas medidas não chegam a abordar outros grandes problemas, como os custos impostos durante a análise pelo Sistema e as incertezas corporativas que são geradas.

RACIONALIZAÇÃO DOS RECURSOS EXISTENTES E APRIMORAMENTO DA LEGISLAÇÃO SÃO FUNDAMENTAIS PARA O SISTEMA

Medidas que visem à redução do tempo de análise são críticas para o Sistema. Para isso, é necessário proceder a uma revisão dos procedimentos de análise para que não ocorra duplicação de esforços pela sobreposição de competências e o desperdício de recursos públicos e privados. Também é urgente a necessidade de se alterar os próprios critérios de submissão para evitar o excesso de processos que não representam ameaça à concorrência.

3 Resolução CADE nº 36, de 19 de maio de 2004

Apenas com a redução do tempo de análise se poderá instituir a apresentação prévia. Com isso o Sistema poderá atuar com maior eficiência e celeridade, reduzindo significativamente os danos causados por uma concentração ou conduta anticompetitiva ou no momento de sua correção. Isso trará também maior previsibilidade para as empresas envolvidas e aumentará os incentivos para que elas atuem de forma mais pró-ativa junto à autoridade antitruste.

Um plano de carreira capaz de atrair e reter capital humano qualificado é fundamental. Também são necessários o fortalecimento e a reformulação do Sistema para garantir sua independência de interferências políticas. É necessário enfatizar a competência técnica sobre o segmento político, favorecendo a formação de um corpo técnico especializado que trará tradição e consistência em suas decisões, reduzindo incertezas.

Com tais medidas, a autoridade antitruste poderá atuar de forma mais eficiente como órgão responsável pela recepção de denúncias de crimes contra a ordem econômica, monitoramento de mercado e investigação de condutas anticoncorrenciais, além da prevenção pelo controle de Atos de Concentração. O Sistema poderá até intensificar sua atuação no setor bancário, mesmo em casos que envolvam risco sistêmico.

A criação de uma Agência de Defesa de Concorrência pode tornar estes objetivos mais simples de serem alcançados; no entanto, sua criação, por si só, é inócua se não for acompanhada destes princípios.

É necessário ainda alterar a legislação para que ela não inclua mais nenhuma controvérsia ou discricionariedade. O Governo precisa se livrar definitivamente do vício da regulação de preços pela extinção de figuras como “aumento abusivo de preços e lucros”. É importante também incluir na legislação a proibição de vantagem competitiva ou posição dominante como consequência, direta ou indireta, da violação de leis tributárias, alfandegárias, previdenciárias ou integrantes do sistema de seguridade social. Dessa forma, práticas como o contrabando e a sonegação, que conferem vantagens ilícitas e artificiais sobre a concorrência, serão contempladas pela lei antitruste.

Confederação Nacional da Indústria - CNI

Diretoria Executiva - DIREX

Diretor Executivo: José Augusto Coelho Fernandes

Diretoria de Operações – DIOP

Diretor: Marco Antonio Reis Guarita

Unidade de Pesquisa, Avaliação e Desenvolvimento

Coordenador: Renato da Fonseca

Superintendência Corporativa – SUCORP

Unidade de Comunicação Social – UNICOM

Editoração: Sueli Santos

Superintendência de Serviços Compartilhados – SSC

Área Compartilhada de Informação e Documentação – ACIND

Normalização: Fernando Ouriques de Vasconcelos Junior