A CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO ASPECTOS JURÍDICOS DO ART. 54, DA LEI 8884/94*

Pedro Dutra

I - Parte Geral

- i - Ato jurídico de integração.
- ii - Concentração do poder econômico.
- iii - Efeitos do ato de concentração.
- iv - Poder econômico.
- v - Abuso do poder econômico.
- vi - Domínio de mercado.
- vii - O CADE e “política de governo”
- viii - Abuso do poder econômico II.
- ix - Art. 54: consulta ou controle?

II - Parte Especial

- i - Índices de jurisdição: artigo 54, § 3º.
- ii - A presença de domínio de mercado: art. 20, § 3º.
- iii - A desconstituição do ato jurídico de integração: art. 54, § 9º.
- iv - O compromisso de desempenho: art. 58.
- v - Ordem das eficiências e o art. 54, inciso I.

III - Conclusão

- i - A realidade brasileira.
- ii - A realidade global.

* Palestra proferida no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - em Brasília, DF, em 11 de julho de 1996.

Conselheiro Dr. Rodrigues Chaves, demais Conselheiros presentes, Procuradora Dr^a Maruza Freire, Dr^a Magali Klajmic, meus colegas, senhoras e senhores.

Vou dividir as minhas palavras em dois capítulos. O primeiro tratará de uma parte geral e o segundo de uma parte especial, sempre tentando analisar os aspectos jurídicos da concentração do poder econômico, à vista da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94).

I - O que *leva* à concentração *do*¹ poder econômico? O que leva, em termos imediatos, à concentração é um ato jurídico, ou um negócio jurídico, que empresas celebram entre si. O Artigo 54, da Lei n.º 8.884/94, acertadamente, diz que não interessa ao órgão de defesa da concorrência examinar a forma do ato, ou seja, se é ele uma fusão, uma compra de uma empresa pela outra, uma incorporação, uma cessão de ativos ou um contrato de fornecimento de longa duração. Ato ou negócio jurídico, e sua forma, não é matéria de interesse do CADE. A ele interessa saber se o ato jurídico é um *ato de integração* e se esse ato integra poder econômico. Se quem celebra esse ato são duas, ou mais, empresas, que detêm, cada uma a sua vez, poder que, mediante aquele ato, concentra-se, ou seja, desloca-se para um mesmo centro. O poder de duas ou mais empresas passa a estar em uma só, passa a estar em um único centro. Daí dizer-se concentração do poder econômico, porque ele está, ou esteve, determinado em empresa, ou empresas.

A concentração do poder econômico é, portanto, uma soma de poder resultante de um ato jurídico de integração. Não é uma agregação capitalística, no sentido estrito; não são capitais que se somam, não é necessariamente o capital de uma empresa que se soma ao capital de outra empresa quando aquela incorpora essa, por exemplo - não é este o ponto. O ponto, aqui, é o poder, o poder que, como veremos, não se identifica com o capital de uma sociedade comercial.

Mas diante do fato de uma concentração do poder econômico, como se objetiva o interesse do CADE em conhecê-lo? Pelos efeitos que dele se irradiam; o CADE vai cuidar de saber se os efeitos que se irradiaram do (por eclipse dito) ato de concentração, ao se projetarem no plano da concorrência são, ou serão, maléficis ou não à livre concorrência. Ao concluirmos que o órgão julgador cuida dos efeitos que se irradiaram, ou irão irradiar-se, do ato jurídico de integração que levou à concentração do poder econômico, vemos

¹ A concentração é *do* poder econômico *de* determinada empresa, ou *de* determinadas empresas que o integram, e não *de* poder econômico, indistinto seu titular. Então: concentração, uso, abuso *do* poder econômico *da* empresa *x*

já existirem atos de integração que não levam à concentração do poder econômico, e portanto não serão esses atos de interesse do CADE.

O que é poder econômico? Poder econômico é a faculdade de agir de quem tem meios para isso; quem tem poder não é quem tem capital, não é quem tem dinheiro: é quem tem a faculdade de independentemente agir e influir no mercado econômico, no mercado relevante, se já quisermos especializar nossos comentários. Então, o poder econômico é a capacidade de agir e influir de determinada empresa ou, como diz a Lei, de determinado agente econômico, em um determinado mercado, ou mercados. O poder econômico caracteriza-se pela sua plasticidade, já que ele pode se desdobrar naturalmente para outros mercados relevantes. Não é por outra razão que se fala em integração vertical, integração horizontal e integração de conglomerado, atendendo-se ao fato de que o poder tem uma penetração muito ampla, é ele de largo espectro no horizonte.

A questão que imediatamente se põe, quando se fala em poder econômico, é precisá-lo. A primeira regra, e muito eficaz, é examinar-lhe a externalidade. O poder se caracteriza por várias maneiras, mas é praticamente impossível haver poder sem haver a visualização desse poder, ao menos quando se fala em mercados concorrenciais. No plano político há o famoso poder de reposteiro, exercido sem que o agente se revele, mas no mercado concorrencial, em um mercado aberto, é impossível que haja poder sem que ele seja visível. Então a visibilidade do poder já nos traz o primeiro método de mensuração desse poder; pode ele ser facilmente medido pela sua apresentação em um mercado determinado: ele está no *market share*, na fração de mercado que a empresa detém. E aí constata-se que todos presentes no mercado têm poder. O poder varia em grau, mas ainda que seja majoritariamente quantitativa a sua mensuração não se ela dá apenas por essa forma: o poder pode ser também mensurado qualitativamente. Um exemplo: uma empresa pode deter 60% de um dado mercado, detendo portanto, muito poder em termos quantitativos, mas pode ela ofertar um produto ou serviço defasado tecnologicamente, ou ela pode estar em difícilíssima situação financeira; enquanto uma empresa com 15% desse mesmo mercado pode estar começando a oferecer um produto ou um serviço mais moderno e de melhor qualidade, e estar em melhores condições financeiras; por essa razão, o poder que detém é qualitativamente superior e pode-se estimar o rápido crescimento de seu poder quantitativo em seu mercado. Devemos concluir que a análise a qual o CADE está obrigado a fazer é uma análise que não pode se basear em um único critério, e sim em vários critérios de mensuração do poder econômico.

A Lei 8.884/94 diz que a função do CADE é julgar para suprimir e prevenir *abusos* do poder econômico, que se projetam sobre a ordem concorrencial. O Artigo 20 poderia ser assim redigido: "*O abuso do poder econômico praticado em todas as suas formas será reprimido.*" Não seria necessário tipificar mais nada. Lembro que a Lei Sherman não tipifica exaustivamente, a Lei da União Européia não tipifica. Por quê a Lei Brasileira tipifica exaustivamente? Porque a nossa Lei repete uma má tradição do Direito Brasileiro: os homens, por não acreditarem na Justiça, querem colocar tudo na Lei; por essa razão editam-se normas com 20, 25 tipos, absolutamente desnecessários à identificação de abuso do poder econômico. Esse traço da Lei 8.884/94 guarda também uma reminiscência de quando o Direito da Concorrência era submetido à influência dominante do Direito Penal. Sabemos que no plano penal não pode haver a cominação de uma pena sem que o tipo esteja perfeitamente descrito. Entre nós, a primeira Lei de repressão ao abuso do poder econômico nasceu na ditadura Vargas, e dela ficou esse ranço penalista. Note-se que hoje não mais se considera a natureza penal no direito que cuida da repressão ao abuso do poder econômico, isto é, no direito da concorrência. O Canadá ainda tem traços dessa polêmica vencida, que a doutrina já rejeitou. É claro que quem defender esta posição não está necessariamente equivocado, está apenas defendendo uma posição, mas, estatisticamente, majoritariamente, ela está relegada hoje a um claro ostracismo doutrinário e jurisprudencial.

Voltando ao poder econômico: é ele, em si, legítimo ou ilegítimo? Ele é essencialmente legítimo: quem está no mercado concorrencial quer poder; o poder está na natureza humana, quer-se o poder para superar as dificuldades, sendo ele sempre excludente - A tem poder, retirando, diminuindo, impedindo que B, C... tenham igual poder. Então, o que se cuida em termos de direito da concorrência quando se fala de poder? Conhecer o *uso* do poder, verificar se ele se perverteu em *abuso*. E, por vezes, cuida-se também de investigar como se conquistou, como se somou o poder que se tem. O poder não nasce espontaneamente, ele se forma, ele se constrói, ele se acumula - *ou ele se integra, se concentra*. Por exemplo, uma empresa que compra uma concorrente, compra o seu poder. Então, a Lei da Concorrência examina dois planos do poder econômico quanto à sua existência: se o poder foi conquistado pelo que a doutrina norte-americana chama de *crescimento interno*, ou seja, a empresa, pela qualidade da sua administração, de seus produtos ou serviços, de seu *marketing*, de sua administração financeira, conquistou a preferência dos consumidores, sejam consumidores de bens, sejam consumidores de serviço, sejam consumidores de bens e serviços que são oferecidos conjuntamente. A empresa é pois eficiente. Temos nesse sentido exemplos os mais variados, inclusive porque no Brasil hoje se abre

um campo fascinante a identificarmos empresas que crescem graças à eficiência que revelam.

Voltamos ao poder econômico e sua esfera. Se foi o poder conquistado por qualidade competitiva não há, portanto, problema, a empresa pode chegar a deter 100% de determinado mercado ou segmento de mercado sem que se prejudique, se estime, abuso do poder econômico. Há casos em que isso acontece. Quais? Os que envolvem grandes transformações tecnológicas. Um exemplo típico desse fato seria uma indústria, cujos produtos se tinham fixado em um determinado tempo tecnológico, surgindo um novo produto para atender à mesma demanda daquela, a indústria anterior tenderá a desaparecer. Os exemplos estão aí, à vista de todos.

O poder obtido por meio de atos de integração dos quais resultará ou fundamentalmente pode-se esperar resultar domínio do mercado incontestável, esse, diz a Lei, deverá ser reprimido e prevenido, porque tal domínio resultará - e isso é o que mostra a experiência que a norma jurídica tomou em conta - em abuso do poder econômico. Há portanto duas formas de poder econômico: o alcançado pelo crescimento interno da empresa, que o legitima; e o poder obtido por meio de atos de integração que venha a expressar, ou expresse desde logo, um domínio incontestado do mercado, denunciando a possibilidade de ser abuso do poder. O poder obtido por meio de atos de integração não é em princípio, vocação competitiva, não é a forma preferida da concorrência e, por isso, entenderam os legisladores, dos países de economia de mercado, fiscalizá-lo. A vocação da concorrência é: ganha quem for o melhor, ganha a preferência do consumidor quem for o melhor porque para tanto investiu no seu negócio - quem oferece o melhor produto a um menor preço relativo. É isso o que o consumidor quer. Pois bem, quem conquistar essa posição, conquistou-a sem problemas, quem chegar a ter poder mediante atos de integração deve tê-lo examinado conforme diz a Lei.

A Lei brasileira refere "domínio de mercado". Em sentido estrito, domina mercado quem tem o poder de se fazer senhor do mercado. Domínio vem de *dominus* (senhor). Quem é o senhor do mercado, domina o mercado. Mas, dominar o mercado e poder econômico acabam sendo conceitos próximos, pois o domínio de mercado, em si, não é ilegítimo, tal como o poder econômico e o seu uso. Por exemplo, se determinada empresa conquistou 70, 80% do mercado, ela certamente tem capacidade de, ao lançar ou aperfeiçoar um produto, fazer com que outras empresas lancem ou aperfeiçoem produtos para concorrer com ela; nesse contexto - embora não só nesse -, ela domina o mercado, ela usa de seu poder econômico legitimamente. Porém, pode haver domínio de mercado de uma empresa que detenha 10% do mercado mas que lança um produto novo - por quê? Porque

essa empresa lançou um produto que cativou imediatamente o público e que, pode-se estimar, em um ano lhe vai dar o domínio do mercado. Então o domínio, como o poder de mercado, em si, não é ilegítimo. O fundamental, é entender o abuso do poder econômico.

A palavra-chave do Direito da Concorrência é “abuso”. Aqui permitimo-nos outra digressão. A Lei 8.884/94, embora eu respeite outras opiniões, não visa, sequer indiretamente, especializar política de governo, não visa complementar política de governo. A ideologia econômica - o Professor Washington Albino já vem dizendo isso desde a década de 50 -, está inscrita na Constituição, e o legislador constituinte de 1988 fez clara a sua opção por uma economia de livre mercado. O que significa economia de livre mercado? Que os próprios consumidores e produtores vão dizer o que preferem e como preferem. Então, onde é que entra o Estado? (não vamos confundir o Estado com o Governo. O CADE é órgão de Estado e portanto não está subordinado a ministros e ao Presidente da República - esse princípio, expresso na Lei, ficou claro a todos em polêmicas que a esse respeito publicamente se abriram recentemente, mas é bom que se reafirme esse valor de independência, sempre). O Estado age, o Estado intervém no livre mercado por intermédio do CADE, a quem a Lei específica atribui poderes para verificar se há *abuso do poder na economia de livre mercado*. Note-se, desde já, a falácia dos que afirmam que, em economia de livre mercado, como é constitucionalmente a nossa, tem-se um mercado livre, à sanha dos poderosos agentes econômicos. Nada mais falso; o livre mercado, no Brasil, é fiscalizado, nos termos da lei; aos órgãos fiscalizadores faltam recursos, humanos e materiais, mas não está a sociedade brasileira desprovida dos instrumentos legais que lhe protejam o mercado e os consumidores. Isso leva-nos à óbvia constatação de que, como se dá nos países desenvolvidos, a fiscalização dos mercados, e a proteção aos consumidores, não se faz, não se pode fazer, *por vontade política* (impossível imaginarmos termo mais impreciso e desgastado) do Governo, mas, sim, e exclusivamente, por órgãos independentes e na forma da Lei. Esses órgãos, como é o CADE, fazem política. O CADE faz política, pois ele, ao reprimir determinados comportamentos ou determinadas estruturas, acaba por definir um padrão que as empresas irão considerar nas estratégias que formulam. Mas o CADE não é um órgão de execução de política de Governo, por não ser órgão de Governo e pelo fato de que política de Governo, se existente, deve ser enformada em Lei, e não ser confundida, como é tão comum entre nós, como a vontade pessoal de membro do Poder Executivo.

O que é abuso do poder econômico? Abuso é o uso perverso, é o mau uso, é o uso nocivo, é o uso que se perdeu; abuso é o uso que favorece injustificadamente alguém em detrimento de outrem; então é o abuso que deve

ser punido. Como se cogita de abuso do poder econômico em caso de concentração? No caso de concentração, o ato de integração que leva à concentração do poder econômico, quando nega-lhe o CADE aprovação não diz que as empresas que celebraram aquele ato de concentração estão abusando do poder de que dispõem. Nesse caso, o CADE apenas diz: a experiência demonstra que tamanha soma de poder certamente resultará em abuso do poder econômico ou desestimulará o ingresso de novos concorrentes. Por quê? Porque toda solidão, em direito da concorrência, faz propender ao abuso do poder. O solitário que detém muito poder o que faz? Não deixa ninguém entrar, não deixa que a concorrência se estabeleça. Por quê? Porque ele tem muito poder e poder incontrastável, e quando vê a concorrência chegar, abaixa o preço, reduz a produção e isso é uma forma de abuso. Então temos o abuso - em detrimento do concorrente, que já está no mercado, e o praticado contra o concorrente que quer entrar - o abuso que se traduz restringindo as condições de entrada.

O abuso do poder volta-se contra as condições de mercado para perturbar a competição que já existe, vai existir ou que *pode* existir, porque também deve-se atentar não apenas para a possibilidade imediata do abuso, mas também à sua possibilidade mediata. O que se quer em termos de concorrência é que os mercados estejam o mais desembaraçados possível ao ingresso de novos concorrentes; isso se deve ao fato de o direito da concorrência ter um pressuposto, de ordem econômica, que é o seguinte: quanto maior o número de concorrentes, maior a quantidade de produtos oferecidos e menor o preço deles. Esse pressuposto está relativizado, em vista de, em alguns setores da economia, haver a necessidade provada de se ter concentração para se alcançar escala produtiva; mas esse pressuposto é o núcleo econômico de todas as normas de defesa da concorrência. Portanto, é importante que se tenha sempre em mente que o desejado é um maior número de concorrentes, uma maior disputa, e todo mundo sabe disso na vida comum: nós vivemos isso hoje no Brasil. Se compararmos o Brasil de 10 anos atrás com o de hoje, verificaremos que um dos grandes sucessos da estabilização monetária, com todas as críticas que ela possa merecer, é ela ter permitido que se aumentasse a oferta de produtos, pela admissão de novos concorrentes. Tem-se, então, que a repressão ao abuso do poder econômico é o cerne da lei da defesa da concorrência.

O artigo 54, reveste-se, portanto, de uma função preventiva, visa frustrar a possibilidade de se ter, com uma alta concentração do poder econômico em determinados setores da economia o seu abuso e afetar negativamente o mercado concorrencial.

Faço aqui outra breve digressão, agora sobre uma questão terminológica. Fala-se correntemente: “vamos consultar o CADE para saber se o CADE aprova um ato de concentração” - é essa uma linguagem imprecisa. A consulta foi eliminada, e em boa hora, com a revogação do artigo 59. O CADE não é um órgão consultivo. No meu entender, o CADE - como o Governo - não está obrigado e nem pode orientar empresas. As empresas são livres para buscar orientação onde quiserem, existem advogados e consultores para esse fim. Não se confunda essa restrição com a função *pedagógica* do CADE. O órgão cria *standards*, padrões de concorrência que são educativos, pelo exemplo que estabelecem, mas a função dele não é consultiva, porque, fosse permitida a consulta, o CADE terá, na prática, esvaziado o seu poder de vetar concentrações de poder restritivas à concorrência; nenhuma empresa submeterá mais atos de concentrações ao CADE, submeterá consultas. O CADE passaria a dizer: “você faz assim, você faz aquilo”, transformando-se dessa forma no regente da concorrência, quando ele é um fiscal da livre concorrência, nos termos da Lei para, precisamente, ser seu maior defensor. Temos, nesse ponto também, expressa uma tendência da cultura brasileira de buscar uma situação paternal: vamos ver quem nos orienta, quem nos diz o que é risco, onde ele está... A lei aí está, o CADE fiscaliza, proíbe, pune, aprova, autoriza, protege o mercado e suas empresas do competidor desleal. Por outro lado, o CADE, com a soma das suas decisões, assume, sem dúvida, sua função pedagógica, essa sim prevista na Lei. É, claro, pode e deve o órgão fazer o que fazem os demais órgãos da concorrência norte-americanos e europeus, ao fim de cada exercício: publicar um amplo relatório mostrando ao mercado, com bases nas decisões que tomou em casos concretos, o entendimento que formou sobre determinadas questões.

Quando, nos termos do artigo 54, se vai ao CADE, o que a ele se submete é o ato de integração *ao seu controle*, e, não, a ele submete-se uma consulta. Esse é um ponto que me parece importante precisar porque, como já disse um filósofo, “a clareza é a gentileza que o autor presta às idéias”. Termos idéias e não nos preocuparmos com a clareza com a qual as expressamos, é algo que não nos fica muito bem.

II - A segunda parte da minha exposição é a parte especial do Artigo 54. Ainda tenho dois itens da parte geral, mas vou deixá-los para o final; algo sobre a *realidade brasileira* e a *realidade global*.

Na parte especial há quatro itens que quero analisar: os índices de jurisdição estipulados no art. 54, §3º; a presunção de 20%, constante do art. 20, §3º; a desconstituição, prevista no art. 54, §9º; e o compromisso de desempenho, admitido no art. 58.

Os índices previstos no § 3º, do artigo 54 - 20% do mercado relevante ou 400 milhões de reais - são exclusivamente índices de jurisdição, nada mais. Vale dizer, o legislador quer que o CADE conheça os atos cuja expressão de mercado, ou monetária, de seus celebrantes, ou de um deles, ultrapassem esses umbrais, como referiu o Professor Castañeda, no Seminário de Campos de Jordão. Assim, nessa hipótese, irão eles ao controle do órgão de defesa da concorrência porque há uma expectativa que essa possa vir a ser ofendida. O que não alcançar esses índices, não quer o CADE conhecer. Mas o órgão de defesa da concorrência pode vir a conhecer tais atos de expressão econômica inferior, se deles tomar conhecimento pelos jornais, em razão de uma representação de concorrente ou de qualquer interessado, e entender que mesmo uma concentração inferior a esses índices de jurisdição, estaria irradiando, ou poderia vir a irradiar, efeitos negativos sobre o mercado concorrencial. Apenas não incidirá ônus sobre as empresas figurantes do ato de integração, pois essas não se achavam obrigadas ao controle. 20% é um número aleatório, é uma questão de grau que se liga - ou deveria ligar-se - à concentração geral da economia. 400 milhões de reais são 400 milhões de faturamento, faturamento bruto da empresa e não por linha de produto ou serviço. Sobre esse ponto, em meu modo de ver, não cabe muita discussão. A idéia do legislador brasileiro, e de todos os legisladores, é estabelecer uma referência que meça o *porte* econômico da empresa. O que cuida a norma é do porte econômico, do poder econômico, e não se 400 milhões de reais dizem respeito àquela linha de produtos, vamos somar isso, vamos somar aquilo, vamos somar aquilo outro... Não: é o *porte da empresa*, isto é o que importa, e como se fala em mercado relevante também não se vai supor, de imediato, que é o porte do grupo ao qual a empresa está filiada; é o porte da empresa que celebrou o ato. Contudo, aqui também o CADE tem o poder discricionário de entender, por exemplo, que se uma empresa for constituída com o capital muito baixo e adquirir concorrente que lhe seja muito maior, cabe o conceito de grupo e não, apenas, de empresa figurante do ato de concentração. Excepcionalmente, portanto, pode o CADE interpretar que o poder econômico a vir analisar será medido pelo porte do grupo e não pelo porte apenas da empresa. Ordinariamente é o da empresa, mas pode ser o do grupo. Por quê? Porque em direito econômico não existe a presença só da empresa, existe, por vezes, a presença indistinta, em determinado mercado, do grupo econômico ao qual ela pertence.

Outro aspecto importante sobre o qual tenho falado muito é a famigerada presunção de 20%, constante no artigo 20, parágrafo 3º, da Lei n.º 8.884/94, que diz “a posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas (aqui está bem posto o termo) controla 20% do mercado relevante”. Isso é um assalto reacionário à

lei, isso é uma tentativa de influir o dirigismo estatal onde ele não mais cabe; ele não mais cabe não é por opção ideológica, é porque a Constituição já determinou assim, como vimos. Isso não tem sentido e não tem sentido especialmente na economia brasileira, porque ela, que ora se expõe no mercado global, precisa ter escala competitiva em certos mercados.

Estive no Japão recentemente visitando o CADE japonês - *Fair Trade Commission* - e lá tomei conhecimento de um fato interessantíssimo. Na década de 1970, em razão da eclosão da crise de energia, sentiram as autoridades locais que determinados mercados não subsistiriam à nova realidade econômica se mantivessem o alto grau de atomização que apresentavam. O poderoso Ministério da Indústria do Japão - MITI -, ouvindo o órgão de defesa da concorrência, promoveu uma reestruturação desses mercados, neles concentrando o poder econômico antes excessivamente disperso. Foram reduzidos os números de agentes econômicos por meio de fusões e aquisições de empresas, o que permitiu às respectivas indústrias enfrentar a nova realidade que se abriu. Decorridas quase duas décadas, surtindo o processo de globalização os seus efeitos, aos quais se veio somar a impressionante valorização da moeda japonesa, aqueles mesmos mercados passaram a ter para seus produtos uma feroz concorrência por parte de fabricantes localizados em outros países asiáticos, de porte econômico expressivamente inferior ao do Japão. No momento, preocupam-se as empresas atuantes nesses mercados com essa onda concorrencial que se levantou; e cogitam, novamente, de concentrarem poder econômico, a fim de ganhar escala competitiva que lhes permitam confrontar essa nova realidade. O processo de concentração do poder econômico, a realizar-se por meio de atos de integração, já se iniciou com a característica essencial, que, desta feita, está sendo promovido diretamente pelas empresas, sem a intervenção do MITI, mas sobre a revigorada fiscalização da *Fair Trade Commission*.

Desse exemplo, creio que dois elementos fundamentais podem ser tirados: o primeiro, que a concentração do poder econômico está inseparavelmente ligada à realidade competitiva de cada mercado concorrencial, seja no quadro nacional, seja no quadro internacional; esse fato nos diz que uma correta avaliação dos efeitos da concentração do poder econômico sobre o plano da concorrência não pode ser feita se não em uma perspectiva integrada. Um segundo aspecto é que, mesmo em uma economia como a japonesa, marcada historicamente pela intervenção estatal planificadora, a experiência de que para se melhor regular a livre concorrência o instrumento mais eficaz é um órgão regulador independente, criado especificamente para sua defesa. Ainda uma breve nota, apenas para dizer que, ao contrário do que se divulga, sobretudo pela literatura norte-americana,

o órgão de defesa da concorrência japonês existe, é independente e atua, cada vez mais naquele país.

Numa palavra, a devida concentração do poder será aquela necessária à competitividade da indústria, desde que não importe significativa restrição à concorrência. Então como no Brasil, onde a indústria de base foi planejada pelo Governo para precisamente ter escala, pode-se aceitar esse dispositivo legal que diz que 20% de participação em um determinado mercado relevante presume concentração? Que presunção é essa? Qual o dado de experiência que tomou o legislador nacional para estabelecê-la? A que serve portanto essa presunção? Nós que conhecemos a trajetória da Lei sabemos que isso daí foi posto como uma tentativa ideológica de punir grandes grupos, o que é um contra senso, pois que tem a tarefa de fiscalizar o mercado concorrencial é o CADE e não um legislador ideológico. Então, essa presunção carece de valor, de fundamento e é para não ser lida, até porque o Parágrafo 3º em seu final diz, em boa hora, que o CADE poderá alterar esse percentual. Ora, é o CADE que vai dizer o que é concentrado e o que não é concentrado porque cada caso é um caso, cada setor é um setor. 20% pode ser um índice a medir uma altíssima concentração em um determinado mercado, e 80% não ser, em outro. Portanto, cabe nos termos da Lei, ao CADE decidir que índice é reprovável de concentração, e não seguir presunções que se prestam, sempre, a assaltos reacionários, de toda sorte, como esse. O CADE, a meu ver, não sofre a delimitação dessa presunção, é ele soberano para dizer “neste caso a concentração é boa, neste é má”.

A desconstituição prevista no Artigo 54. Ocorre desconstituição quando o ato de integração é levado ao CADE e os efeitos da concentração do poder econômico dele decorrentes, ou a decorrer, são entendidos nocivos à concorrência. O CADE não vê possibilidade de os efeitos que se vão irradiar, ou que já se irradiam daquele ato, não concentrarem senão excessivamente poder econômico das empresas que o celebraram, e daí haver a possibilidade, efetiva ou potencial, de se ter abuso do poder econômico. Então ele não aprova o ato, não o ato formal, ele desaprova a recepção no mercado dos efeitos que se irradiam, ou irão irradiar, do ato; ele afasta, ele bloqueia a entrada daqueles efeitos na órbita concorrencial. É isso que faz, e faz dizendo: “voltem as empresas ao estado anterior, voltem ao que era; o que foi constituído será desconstituído. E quais os limites dessa desconstituição? A meu ver deve ela vir, ao máximo, até o estado anterior, não pode ir além; a desconstituição não pode andar além do que havia antes da constituição. O estado anterior não é nocivo, não foi visto nocivo porque decorre de um ato de integração trazido ao controle do CADE, pois, para o ato de concentração, inclusive, sequer é previsto sanção, somente a sua desconstituição. Então,

concluindo, a desconstituição do ato tem que trazer as partes que celebraram o ato ao estado anterior em que elas estavam. Isso é o que o CADE deve fazer. Como o CADE faz isso? Com ampla liberdade, mandando vender, colocar à venda, mandando vender a marca, mandando vender ativo, mandando abrir mão de determinada prestação de serviços - enfim, tudo o que for parte do mundo de negócios e entrou naquele ato de integração pode sair. Num ato de integração em que uma empresa compra outra, ela compra o quê? Ela pode comprar a marca, ela pode comprar ativos, ela pode comprar fundo de comércio, ela pode comprar tudo, ou parte. Então, tudo que entrou no universo que se diz que se concentrou em excesso pode sair. Mas, a desconstituição pode ser parcial. O CADE pode entender desconstituir até determinada altura, porque até esse ponto, até a esse determinado estado, os efeitos que se irradiaram, ou se irradiam não são nocivos. A desconstituição deve conhecer esses limites e essas possibilidades, decidindo o CADE caso a caso.

O último ponto dessa parte especial é o compromisso de desempenho. Liminarmente, o que se deve ter em mente é o seguinte: o compromisso de desempenho não é alternativa à negação do ato de concentração; o CADE aprova-o ou desaprova-o. Ele aprova, ou aprova sugerindo condições, ou desaprova. Mas celebrar um compromisso de desempenho não é alternativa para desaprová-lo. Por quê? Porque o poder discricionário do CADE não é absoluto. O CADE, ao analisar um ato de concentração, deve ver se as eficiências presentes são suficientes para compensar a nocividade do ato de concentração. Aqui eu me remeto novamente ao postulado clássico da economia capitalista à base da concorrência: quanto maior o número de concorrentes, maior o volume de bens produzidos ou serviços ofertados, melhor a qualidade deles, menor o preço deles - essa é uma regra que está presente no núcleo de todas as legislações, ainda que essa aplicação se tenha em alguns casos sido relativizada, como vimos. Pois bem, se há uma concentração, é ela, em princípio, ofensiva a este postulado, e por isso todo ato de concentração traz em si um certo teor de nocividade à livre concorrência. Porém, como compensação ao fenômeno natural da concentração do poder, que se verifica em todas as economias de livre mercado, a Lei estabeleceu as eficiências para balancear a nocividade da concentração do poder econômico. Presentes as eficiências, os efeitos do ato deixam de ser nocivos à concorrência. Ele passa a ser admitido plenamente, não mais fala-se em restrição à livre concorrência. A natureza das eficiências está descrita no mesmo artigo 54; se o órgão julgador constatar que as eficiências estão presentes e expressas, não pode ele desaprová-lo - tem de aprová-lo. Aí cessa o poder discricionário do órgão julgador, aí ele se tem vinculado inteiramente à Lei. O poder discricionário do

CADE está na análise que faz dos casos que lhe são submetidos; ele pode perguntar, ele pode analisar, ele pode solicitar informações. Mas se as eficiências estiverem presentes e demonstradas, ele está obrigado a aprovar o ato. Da mesma forma, se as eficiências não estiverem presentes ou expressas ele tem de recusar aprovação ao ato. Ele não pode, nessa hipótese, deixar de recusar aprovação - “não aprovo, mas vamos propor um compromisso de desempenho”. Não há tal possibilidade diante da Lei.

A aprovação é mais elástica do que a negação. E por que isso? Porque a aprovação pode ser condicionada, a negação não é condicionada, a negação é absoluta. E aí é que entra a figura do compromisso de desempenho, não é o melhor nome, porque o desempenho pode não ocorrer, mas é um nome trazido da doutrina estrangeira e que já se consolidou - traz a idéia de *performance* - de desempenho, porém desempenho prometido alcançar mediante a prestação de obrigações, positivas e negativas, as quais as partes se comprometem a cumprir. O objetivo do compromisso de desempenho é especializar as eficiências previstas na Lei. Ele serve para especializar as eficiências que estão no Artigo 54, Parágrafo 1º. Esta vinculação é inafastável - ele não serve para criar eficiências, para revelá-las e não serve também para substituir, como eu disse, a negação do órgão de defesa da concorrência; o compromisso de desempenho serve para especializar as eficiências previstas no artigo 54.

O compromisso de desempenho e as eficiências devem ser iguais em natureza. As eficiências são majoritariamente de natureza estrutural, ou seja, dizem respeito mais à estrutura das empresas no quadro geral do respectivo mercado concorrencial, do que a sua conduta nesse mesmo mercado. Por que isso? Por uma razão muito simples: para a conduta existem as infrações que indicam aquelas reprováveis, e as respectivas sanções. É claro que se soma no capítulo das eficiências, especificamente ao seu teor estrutural, um teor de conduta, mas o teor estrutural prevalece, ordinariamente. Então um compromisso de desempenho, por estar diretamente ligado às eficiências, deve trazer todos os elementos da eficiência, elementos estruturais e elementos de conduta. A experiência mostra, todavia, que eficiências só de conduta não são de fácil cumprimento e não são portanto plenamente eficazes. Por quê? Porque uma empresa não pode suportar se conduzir exclusivamente de uma maneira, se ela não tiver uma estrutura que lhe permita essa conduta. Vai haver aí um descompasso entre a estrutura e a conduta, e a conduta prometida poderá acabar sendo violada. Então, o compromisso de desempenho deve refletir claramente o fato de ele se ligar às eficiências e que as eficiências são majoritariamente de natureza estrutural. Isso não quer dizer que o CADE não possa fixar condutas, a serem cumpridas, em um

compromisso de desempenho, não é isso; apenas que o compromisso de desempenho é, por sua natureza, majoritariamente estrutural.

Aqui faço outra digressão para observar que, no meu entender, não existem preferências em eficiências. As eficiências são iguais perante a Lei. Ao CADE é que cabe dosar. A eficiência de se ter uma concentração maior de capital pode ser mais importante, num caso dado, do que a eficiência tecnológica. O CADE pode até colocar o benefício imediato do consumidor em segundo plano, se ele entender que o benefício mediato, porém efetivo, virá justamente daquela concentração. Em alguns setores isso é bem claro; se o produto hoje tem largo espectro de consumo e o produto mais sofisticado poderá ao começo não ter, mas se o órgão de defesa da concorrência abrir a ele a possibilidade de ele se disseminar, seu preço irá cair e o consumidor será beneficiado com a oportunidade de ter acesso a um melhor produto. Portanto, cabe ao plenário do CADE, examinando caso a caso, ver qual eficiência sobreleva no mercado em causa, qual eficiência é mais significativa. Mas, geneticamente, não há, em meu entender, uma eficiência superior à outra, em princípio; isso não existe, a Lei não criou isso e a doutrina também não diz isso majoritariamente.

Um ponto prático que eu creio ser importante observar é o seguinte: se o CADE decide aprovar ato de concentração condicionando-o à celebração de um compromisso de desempenho, penso que seria indicado, já na decisão de aprovação, o plenário dizer, se possível, o que entende dever constar no compromisso de desempenho. Há duas hipóteses: o Conselheiro-Relator traz a proposta de compromisso, ou não a traz porque não foi possível elaborá-la. Se a trouxer, o plenário, na decisão de aprovar, poderá dizer: entendemos que deva constar esse e esse ponto no compromisso de desempenho. A seguir, o Conselheiro-Relator negociará os pontos indicados e aprovados pelo Plenário. Se, por outro lado, no curso da votação vier a ser aprovado o ato, sob a condição de ser celebrado compromisso de desempenho, mas sem que haja sido possível ao Conselheiro-Relator trazer a respectiva proposta, pode o plenário instruir o Conselheiro-Relator a ir buscar tais e tais pontos, a constar do compromisso de desempenho, condicionando-se a decisão. Obtendo êxito o Conselheiro-Relator traz de volta à aprovação do Plenário o instrumento do compromisso de desempenho. A minha observação particular é no sentido da agilidade, porque se uma decisão já contiver os pontos sobre os quais deve o compromisso se dar, já se ganhou tempo, não vai se discutir o mérito da decisão na aprovação do instrumento do compromisso de desempenho. Essas são as considerações especiais.

III - Antes de concluir, quero referir os dois pontos deixados para o fim: a realidade brasileira e a realidade global no âmbito da defesa da livre concorrência.

O que caracteriza a ordem econômica brasileira de 1930 até 1988? O crescente avanço da intervenção estatal. Esse fenômeno não é exclusivamente brasileiro, sendo comum em regimes capitalistas; no Brasil, porém, a intervenção estatal na ordem econômica verificou-se incorporando o autoritarismo próprio de nossa experiência política, que se articula pela substituição da autoridade do Estado - expressa em forma de Lei democraticamente elaborada - pela vontade - muitas vezes batizada de *política* - do governo; e essa quase sempre resumiu-se, e ainda resume-se, infelizmente, ao poder de mando singular de uma ou de poucas autoridades públicas.

Entre meados de 1965 e até o final da década de 80, a intervenção estatal alcançou toda a ordem econômica do país; sucessivamente, foram sendo criadas empresas estatais, a produzir bens e a prestar serviços, outras empresas formadas para liderar grupos de empresas também estatais; um rígido controle de preços e uma cerrada e ampla barreira alfandegária foram criados; reservas de mercado foram demarcadas; e estipularam-se planos de desenvolvimento econômico de forma abrangente por meio dos quais as estratégias empresariais e a vontade do consumidor se viram submetidas à decisão de seguidos governos federais.

Dois efeitos, entre os vários desse regime, aqui nos interessam observar. Um, a meu ver, extremamente nocivo, foi a total eliminação das condições para que o órgão de defesa da concorrência existente - o CADE, criado em 1962 - pudesse regular a concorrência e assim ter contribuído decisivamente para o aprimoramento de um mercado competitivo e, em consequência, da proteção ao consumidor que é, como se sabe, o objeto primeiro das salvaguardas da concorrência. Outro fato, não maléfico mas complexo, foi a concentração do poder econômico verificada em determinados mercados da economia brasileira. Como vimos acima, é próprio de alguns mercados neles existir a concentração do poder econômico para que as empresas, que neles compitam, possam fazê-lo de forma eficaz, isto é, com escala que lhes permitam enfrentar seus competidores nacionais e, sobretudo, internacionais. Em alguns setores da economia, deve-se reconhecer, que os planejadores estatais acertadamente tomaram em conta essa regra da experiência mundial, que diz que, sendo própria a concentração a determinados mercados, não deve ela ser negada, mas, sim, fiscalizado o seu exercício, na forma da Lei. A revogação do regime preexistente, por força da Carta de 1988 e da abertura econômica que lhe seguiu, com o recuo da

intervenção estatal e a privatização de empresas estatais, o dado ausente surge e vem-se afirmando, qual seja, o de haver uma fiscalização dos mercados concorrenciais.

Por outras palavras: se no regime econômico anterior verificou-se uma alta concentração do poder em alguns mercados, sem que todavia fossem esses mercados fiscalizados pelos órgãos de defesa da concorrência, hoje, em um regime constitucionalmente afirmado de livre concorrência, a concentração do poder existente, própria daqueles mercados, não se converteu, automaticamente, em indevida ou abusiva *per se*: seus requisitos técnicos, que a validam, subsistem, mas, agora, a conduta dessas empresas, presentes naqueles mercados, está sujeita à fiscalização dos órgãos de defesa da concorrência, inclusive a fiscalização das empresas estatais, que concentram grande soma de poder econômico.

Numa palavra: os mercados concentrados, assim existentes porque devem ser concentrados para serem competitivos, não anoiteceram lícitos em uma economia fechada como a anterior e amanheceram ilícitos em uma economia que se abriu, como a de hoje. É preciso atentarmos para esse fato, e empregarmos sempre os critérios objetivos e isentos que cada mercado requer ao ser analisado, e não deixarmos que posições, contra e a favor de um regime fechado ou aberto de economia, influam indevidamente. Voltamos ao ponto que tenho dito reiteradamente: ao CADE cabe analisar caso a caso, dentro de seu contexto, e no quadro da realidade presente que, como se sabe, compreende, sempre, elementos da experiência havida, seja para aceitá-la seja para rejeitá-la no que couber.

A propósito da realidade global e seus efeitos sobre a livre concorrência, especialmente no Brasil, tive a oportunidade de analisá-la no Segundo Seminário Internacional de Direito da Concorrência que o IBRAC realizou em maio último, em Campos do Jordão. A globalização é um desses fenômenos maiores que a história sempre registra, e impressiona os contemporâneos. O seu núcleo, pode-se dizer, é a velocidade com que os meios de comunicação, de forma integrada, são capazes hoje de confrontar realidades distintas. A mediação temporal, antes existente, entre as realidades diversas, foi abolida. Assim, verifica-se presentemente uma justaposição de realidades, de experiências, e, em consequência, dos valores das culturas que foram recolhidas pelo processo de globalização.

Surge logo o receio, procedente mas não menos assustador, de que as culturas desenvolvidas irão avassalar as de menor força; quanto a isso, pode-se aplicar, analogamente, o que acima disse sobre o poder econômico, que, como as demais formas de poder, traduz-se pela capacidade de agir e influir sobre um determinado mercado. O que penso ser importante registrar

não é, porém, o receio justificado, mas sim as possibilidades desse processo de globalização. Para dele participarmos, a meu ver, a melhor providência será justamente reforçarmos os nossos valores, aqueles que já foram inscritos e afirmados em nossa experiência; no plano da concorrência, um órgão regulador independente, isento, porque tem sua atuação limitada e protegida pelos termos da Lei voltado à defesa, à afirmação de uma economia de livre mercado. O objetivo a ser perseguido, portanto, na solidificação de nossa cultura concorrencial, é a estruturação desse órgão para que aqueles que são afetados diretamente por suas decisões, como as empresas competidoras no mercado nacional e internacional, sintam-se seguras em seus investimentos, em suas estratégias de competição, e assim venham a oferecer melhores produtos e serviços aos consumidores, os quais são os destinatários finais da proteção à livre concorrência.

Ora, se o processo de globalização, ao aproximar realidades distintas faz com que mercados competitivos se avizinhem, somente se justapusermos nossa experiência à dos maiores e mais dinâmicos mercados poderemos com eles competir. Se esses mercados avançados se protegem, protegem suas empresas e seus consumidores, não há porque negarmos a nós mesmos o que já temos e o que a experiência externa já consagrou; da mesma forma, se esta recomenda impor sanções ao comércio externo predatório, não há porque não o fazermos pela forma competitiva das medidas próprias de defesa comercial. E assim sucessivamente.

Numa palavra, entendo que devemos reforçar, para apurar-lhe os valores, a experiência na defesa da livre concorrência que já possuímos, a fim de que nos seja possível enfrentar a concorrência que se globaliza. E isso porque já temos os valores positivos para nela nos inscrevermos, sem receios maiores. Creio que a Lei 8.884/84 dá ao seu aplicador e aos seus intérpretes a segurança necessária no quadro de uma competição que se globaliza. Como vimos acima, no caso específico nos atos de concentração, as eficiências que admitem uma maior soma do poder econômico por parte de empresas em determinados mercados, podem ser perfeitamente tomadas quando o caso sob exame verificar-se em um contexto de competição global. Exemplificando, se ficar provado que determinada empresa, atuante em um certo mercado exposto à concorrência global, necessita dispor de uma maior base capitalística, do que outra empresa atuante em um mercado que assim não se apresenta, não há por que negar o órgão julgador àquela o direito a concentrar o poder que lhe seja indispensável a enfrentar uma nova realidade competitiva. O mesmo se aplica às eficiências de natureza tecnológica e, mesmo, os benefícios aos consumidores. Igualmente, pode haver nesses

planos necessidade de concessões em favor de uma maior concentração do poder, sem que se tenha prejuízo à ordem concorrencial.

É preciso, em meu modo de ver, que nos concentremos em exigir dos aplicadores da norma de concorrência a sua reiterada aplicação aos casos concretos, no quadro de uma nova realidade como a que vivemos. É indispensável que o Poder Executivo não cegue a essa mesma realidade, e faça prover os meios que habilitem aos órgãos do direito da concorrência prestar a sua devida função legal. E, claro, é indispensável aos demais operadores do direito que, em face da realidade de hoje, concorram com seu saber para o fim de criarmos no Brasil um mercado concorrencial de primeira ordem, digno de seu tempo.

Muito obrigado.