

QUATRO ANOS À FRENTE DO CADE*

*Elizabeth M. M. Q. Farina***

Introdução

O presente artigo faz um balanço do desenvolvimento institucional do CADE nos últimos anos e traz à discussão a importância da gestão dos órgãos de defesa da concorrência para que os objetivos pretendidos por nossa legislação e pela Constituição brasileira sejam alcançados.

Pode-se dizer que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou por quatro etapas distintas de desenvolvimento, marcadas pelos anos de 1962, 1990, 1994 e 2003. Desde a criação do CADE em 1962 até o final dos anos 80 não havia qualquer espaço para uma política antitruste no Brasil. Pelo contrário, esse período foi caracterizado pela implantação, amadurecimento e crise de uma política de desenvolvimento fortemente baseada na intervenção do Estado nos mercados, política industrial clássica, com barreiras tarifárias e não-tarifárias às importações e controles de preços. De 1962 a 1990 registram-se 117 processos administrativos e 16 condenações pelo CADE (Farina, Política antitruste: a experiência brasileira, Anais do Encontro Anual da ANPEC, 1990). Embora essa seja uma atuação pífia, é perfeitamente consistente com o ambiente institucional e econômico da época.

Somente no final dos anos 80 inicia-se a liberalização da economia brasileira, com a eliminação de barreiras não-tarifárias às importações, a redução das tarifas médias e, posteriormente, a liberalização de preços e desregulamentação setorial, ainda no início dos anos 90.

* Este artigo foi escrito com base na apresentação que fiz na OAB-SP em junho de 2008, a convite do Dr. Pedro Zanotta, presidente da Comissão da Concorrência e Regulação Econômica. Nessa oportunidade apresentei um balanço dos quatro anos como Presidente do CADE, indicando os desafios que poderiam ser vislumbrados à luz dessa experiência. O artigo retoma e amplia o artigo publicado no *CADE Informa* n. 17 de 18 de agosto de 2008 (www.cade.gov.br/news/n017).

** Professora Titular do Departamento de Economia da FEA-USP. Foi Presidente do CADE de agosto de 2004 a julho de 2008.

Em dezembro de 1990 é promulgada a Lei 8.137/90, que define *crimes* contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. As condutas anticompetitivas passam a ser puníveis tanto no âmbito administrativo (Lei 4.137/62) quanto no penal, com pena de reclusão ou multa, ou detenção ou multa. Nesta época a Lei 8.137/90 representou muito mais um instrumento coadjuvante na implementação das políticas de controle de inflação e abastecimento do que um mecanismo eficaz de defesa da concorrência. Basta atentar para os tipos definidos pela lei, para os quais são previstas penas de detenção em vez de reclusão: vender acima do preço de tabelamento; exigir qualquer vantagem sobre o preço de tabelamento etc. (art. 5.º, art. 6.º). Para os cartéis, conduta mais perniciosa ao interesse coletivo, a lei prevê pena de reclusão ou multa (art. 4.º, II), em vez de detenção ou multa.

A severidade das sanções previstas não foi suficiente para que a política antitruste passasse a ser efetiva. No entanto, outras mudanças institucionais em curso criariam, progressivamente, as condições para que essa situação fosse alterada. O movimento de privatizações das empresas estatais e a desregulamentação dos anos 90 fazem parte dessa mudança institucional que criou o ambiente para a aprovação da Lei 8.884/94, inaugurando uma nova etapa do desenvolvimento da política de defesa da concorrência no Brasil. Elemento crucial nessas condições foi a estabilização dos preços. O sucesso do Plano Real trouxe de volta o preço como elemento fundamental da concorrência. Seria possível, a partir de então, comparar preços entre produtos concorrentes e saber o que havia acontecido desde a última compra, o que era impossível com taxas de 80% de inflação ao mês!

A Lei 8.884/94 ampliou os limites de atuação do CADE, incluindo o controle de atos de concentração, e deu-lhe maior autonomia, além de mecanismos para fazer cumprir suas decisões.

Desde então, algumas reformas pontuais, mas de muita relevância, foram promovidas na legislação, destacadamente em 2000, com a Lei 10.149, que alterou uma série de dispositivos da Lei 8.884/94 e dotou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de instrumentos de investigação necessários para o combate a condutas infrativas, em especial os cartéis, ao criar o acordo de leniência. Até 2003, entretanto, a atuação do SBDC ficou fortemente focada na análise de atos de concentração. Os processos administrativos e averiguações preliminares não alcançavam mais do que 5% do número de julgados. A partir de 2003 a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) adotou uma estratégia deliberada de dar

prioridade ao combate a condutas anticompetitivas, e entre 2005 e 2008 aquele percentual atingiu 20% dos processos distribuídos no CADE.

Em 2007 a Lei 11.482 autorizou o CADE a celebrar acordos com representados em processos administrativos por formação de cartel, além de outras infrações que já contavam com tal dispositivo, o que era expressamente vedado pela Lei 10.149. Como se verá a seguir, essa mudança deu ensejo a um importante debate sobre priorização das atividades do Sistema de Defesa da Concorrência.

Além das mudanças legais, as autoridades do SBDC empenharam-se, durante o período em análise, na modernização administrativa e processual de seus órgãos, dentro dos limites impostos pela adoção de medidas infralegais. Foi criado e adotado o “rito sumário” na análise de atos de concentração. Entre 2005 e 2008, aproximadamente 75% dos atos de concentração foram analisados por este procedimento mais ágil, economizando os escassos recursos públicos, sem deixar de lado o zelo pelo interesse coletivo envolvido em cada caso e abrindo espaço para análises mais céleres e cuidadosas dos atos de concentração complexos e das condutas.

Outras tantas medidas foram tomadas a fim de fazer o Sistema evoluir: a criação da figura da súmula, a alteração do filtro para notificação obrigatória de atos de concentração, restringindo o faturamento das empresas envolvidas na operação ao Brasil; a edição de um novo regimento interno para o CADE; a reforma da secretaria processual; e, no âmbito mais geral do SBDC, a criação de uma coordenação especializada em fraudes em licitações públicas dentro do Departamento de Defesa e Proteção Econômica (DPDE/SDE).

No entanto, as mudanças infralegais e outros arranjos de ordem administrativa só poderão ser preservados com base em um novo marco legal para a defesa da concorrência no Brasil, o que não só poderá conferir maior segurança jurídica aos administrados, mas também aumentará o poder dissuasório da autoridade antitruste. O Projeto de Lei, enviado ao Legislativo em 2005, foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em 2007. O Projeto foi aprovado pela Comissão Especial da Câmara em 2008, e até o momento em que o presente artigo foi escrito aguardava aprovação do Plenário.

Dentre as principais mudanças incluídas no Projeto estão a instituição da análise prévia dos atos de concentração, prática adotada em quase todos os países nos quais existe o controle obrigatório dos atos de concentração; e a unificação em apenas um órgão das diversas estruturas que hoje compõem

o SBDC, o que dará mais agilidade ao andamento dos processos administrativos e dos atos de concentração e evitará redundâncias, aumentando a eficiência do sistema.

Enquanto aguardava a promulgação da nova lei, o CADE deu seguimento a ações que visam ao seu fortalecimento institucional. No âmbito internacional, destaca-se o crescimento da participação do Conselho em fóruns e encontros promovidos por organizações como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a International Competition Network (ICN). O SBDC conseguiu manter sua posição de observador no comitê de concorrência da OCDE e passou a integrar o “*Steering Group*” (o equivalente aos membros de uma diretoria) da ICN. Internamente, investiu-se no fortalecimento da comunicação, resultando no lançamento de informativos periódicos e nos esforços para facilitar o acesso do público às informações produzidas pelo Conselho.

Finalmente, o trabalho da Procuradoria do CADE foi essencial para garantir o cumprimento das decisões do Plenário. Haja vista o amplo direito de recurso à Justiça, previsto na Constituição Federal, freqüentemente as decisões do Conselho são levadas ao Judiciário. Porém, com o desenvolvimento de um corpo técnico cada vez mais capacitado na área da concorrência, temos melhorado a probabilidade de manutenção das decisões do órgão. Na medida em que as discussões chegam aos tribunais superiores, vai se formando uma jurisprudência extremamente favorável à defesa da concorrência no Brasil.

Mais do que um balanço dos meus quatro anos à frente do CADE, o presente artigo tem como objetivo fazer uma reflexão sobre a eficácia da política de defesa da concorrência no Brasil, do que ela depende, como pode ser preservada e ampliada. Com esse objetivo, o artigo está organizado em três seções, que se seguem a essa introdução histórica: a primeira discute a escolha de objetivos do Conselho, a segunda analisa os condicionantes internos e externos da atuação do CADE e a terceira traz conclusões sobre a efetividade da atuação da autoridade de defesa da concorrência.

1. Em busca da eficiência e eficácia

Objetivos

A busca da eficácia das decisões é objetivo permanente de qualquer autoridade de defesa da concorrência. As decisões, para que sejam eficazes,

devem ser implementadas no devido tempo e produzir os resultados esperados sobre o funcionamento do mercado.

A Lei 8.884/94 estabeleceu, em seu artigo 7.º, que o CADE deverá zelar pela observância dessa lei, cuja finalidade é 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. A eficácia da atuação do Conselho, portanto, somente será alcançada se houver a cessação das condutas anticompetitivas, se o histórico do cumprimento das decisões for capaz de dissuadir novas condutas e se, como resultado, a competição no mercado estiver baseada na eficiência estática (melhor uso e controle dos recursos) e dinâmica (inovação).

A cessação e a dissuasão das condutas infrativas dependem, dentre outros fatores, da implementação das decisões do Conselho: pagamento das multas e cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Se tais obrigações forem postergadas ou contornadas, não se produzirão os incentivos para que tomadores de decisão obedeçam à Lei.¹

Em 2004 havia um diagnóstico bastante consolidado no âmbito da comunidade antitruste nacional e internacional² de que, no Brasil, (i) as análises de atos de concentração eram muito lentas, (ii) um número exacerbado de operações era analisado, (iii) não se dava a devida prioridade ao combate a condutas infrativas, (iv) as decisões não eram implementadas, (v) as multas não eram pagas e, portanto, (vi) a atuação do SBDC não era eficaz. Estava claro também que havia uma enorme redundância na atuação da SEAE, da SDE e do CADE, resultando em baixa eficiência na atuação do Sistema.

Para mudar esse quadro, alguns objetivos deveriam ser alcançados: aumentar a celeridade das decisões, reduzir o número de operações analisadas em profundidade, melhorar a capacidade de fazer cumprir as decisões

¹ A exemplo de outras formas de infração, condenar e punir é insuficiente para evitar a conduta ilegal. Vários estudos econômicos sobre crime mostram esse resultado (Ângela Dills, Jeffrey Miron e Garret Summers, *What do economists know about crime*, 2008; v. opinião de Eliana Cardoso, “Morno desespero”, *O Estado de S. Paulo*, 10 de novembro de 2008:A2). No entanto, pode-se dizer que a detecção e punição são condições necessárias, ainda que não suficientes, para dissuadir o abuso do poder econômico, mesmo na sua forma mais restrita, definida na Lei 8.884/94.

² Peer Review do Brasil, elaborado pela OCDE em 2000 (www.cade.gov.br/institucional/internacional).

mais rapidamente, o que significava evitar a concessão de liminares que suspendessem decisões do CADE e obter a confirmação das mesmas decisões.

2. As restrições institucionais e orçamentárias à atuação do CADE

Condicionantes externos ao desempenho do CADE – o ambiente empresarial e institucional

O ambiente empresarial da segunda metade dos anos 90 em diante é marcado pela estabilização monetária, câmbio flutuante, privatizações, início da operação das Agências Reguladoras e rápido crescimento do investimento estrangeiro. Trata-se de um período de aprofundamento e consolidação de um ambiente muito mais competitivo, seja em relação a importações, seja em relação ao próprio mercado interno, acelerando as mudanças iniciadas no começo da década. A segunda metade da década de 2000 traz mais uma novidade no ambiente competitivo brasileiro: a internacionalização de empresas nacionais, que de exportadoras de produtos passaram a investidoras em atividades produtivas em outros países. Nesse ambiente de rápidas transformações verifica-se um crescimento intenso de fusões, aquisições, desmembramentos e os mais variados tipos de acordo (*joint ventures*). É com esse tipo de agente econômico, muito mais integrado aos mercados externos, que o CADE passou a ter que atuar no sentido de reprimir e dissuadir condutas anticompetitivas.

Em 20 de julho de 2008 Celso Ming externou seu ceticismo com relação à efetividade das políticas de defesa da concorrência, em virtude da globalização das estratégias empresariais. “Por todo o mundo, as grandes empresas se atiram a frenéticos processos de fusão e incorporação de negócios. A concentração é cada vez maior e, no entanto, os organismos de defesa da concorrência não conseguem atuar fora de seus limites paroquiais. São eficientes para punir o oligopólio de padarias em determinadas comunas, mas são incapazes de impedir megafusões de cervejarias ou de empresas de mineração... O problema é que a presença do Estado está quase inteiramente circunscrita às fronteiras nacionais. À medida que se globalizam, os mercados escapam às regulações e avançam para a autofagia, deixando no caminho um rastro de vítimas” (Celso Ming, “Mãos visíveis e invisíveis”, *O Estado de S. Paulo*, domingo, 20 de julho de 2008).

De fato, seja no controle de atos de concentração, seja no controle de condutas, a globalização das empresas e dos mercados traz desafios não desprezíveis para a política de defesa da concorrência, exigindo crescen-

te coordenação entre as autoridades antitruste no mundo. Essa coordenação não tem, contudo, o objetivo de definir a estrutura ótima dos mercados mundiais, mas sim de dissuadir empresários globalizados de utilizarem suas bases transfronteiras para eliminar ou arrefecer a concorrência em espaços mundiais, nacionais ou locais. Atuando em diferentes países, empresas e grupos econômicos transnacionais podem arbitrar não apenas os preços das mercadorias e serviços que comercializam, mas também o ambiente institucional que regula cada um dos espaços nacionais em que operam.

É essa uma das principais razões pelas quais se torna cada vez mais importante a participação do CADE e dos órgãos de instrução do SBDC em fóruns e redes internacionais tais como a OCDE, ICN (International Competition Network) e UNCTAD, visando à cooperação em investigações e instrução de processos, trocas de conhecimento e busca de harmonização e convergência na atuação das autoridades, respeitadas as especificidades institucionais de cada país. Se, por um lado, essa articulação evita a “arbitragem institucional” no tocante a condutas anticompetitivas, aumentando a eficácia da política, de outro reduz o custo das operações para os administrados, aumentando a eficiência do sistema como um todo.

As redes internacionais também são fundamentais para o processo de aprendizado a menor custo, já que permitem conhecer a experiência de outras jurisdições no trato de problemas que são comuns a todos os países.

Foi com o objetivo de melhorar a eficácia e eficiência de atuação do CADE que a participação ativa nos fóruns internacionais foi incluída no conjunto de objetivos e metas abraçado pelo Conselho desde 2004 e renovado a cada uma das alterações da composição do CADE. Quatro anos depois, posso atestar que valeu a pena, especialmente porque hoje o Brasil é respeitado e visto como parceiro no combate a práticas anticompetitivas em âmbito internacional e como uma jurisdição que atua nos padrões de seus congêneres internacionais mais experientes (Farina, *Efetividade na defesa da concorrência: principal objetivo e maior desafio da gestão 2004-2008, Cade Informa*).

Do ponto de vista institucional, o período em análise foi marcado pela divulgação da agenda de reformas microeconômicas pelo Governo Federal, que incluiu o fortalecimento da defesa da concorrência, visando construir as bases para o crescimento de longo prazo (www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/reformasinstitucionais/estudos/Texto_VersaoFinal5.pdf). São mudanças favoráveis para o CADE e o SBDC e que impulsionaram a elaboração do Projeto de Lei para a reforma do Sistema, que foi enviado para a Câmara

em setembro de 2005, depois de quase dez anos de debate dentro da comunidade antitruste e órgãos de governo. Incontáveis horas de discussão entre os órgãos do SBDC, a Casa Civil e integrantes do MF e MJ foram despendidas nesse Projeto. No entanto, o segundo mandato do Presidente Lula viria alterar as lideranças nos ministérios, e o esforço para que o Projeto fosse à frente claramente minguou. Uma nova esperança surgiu com a inclusão do Projeto de Lei no Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), no capítulo sobre melhoria do ambiente de negócios. Mas o máximo que se conseguiu foi a sua aprovação na Comissão Especial da Câmara.

As maiores resistências ao Projeto viriam do empresariado, que teme a implantação da análise prévia dos atos de concentração, alegando que esta poderia representar um ônus adicional ao “custo Brasil”, dificultando ainda mais a vida das empresas brasileiras. Uma segunda reação negativa do empresariado tinha como foco as condições impostas pelo Projeto para celebração de acordos em casos de cartel. O interessante é que, nesse caso, dois grupos se destacavam no debate: o primeiro pressionava pela manutenção da exigência de que o proponente do acordo reconhecesse sua participação na conduta ilícita para que a celebração do acordo ocorresse; o segundo pugnavam para que essa condição fosse eliminada.³ O empenho do empresariado nessa alteração é um reconhecimento implícito de que, finalmente, o SBDC passou a ser temido por sua política deliberada de combate aos cartéis.

Um segundo aspecto a ser anotado no ambiente institucional que condiciona a busca da eficácia das ações do CADE viria do Poder Judiciário. O Judiciário brasileiro trazia uma enorme desconfiança em relação à atuação de órgãos governamentais, cujas bases remontavam ao período da ditadura e aos vários planos de estabilização econômica implantados, sem sucesso, e que reiteradamente agrediam os direitos dos cidadãos e das empresas. Essa desconfiança muitas vezes influenciou na concessão de liminares que suspendiam decisões ou mesmo a tramitação dos processos no CADE. Certa vez, conversando informalmente com um Juiz, ele candidamente confirmou que havia concedido uma medida liminar suspendendo a tramitação de um processo no CADE porque “o que o governo quer é sempre controlar a infla-

³ Para ser aprovado na Comissão Especial, foi alterado o texto do Projeto que exigia reconhecimento da participação no cartel para que fosse celebrado um acordo, mantendo a redação da Lei 11.482. Hoje, uma resolução do CADE exige o reconhecimento para acordos em casos de cartel baseados em informações trazidas por acordos de leniência.

ção, mesmo quando diz que o objetivo é a defesa da concorrência, às custas de empresas líderes no Brasil”.

Portanto, se de um lado caminhava-se para um ambiente institucional que se coadunava com uma política vigorosa de defesa da concorrência, de outro seria necessário superar barreiras, também institucionais, para fazer valer as decisões do órgão e para modernizar o SBDC, visando a sua eficácia e eficiência.

Condicionantes internos do desempenho do CADE – a restrição orçamentária

Como qualquer outra organização, o CADE opera sob restrição de recursos financeiros, humanos e tecnológicos na busca de seus objetivos. No curto prazo os recursos estão limitados pelo montante do orçamento aprovado pelo Congresso, mesmo em relação à receita própria do órgão, proveniente, basicamente, da taxa para notificação de atos de concentração. Portanto, a eficiência no uso dos recursos disponíveis é essencial para alcançar os objetivos propostos.

Tabela 1
Orçamentos CADE 2004-2008

Ano	Proposto	Aprovado*	Executado
2004	18.840.503,00	11.047.182,00	7.749.187,00
2005	11.673.741,00	14.905.018,00***	9.418.942,00
2006	10.392.108,00	13.566.791,00***	9.085.110,00
2007	10.393.647,00	10.499.597,00	9.925.723,00
2008	12.848.502,00	12.619.641,00	7.052.253,97**

Fonte: Relatórios de Gestão (www.cade.gov.br)

* O orçamento aprovado ainda depende de liberação para ser executado. Muitas vezes essa liberação é feita em dezembro, quando já não há tempo hábil para fazer o empenho dos pagamentos, comprometendo a execução do orçamento.

** Até julho de 2008.

***Até julho de 2006 o CADE pagou os servidores concursados temporários na rubrica de custeio, embora o pagamento de servidores devesse ficar fora dessa rubrica. Com isso, todas as outras despesas de custeio, incluindo capacitação, tiveram que ser remanejadas.

Na qualidade de autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, a disponibilidade e uso dos recursos dependem do Orçamento do Governo Federal e do programa de uso dos recursos do Ministério da Justiça, responsável pela distribuição das verbas entre seus órgãos constituintes, incluindo Autarquias como o CADE.

Os recursos financeiros para pagamento dos servidores são provenientes do orçamento federal, e a lotação do corpo técnico na autarquia depende do Ministério do Planejamento. Nestas condições a real disponibilidade de recursos depende da interação e articulação com vários órgãos do Executivo. Esse desenho institucional não difere de muitos outros países, e a alocação de recursos para o órgão de defesa da concorrência pode ser utilizada como um indicador da importância atribuída pelo Governo à política antitruste.^{4,5}

A – Os recursos humanos

Na história recente do CADE podem-se identificar três fases muito distintas no tocante ao seu corpo técnico. A primeira, que se estende até junho de 2004, é a mais precária. O CADE dependia basicamente de alguns poucos cargos para funcionários comissionados e de pessoal terceirizado que não poderia trabalhar na atividade-fim. Os Presidentes Gesner Oliveira e Grandino Rodas, e os Conselhos por eles presididos, enfrentaram, por vários anos, essa situação precária.

A segunda fase foi caracterizada pela presença de 28 servidores concursados temporários, o que melhorou substancialmente a capacidade de trabalho do órgão. No entanto, foram levantadas dúvidas sobre a constitucionalidade dessa contratação.

⁴ Sobre dotação e alocação de recursos de agências de defesa da concorrência v. ICN, *Agency Effectiveness Project Report*, apresentado em Kyoto, 2008. Alguns órgãos dependem exclusivamente do orçamento governamental, uma vez que não dispõem de qualquer receita própria, tais como Chile, DG COMP, Japão e Turquia. A maior parte tem que ter seu orçamento aprovado pelo Congresso (http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/CPI/CPI_WG_1.pdf).

⁵ É conhecido o fato de que no governo Reagan a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano viu seu corpo técnico ser reduzido em quase dois terços. Havia, na época, uma interpretação dentro do Governo Reagan de que a política antitruste deveria ser minimalista.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por seis votos a cinco, pela constitucionalidade da Lei 10.843/2004, que permitiu a contratação por tempo determinado de 30 técnicos para atuar no CADE. A decisão tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de autoria do PFL, baseou-se na comprovada necessidade de contratação urgente dos técnicos de forma a atender a interesse público excepcional. A contratação não poderia, entretanto, ultrapassar a dois anos, ou seja, 31 de dezembro de 2005. Apesar dessa determinação, o prazo foi postergado para junho de 2006, quando estariam prontos para assumir os gestores concursados, que passariam por treinamento até o final de junho. A vinda de gestores para o SBDC resultou de um acordo do Sistema com o Ministério do Planejamento e Casa Civil, embora o SBDC pugnassem por uma carreira própria, prevista na Lei 8.884/94.

Destaca-se nesse episódio a necessária interação do Presidente do CADE com o Executivo, Legislativo e o Judiciário para obter os recursos imprescindíveis para cumprir sua competência legal.⁶ O apoio dos Conselheiros foi fundamental nesse período. Não havia voz dissonante no Plenário quanto às ações que deveriam ser seguidas. O SBDC contava, ainda, com as duas avaliações da OCDE sobre seu desempenho nos períodos 1995-2000 e 2000-2005. As recomendações tiveram a força de um avaliador externo, com larga experiência na matéria, sem qualquer comprometimento político no cenário brasileiro. A precariedade da estrutura de funcionários foi levantada nessa análise e ajudou a reforçar os argumentos do Sistema.

Somente na terceira fase, iniciada em agosto de 2006, é que o CADE passou a contar com técnicos servidores de carreira. Pela primeira vez na história do antitruste brasileiro abria-se a possibilidade de criar uma cultura organizacional que preservasse a memória do órgão e desse estabilidade à sua atuação.

⁶ Nessa oportunidade a Procuradora-Geral do CADE, Maria Paula Dallari, e a Presidente do CADE foram recebidas pelo Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, com o objetivo de apresentar as razões da urgência e relevância da preservação dos funcionários temporários. Foram-lhe apresentados números referentes à evolução da quantidade de processos distribuídos e julgados, a urgência de melhorar a celeridade das decisões, a precariedade dos recursos humanos disponíveis e os objetivos estabelecidos pela nova composição do Conselho. As mesmas razões e informações quantitativas foram utilizadas para embasar a sustentação oral do Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado Geral da União, que prontamente ouviu a Presidente do CADE e defendeu perante o STF a manutenção dos servidores concursados temporários.

A Federal Trade Commission norte-americana tem regras muito semelhantes às do Brasil para indicação e substituição dos Conselheiros. A grande diferença está na permanência de boa parte de seu pessoal técnico que transmite conhecimento, valores e práticas aos que chegam e trazem novas idéias e visões.⁷

Somente a partir desse momento seria possível utilizar recursos de custeio na capacitação desses servidores, o que foi feito, aumentando substancialmente a parte do orçamento destinada a tal finalidade. Em 2005 menos de 10% do orçamento executado destinou-se à capacitação do corpo técnico e administrativo. Em 2007 o orçamento executado foi de 20%, mais do que dobrando o investimento nessa rubrica. Em 2008 previsão semelhante foi mantida.

O programa de capacitação para o corpo técnico incluiu curso de pós-graduação *lato sensu* e treinamentos em fóruns internacionais, em especial nas oficinas da ICN de análises de atos de concentração e cartel, e nos programas do USFTC e USDOJ. Também o corpo administrativo passou por capacitação com vários cursos sobre orçamento e gestão.

Tais programas fizeram parte de um projeto de treinamento na área de concorrência, formação de redes e de retenção de recursos humanos, cujo objetivo mais amplo seria o da melhoria da qualidade dos recursos humanos disponíveis. Mais uma vez, o apoio dos Conselheiros seria fundamental para liberação dos gestores e incentivo à participação. Também a Procuradoria do CADE foi incorporada nesse programa de capacitação, com pleno apoio do Procurador-Geral, que colaborou diretamente com a coordenação do curso de treinamento *in house*.

Em julho de 2008 o CADE contava com 25 gestores e 13 servidores comissionados, na sua grande maioria com formação jurídica, mas também alguns poucos economistas, engenheiros, dentre outros.

⁷ V. Muris, J. Timothy, How history can inform practice in *Modern US competition policy*, FTC, 2004, SSRN ID545184. Muris sustenta nesse artigo que a atuação da USFTC não é modificada pelas alterações partidárias no governo norte-americano. O USFTC é formado por cinco conselheiros, sendo três indicados pelo partido majoritário e outros dois pelos outros partidos. No entanto, segundo Muris, uma análise da história das decisões do USFTC não mostra influência política nas decisões do órgão, dentre outras razões, pela estabilidade de seu corpo técnico. Posição contrária a essa é defendida por Crandall, R.W. & Winston, C., Does antitrust policy improve consumer welfare? *Assessing the evidence*, *JEP*, v. 17, n. 4, 2003: 3-26.

B – Os recursos materiais

No período sob análise (agosto de 2004 – agosto de 2008) duas fases encontram-se bem marcadas. A primeira, que vai até 2006, com forte contenção de gastos do Governo Federal, durante a qual boa parte dos recursos do CADE foi contingenciada, incluindo não somente sua receita própria proveniente das taxas para notificação de atos de concentração, como também os recursos de projeto financiado pelo Banco Mundial, além daqueles provenientes do orçamento da União.

A segunda fase inclui 2007 e 2008. Nesse período os recursos de um convênio com o Banco Mundial foram fundamentais para concretizar metas de informatização dos procedimentos do órgão e treinamento do corpo técnico. Esse projeto havia sido concebido e proposto pelo Conselho presidido pelo Professor Grandino Rodas, sob a liderança do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira e pela então Procuradora-Geral do CADE Maria Paula Dallari.⁸

O projeto de informatização do CADE reduziu a utilização de materiais, melhorou a comunicação interna, o acesso a documentos e a transparência. Esse é um processo de longo prazo que deve ser permanentemente renovado. A maior dificuldade da informatização decorre da condição indispensável de padronização de procedimentos e rotinas. Dentre outros objetivos, a revisão do Regimento do CADE e a definição de procedimentos administrativos por meio de instrução normativa pretenderam viabilizar para tal processo.⁹

⁸ Programa de Apoio à Agenda de Crescimento Econômico Equitativo e Sustentável – PACE, cujo contrato de empréstimo no valor total de US\$ 12 milhões foi assinado em outubro de 2005, e no âmbito do CADE iniciou a sua execução no exercício de 2007. O objetivo geral do PACE é o de promover a produtividade total dos fatores na economia brasileira, com ações concentradas nas áreas de logística, melhoria do clima de negócios, de melhoria do sistema financeiro e de promoção da inovação e o fortalecimento da defesa da concorrência, com a modernização processual do CADE, órgão julgador do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (<https://www.fazenda.gov.br/spe/pace/site/pace>).

⁹ Instrução Normativa 01, de 24 de julho de 2008. Apesar de editada apenas em 2008, esse conjunto de procedimentos já vinha sendo progressivamente discutido e adotado no CADE. A Instrução Normativa seria necessária para preservar esse conhecimento codificado para que os novos integrantes do Conselho pudessem começar de um conjunto estabelecido de procedimentos, ainda que fossem alterados posteriormente.

O processo de informatização exigiu um importante investimento em capital fixo na área de equipamentos para informática, software e segurança, que foi financiado pelo aporte de recursos do convênio com o Banco Mundial.

C – Recursos intangíveis

A eficácia da autoridade antitruste, especialmente no tocante à dissuasão das condutas ilegais, depende da reputação do órgão em fazer cumprir a lei.

Reputação é um valiosíssimo recurso intangível que exige esforço, obstinação e uma boa dose de paciência para ser construído. No caso de uma autoridade de concorrência jovem, como a brasileira, cujo processo de construção e consolidação de reputação institucional ainda está em curso, é imprescindível investir no relacionamento com os demais atores que formam a comunidade antitruste para conseguir firmar a reputação de eficácia da política de defesa da concorrência, em especial o Judiciário e o Ministério Público.

No curto prazo, portanto, esse importante recurso intangível está em construção, absorvendo recursos humanos e materiais em vez de compor o espaço orçamentário do SBDC.

Estratégia 1: priorização e melhor uso dos recursos

Se compararmos o orçamento anual do CADE, no período analisado, com o orçamento do USFTC, fica evidente a severa restrição orçamentária sob a qual o CADE e o SBDC atuam. O USFTC contou com orçamento anual de cerca de US\$ 180 milhões entre 2003 e 2004, enquanto o SBDC operou com menos de US\$ 15 milhões! São 70 PhDs em Economia e mais de mil funcionários contra um staff que não passa de 180 técnicos incluindo servidores e comissionados, considerando SDE, SEAE e CADE conjuntamente.¹⁰

¹⁰ A Turquia conta com mais de US\$ 60 milhões de orçamento e mais de 300 técnicos, com um PIB bem menor do que o brasileiro. O Canadá, que tem PIB semelhante ao do Brasil, conta com um orçamento de cerca de US\$ 44 milhões e quase 400 técnicos (Mr. Phan Duc Que, Towards An Effective Competition Authority In Vietnam. www.jftc.go.jp/eacpf/05/APECTrainingProgramDecember2004/Que_EffectiveVietnam.pdf).

Não há a menor dúvida de que é necessário definir quais são as prioridades para aplicação desses recursos entre os três cursos clássicos de ação: a) análise de atos de concentração; b) repressão e dissuasão de condutas anticompetitivas; c) advocacia da concorrência.

a) análise de atos de concentração

O CADE analisa em média 500 atos de concentração por ano, 30% do número de atos notificados por ano ao US Federal Trade Commission, no período 2004-2006, em uma economia 15 vezes maior do que a brasileira. Certamente o CADE analisa um número excessivo de atos, drenando seus poucos recursos. O USFTC determina algum tipo de restrição em 15% dos casos notificados, enquanto o CADE impõe algum tipo de restrição a cerca de 8% dos casos, o que é mais um indicador de “excesso” de casos analisados (The FTC in 2007: a Champion for Consumers and Competition, FTC, Abril 2007).

A análise de atos de concentração é apenas uma das competências do SBDC e do CADE, em particular. É a atuação preventiva de que fala a Constituição. No entanto, ela absorve muitos recursos do Sistema para identificar apenas um pequeno número de casos complexos que apresentam probabilidade de gerar efeitos negativos sobre o mercado. Os casos complexos, por sua vez, são muito exigentes do ponto de vista da capacidade analítica e da produção e tratamento de dados sobre os mercados e estratégias de negócios das empresas.

Dado o critério de notificação obrigatória, o que comanda o número de casos submetidos será o comportamento de fusões e aquisições do período. Além disso, como não há previsão legal para encerrar processos simples, antes que percorra todas as etapas de análise de um ato de concentração, mesmo os atos mais simples devem ter a apreciação da SEAE, da SDE, do Conselheiro Relator e do Plenário do CADE. É, conseqüentemente, um processo muito mais longo do que se faz nos EUA para 75% dos casos (na média do período 2004-2007).

O fato de haver um prazo legal para que o CADE se pronuncie acerca de um ato ou contrato confere-lhe, na prática, prioridade sobre os processos de conduta. Mesmo que o Plenário do CADE, liderado por seu presidente, entenda que o cartel deva ser combatido com prioridade, já que é conduta claramente lesiva para os mercados, não pode deixar de analisar atos simples de concentração, que podem chegar a 400 ou 500 em um ano.

Como o CADE é um órgão julgante, ele não pode escolher em que casos vai atuar ou a quais casos vai dar prioridade. Portanto, a alocação dos recursos do CADE não pode seguir um plano estratégico, estrito senso, uma vez que ele não pode atribuir prioridades no tocante aos casos que deve apreciar. Se for considerado, ainda, que a investigação de casos de conduta depende da SDE, pode-se concluir que a priorização é um instrumento muito limitado para melhorar o uso dos recursos. Mesmo a SDE enfrenta restrições legais para adotar prioridades entre os casos investigados.

A estratégia, por conseguinte, deve incorporar ações que reduzam ao máximo o tempo de análise de atos simples, de forma a liberar recursos para os casos complexos e para os casos de conduta. Inclui-se nessa estratégia a parcela do tempo das sessões de julgamento do CADE, que é um momento rico e valioso de expor os fundamentos das decisões, de modo transparente e ordenado. As discussões entre os conselheiros podem produzir informações vitais para a atuação da comunidade antitruste e mesmo para as decisões do administrado.

Três ações decorrem desse diagnóstico: a criação do rito sumário, não somente na instrução da SEAE e SDE, mas também no CADE; uma interpretação o mais restrita possível do art. 54, que define quais atos e contratos são de submissão obrigatória; o julgamento em bloco dos ritos sumários ou casos simples de conduta;¹¹ a transmissão pela internet das sessões de julgamento.

Certamente a ação mais eficaz para reduzir o número de atos e contratos de submissão obrigatória seria a alteração do critério de notificação, elevando o valor do faturamento mínimo e retirando qualquer referência a mercado relevante. Para isso, contudo, há necessidade de alteração do texto da lei. Mais uma vez, a estratégia para obter o melhor uso dos recursos fica limitada por uma restrição de caráter institucional.

¹¹ Esse procedimento foi inspirado no funcionamento de algumas turmas do STJ. O elemento fundamental do julgamento em bloco é o envio dos votos do Conselheiro Relator para os demais conselheiros, de forma que, se houver discordância em relação à decisão, seja possível pedir destaque do caso. No CADE iniciou-se o “bloco” para os ritos sumários com aprovação sem restrições e depois foi estendido para casos de conduta, com decisão de arquivamento que fossem muito simples e que já tivessem convergido para uma decisão unânime do Conselho, como os casos de arquivamento por prescrição intercorrente. No julgamento em bloco são indicados por cada Conselheiro os itens da pauta previamente publicada e, em seguida, proclamado o resultado: o Plenário por unanimidade acompanha o voto do Relator. Esse procedimento singelo foi responsável por reduzir de duas horas para dez minutos o tempo de julgamento dos ritos sumários nas sessões do CADE.

b) repressão e dissuasão de condutas anticompetitivas

Como mencionado, dentre as competências do CADE e do SBDC, o combate aos cartéis deveria estar em primeiro lugar na definição das prioridades. Como sua potencialidade lesiva é indubitável, o uso dos recursos seria o mais eficaz possível.

Entretanto, a política anticartéis tem se tornado cada vez mais complexa, envolvendo técnicas de investigação sofisticadas, numa combinação de programas de leniência, busca e apreensão de documentos, interceptações telefônicas. Tem crescido, portanto, a demanda de recursos humanos e materiais para utilização desses instrumentos, além de uma ampla capacidade de coordenação, já que envolvem autorização judicial, a colaboração do Ministério Público e da Polícia Federal e de um grupo de pessoas muito bem treinadas para identificar rapidamente documentos relevantes a serem apreendidos. Além disso, trata-se de procedimento altamente exigente para assegurar o devido processo legal, de forma que a decisão baseada nessas provas seja confirmada pelo Judiciário.

Embora o investimento no combate aos cartéis valha a pena, ele é um processo longo. O Brasil levou sete anos para ter o primeiro caso de condenação de cartel, cuja investigação baseou-se em um acordo de leniência. O primeiro caso de condenação de cartel baseado em provas materiais obtidas por meio de busca e apreensão só ocorreu em 2006, e o primeiro baseado em escutas telefônicas encerrou-se em 2005.

Se a instrução de casos de cartéis clássicos é longa e complexa, abreviar esse processo por meio de acordos pode ser uma estratégia eficiente no sentido de obter a eficácia do combate a cartéis. Essa possibilidade foi aberta com a promulgação da Lei 11.482/2007, e a Resolução 46/2007 do CADE definiu as condições para negociar e celebrar acordos em casos de cartel. Se o objetivo é ganhar eficiência e eficácia, o acordo só atende ao interesse público se de fato economizar recursos humanos e materiais, o que só será verificado se houver reconhecimento pelo proponente do acordo de que participou da conduta e se houver colaboração para obtenção de provas (v. Voto Vogal no Requerimento 08700.005281/2007-96 no Processo Administrativo 08012.004674/2006-50).¹²

¹² O Brasil ainda tem poucos acordos em cartel. Recentemente foi firmado o primeiro acordo em um cartel, no qual houve acordo de leniência, havendo, portanto, reconhecimento da culpa.

Monitoramento e controle da gestão

É fundamental no processo de gestão contar com indicadores de desempenho que sejam avaliados regularmente. Os indicadores mais simples são a evolução do estoque de processos e o tempo de decisão. Esses indicadores passaram a ser produzidos mensalmente pelo CADE e, mais recentemente, pela SDE. Um levantamento sistemático das estatísticas da Procuradoria do CADE é também desejável, embora ainda não esteja disponível regularmente. Essa estatística é fundamental para que se acompanhe a implementação das decisões do CADE, e portanto da eficácia das decisões.

Os indicadores mais difíceis e de mais alto custo são os que dizem respeito aos efeitos produzidos no mercado. Somente um monitoramento dos mercados objeto de decisões do CADE poderia gerar essa informação. Algumas jurisdições, como UK, contratam pesquisas para avaliar esses efeitos sobre o mercado. Mas elas são caras e nem sempre muito efetivas.

3. Os resultados alcançados e os desafios à frente

Os indicadores coletados mensalmente pelo CADE e publicados no sítio da internet mostram que o estoque de processos no CADE reduziu-se substancialmente entre 2004 e 2008. Mostra, ainda, que o tempo médio de análise dos atos de concentração foi reduzido em cerca de 45% (de 85 para 47 dias). Mesmo para casos complexos o mesmo se verifica, o que pode ser constatado pela redução do desvio padrão.

Para o administrado, entretanto, o que importa é o tempo global no SBDC e não somente no CADE. Também nesse caso houve ganhos expressivos – 40% no tempo global, com menor dispersão em torno da média.

A eficácia depende de decisões tomadas tempestivamente. O tempo de decisão, por sua vez, depende do tempo e qualidade da investigação e instrução, sobre os quais se forma a convicção do julgador.

Certamente existe uma relação positiva entre tempo e qualidade da investigação e instrução. No entanto, nas infrações contra a ordem econômica essa relação decresce com o tempo e a partir de certo ponto pode se tornar negativa. A demora na fase instrutória pode tornar a decisão inócua, sem que esteja garantido um aumento da qualidade e das condições da decisão.

Apesar dos avanços inquestionáveis, alguns processos mais complexos ficaram mais de um ano em instrução. Especialmente nos casos em

que é assinado um APRO, há que ganhar celeridade na análise, sob pena de se ver comprometida a eficácia da intervenção, quando necessária.

Há necessidade de melhorias na capacidade de identificação rápida dos potenciais problemas antitruste, sem o que a celeridade pode ser obtida por meio da perda de qualidade da instrução. Programas de capacitação em outras jurisdições ou por meio de consultores experientes podem ajudar muito nessa melhoria da relação celeridade/qualidade/tempestividade.

No caso das condutas o mesmo não se verifica. Se no âmbito do CADE houve ganhos de celeridade, reduzindo o tempo médio de decisão em cerca de 45%, na fase de investigação não houve melhoras. Pelo contrário, houve um aumento significativo no tempo de instrução. Uma das razões que podem explicar esse resultado negativo é o foco na investigação de cartéis clássicos, com base em provas materiais. Com poucos funcionários, a instrução torna-se lenta. Segundo a Secretaria de Direito Econômico, hoje 75% dos seus recursos estão alocados no combate aos cartéis.

Com todas as limitações impostas a qualquer tentativa de priorização das ações do CADE, houve um aumento das condenações em casos de cartel, e as multas se tornaram mais altas. Se nos cartéis de 1999 (aço, jornais, transporte aéreo etc.) as multas eram de 1% sobre o faturamento, entre 2004 e 2008 essas multas passaram a ser de 20%!

Apesar de todo esforço empreendido, e de algum sucesso obtido, o recebimento de multas ainda é baixo: pouco mais de 20% do número de multas foram pagas por via administrativa.

Mesmo que o valor das multas recolhido ao Fundo de Direitos Difusos tenha crescido substancialmente, esse valor se deve a alguns poucos casos específicos, como o do cartel das vitaminas, pago por via administrativa, ou o da Microsoft/TBA, pago como resultado de uma transação judicial. Ainda há um longo caminho a percorrer no sentido de implementar as decisões do CADE, mesmo com a mudança de atitude da Procuradoria-Geral, que passou a atuar de forma mais concentrada e ativa no contencioso. Esse avanço depende de outros atores, em especial do Judiciário.

4. Conclusão

O leitor familiarizado com o tema do planejamento e gestão estratégicos pode perceber vários elementos desse tipo de processo na gestão do CADE no período recente. No entanto, há dificuldades óbvias na aplicação desses métodos em um órgão colegiado, demandando um esforço muito

maior de persuasão e colaboração. Além disso, deve-se reconhecer que se a eficácia é o objetivo a ser buscado pela política antitruste, ela depende não só do CADE, mas também de outros órgãos que compõem o SBDC, os quais apresentam uma dinâmica própria.¹³

Uma segunda dificuldade diz respeito à natureza do “produto” gerado pelo CADE. É muito difícil estabelecer metas a serem atingidas. Isto é, quantificar a redução pretendida no tempo de análise e decisão, ou na proporção de multas pagas administrativa ou judicialmente. Isso não impede, contudo, que o desempenho seja monitorado e o curso de ação ajustado quando os resultados ficam aquém do que se esperava.

A busca da eficácia do sistema terá que enfrentar alguns desafios no futuro muito próximo:

- a) Aprovação do PL no Congresso de forma a avançar na eficácia e eficiência propiciadas pelo redesenho do Sistema, análise prévia, alteração dos critérios de notificação obrigatória, dentre outros.
- b) Desenho de incentivos mais adequados à manutenção de gestores e procuradores federais na Autarquia, de forma que o órgão consiga se apropriar dos investimentos em capacitação e preservação da cultura da organização.
- c) Aprofundamento no treinamento para a Análise Prévia que pode ter efeitos positivos imediatos, no contexto dos procedimentos em rito sumário.
- d) Consolidação das normas e procedimentos para TCCs em casos de cartel.
- e) Implementação do novo Formulário de Notificação de AC e Apresentação Eletrônica de modo a avançar no processo de informatização do Sistema.
- f) Investimentos permanentes em infra-estrutura de rede e melhoria do *site* do CADE, preparando a integração das etapas de investigação, instrução, decisão e implementação.
- g) Desenvolver mecanismos de acompanhamento dos efeitos das decisões do CADE nos mercados.

¹³ A Secretaria de Direito Econômico é um cargo de confiança do Ministro da Justiça e, por sua vez, tem sua própria burocracia. A Secretaria de Acompanhamento Econômico é um cargo de confiança do Ministro da Fazenda e também tem uma burocracia própria, com interesses específicos, parte sediada em Brasília, parte no Rio de Janeiro.