

UFC
Universidade Federal do Ceará
Faculdade de Economia, Administração, Atuárias e Contabilidade

MONOGRAFIA

**“DEFESA DA CONCORRÊNCIA: BASES TEÓRICAS, RELATO
HISTÓRICO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO CADE”**

ALUNA : Lucieuda Serpa Gomes

Orientadora : Profa. Dra. Ana Maria Fontenele

Fortaleza – CE
Agosto 1999

Lucieuda Serpa Gomes

“DEFESA DA CONCORRÊNCIA : BASES TEÓRICAS, RELATO HISTÓRICO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO CADE”

Profª. Ana Maria Fontenele
ORIENTADORA

Monografia submetida à coordenação do Curso de Graduação em Ciências Econômicas da Universidade Federal do Ceará como parte do requisito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Econômicas.

AGRADECIMENTOS

Sou grata a Jesus Cristo, meu Senhor e Mestre, que me capacitou e amparou durante toda a jornada acadêmica, a qual agora culmina com a elaboração deste trabalho. A Ele, razão principal de tudo o que faço e sou, dedico este estudo.

Aos meus pais, Paulo e Mosa Gomes, por me proporcionarem condições de chegar até aqui. Às minhas irmãs Lúcia, Neide e Vanda pela tolerância em meus momentos de tensão escolar. À professora Ana Maria que, mais do que uma simples orientadora, revelou-se uma grande amiga, agradeço pelo estímulo, paciência e acessibilidade, bem como pelo privilégio de ter sido orientada por tão admirável mestra.

Aos professores Eurypedis Ewbank e Haroldo de Aguiar por terem aceitado prontamente o convite para participarem da banca examinadora deste trabalho.

Aos amigos Celso, Kátia e Mércia pelo companheirismo e constante incentivo nos momentos difíceis desta jornada.

Aos companheiros de labor, Reno, Jonhson, Bernardo e Eliane que compreenderam o meu temporário afastamento e assim colaboraram com a execução dos serviços.

RESUMO

Em 1939, Mason ao analisar o mercado oligopolista introduz a idéia da firma ativa e sugere um encadeamento causal entre Estrutura – Conduta – Desempenho do mercado. Bain retoma esta conexão causal, e acrescenta a análise das condições de entrada como um importante determinante dos preços dos oligopólios. Em 1982, com a Teoria dos Mercados Contestáveis, Baumol coloca a identificação de barreiras à saída como um fator determinante da concorrência dos mercados.

O paradigma de Estrutura – Conduta – Desempenho é um dos principais instrumentos de análise das políticas de defesa da concorrência. Uma vez identificados quais elementos da estrutura de mercado ou práticas das empresas são danosos à concorrência, o Estado pode fazer uso da legislação antitruste, a fim de atenuar as ineficiências derivadas do poder de monopólio.

As principais leis federais destinadas a preservar ou promover a concorrência surgiram nos Estados Unidos no final do século passado. A Lei Sherman de 1890 e a Lei Clayton de 1914 foram as precursoras.

No Brasil, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE criado em 1962, que tem a finalidade de zelar pela livre concorrência, bem como decidir questões relativas às infrações à ordem econômica. Nos últimos anos, o CADE analisou a formação de aquisições e *joint ventures* que obtiveram grande repercussão na imprensa como os casos da Kolynos e Colgate, Brahma e Miller, Antártica e Anheuser – Busch. De um modo geral, o conselho tem aprovado estes processos com algumas restrições concernentes ao prazo de duração bem como as referências de preços entre os produtos das mesmas. No geral, a análise da concorrência no Brasil tem seguido duas vertentes : a economia popular e a defesa da concorrência. Mas, observa-se que nos últimos tempos a defesa da concorrência tem prevalecido.

SUMÁRIO

ÍNDICE DE TABELAS E GRÁFICOS.....	08
INTRODUÇÃO.....	09

CAPÍTULO I : ASPECTOS TEÓRICOS DA FIRMA, DAS ESTRUTURAS CONCENTRADAS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1.0 – A FIRMA ATIVA : MASON.....	11
2.0 – BARREIRAS À ENTRADA : A CONTRIBUIÇÃO DE BAIN.....	12
3.0 – TEORIAS DOS MERCADOS CONTESTÁVEIS.....	13
4.0 – POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	14
4.1 – FUSÕES E AQUISIÇÕES HORIZONTAIS.....	19
4.2 – INTEGRAÇÃO VERTICAL.....	20
4.3 – FUSÕES E AQUISIÇÕES CONGLOMERADAS.....	20
4.4 – PRÁTICAS RESTRITIVAS VERTICAIS.....	21

CAPÍTULO II - ORIGEM DA POLÍTICA ANTITRUSTE, BASEADA NO HISTÓRICO DA EXPERIÊNCIA AMERICANA

1.0 – A LEI SHERMAN DE 1890.....	23
2.0 – LEIS CLAYTON DE 1914.....	26
3.0 – LEI DA COMISSÃO DE COMÉRCIO FEDERAL DE 1914.....	28
4.0 – A LEI ROBINSON – PATMAN DE 1936.....	28

CAPÍTULO III – HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DOS MERCADOS NO BRASIL.....

31

CAPÍTULO IV - ASPECTOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA MEDIANTE EXPERIÊNCIA DO CADE

1.0 – ASPECTOS BÁSICOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	38
2.0 – CONHECENDO O CADE.....	38

3.0 – ABUSO DO PODER ECONÔMICO.....	39
3.1 – CONTROLE DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS.....	41
4.0 – CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO.....	43
5.0 – JURISPRUDÊNCIA DO CADE SOBRE ATOS DE CONCENTRAÇÃO : DESCRIÇÃO DE TRÊS CASOS	
5.1 – COLGATE E KOLYNOS.....	50
5.2 – BRAHMA E MILLER.....	52
5.3 – ANTARCTICA E ANHEUSER – BUSCH.....	53
5.4 – CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ACORDOS DAS CERVEJARIAS..	54

CAPÍTULO V - CONCLUSÃO E BIBLIOGRAFIA

CONCLUSÃO.....	56
BIBLIOGRAFIA.....	60

O controle das estruturas de mercado é uma típica instituição americana. Esta preocupação surgiu nos Estados Unidos, no fim do século passado, face ao intenso processo de concentração industrial ocorrido naquele período.

O Sherman Act, de 1890, teve como objetivo proibir os monopólios e os trusts. Cai na sua vedação todo contrato, ajuste em forma de truste ou acordo que restrinja o comércio entre os diversos Estados ou países estrangeiros. O Clayton Act, de 1914, foi o instrumento legal que pretendia impedir a concentração estrutural, antes de sua consumação. É conhecida como lei anti-fusões. Sob uma abordagem escrita da lei, as firmas não teriam defesa se fossem demonstrados efeitos estruturais adversos de uma fusão ou aquisição.

As economias contemporâneas compartilham a preocupação com relação ao controle do poder econômico. A globalização das estratégias empresariais, intensificadas pela formação dos mercados comuns, incentiva as associações, fusões e acordos entre megafirmas.

Diante da atual conjuntura econômica, o estudo teórico e empírico da defesa da concorrência, tem recebido relevante destaque. Sendo assim, serão abordados inicialmente nesta monografia, os aspectos teóricos da firma e das estruturas concentradas de mercado, enfatizando a presença da grande empresa. Em seguida, será feita a descrição do processo que originou a Política Antitruste, baseado no histórico da experiência americana. Dando sequência à análise, será tratado a evolução do processo de Regulamentação dos Mercados no Brasil. Finalmente, ainda sob este mesmo prisma, será apresentado um levantamento dos aspectos da defesa da concorrência mediante a experiência do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE), através da exposição de alguns processos recentes julgados pelo mesmo.

CAPÍTULO I - ASPECTOS TEÓRICOS DA FIRMA, DAS ESTRUTURAS CONCENTRADAS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1.0 – A FIRMA ATIVA : MASON

O marco inicial da pesquisa em Organização Industrial foi o trabalho de Mason (1939). Ele lançou as bases do paradigma de Estrutura – Conduta – Desempenho, assim como sugeriu um método de análise, baseado em estudos de caso, como um meio de captar as estratégias empresariais, ponto relegado a um segundo plano pela microeconomia tradicional. Mason define as firmas oligopolistas como seu objeto de trabalho, o que lhe permite diversas considerações que não eram concernentes em um contexto de concorrência perfeita. Uma dessas considerações, particularmente relevante, é a interdependência das ações da firma e de suas concorrentes. Ou seja, em mercados oligopolizados a ação de uma empresa afeta o retorno esperado pelas demais, ao contrário de um ambiente de concorrência perfeita em que a ação de uma firma é insignificante frente ao todo. É neste contexto que foi por ele introduzida a idéia de firma ativa capaz de agir modificando o ambiente em que está inserida.

Mason ao analisar as grandes empresas como organizações complexas, rejeitou a idéia de maximização dos lucros como o único objetivo da firma. Em seu trabalho, o autor procura classificar as empresas segundo tipos de estruturas de mercado, observando, entre outros, o grau de concentração do mercado, as estruturas dos mercados fornecedores e as características do produto. Dado um tipo de estrutura de mercado, as empresas poderiam optar por um leque de possíveis estratégias (condutas) conforme o seu objetivo. A escolha da estratégia, juntamente com a estrutura de mercado em que se inseria, determinaria o resultado do sistema econômico (desempenho). Desenha-se, portanto, a cadeia causal que caracteriza o paradigma de Estrutura – Conduta – Desempenho : um tipo de estrutura de mercado limita e condiciona a conduta das empresas, o que tem efeitos sobre o desempenho econômico.

2.0 – BARREIRAS À ENTRADA : A CONTRIBUIÇÃO DE BAIN

Na década de 50, Joe Bain ¹ retomou a conexão causal entre estrutura, conduta e desempenho, proposta por Mason. Bain vai buscar na estrutura de mercado suas principais explicações ao desempenho econômico. Sendo assim, a cadeia causal proposta por Mason é transformada em uma relação direta entre estrutura e desempenho, estando a conduta das firmas relegada a um segundo plano ².

A análise das condições de entrada de concorrentes potenciais em um dado mercado, foi a sua maior contribuição à Organização Industrial. Bain distingue dois tipos de concorrência : concorrência efetiva (aquela existente entre as firmas já estabelecidas no mercado) e concorrência potencial (aquela derivada da ameaça da entrada de outras firmas). A concorrência efetiva é responsável pela escolha das estratégias das empresas, como a busca da eficiência produtiva e da colocação do produto. A concorrência potencial, por sua vez, aparece como um complemento à concorrência efetiva, impondo limites às políticas de preços. Caso seja muito fácil a entrada de outras firmas no mercado, ou seja, uma concorrência potencial muito acirrada, as empresas já estabelecidas não poderão elevar em demasia seus preços, sob pena de perderem mercado para as novas firmas.

É necessário definir exatamente o que é “ entrada “ para o autor, distinguindo essa abordagem da microeconomia tradicional. Bain define entrada como um novo investimento feito por uma nova firma. Desta forma, a ampliação da capacidade instalada de firmas já atuantes no mercado, bem como a aquisição de capacidade instalada já existente por uma nova firma, não constituem uma “entrada “.

1. BAIN, J. *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1956

2. *Conclusão encontrada em Fontenele (1995)*.

Bain justifica a utilização do esquema masoniano, ao reconhecer a necessidade de se comprovarem as ligações entre estrutura de mercado e performance, principalmente no que diz respeito à importância que estas ligações possam ter para as sugestões de políticas públicas (FONTENELE, 1995).

O autor recomenda que a intervenção realizada pelos formuladores de políticas públicas seja polida afim de que os mesmos possam contabilizar os efeitos positivos e negativos mediante a possibilidade de ocorrerem efeitos adversos sobre a eficiência e estabilidade.

3.0 – TEORIA DOS MERCADOS CONTESTÁVEIS

O papel da concorrência potencial foi levado às últimas consequências no trabalho de Baumol, Panzar e Willig (1982), em que é apresentada a Teoria dos Mercados Contestáveis.

Um mercado será perfeitamente contestável se:

- a) Não existirem restrições institucionais, vantagem absoluta de custos, diferenciação de produto ou qualquer outra restrição à entrada;
- b) Não existirem barreiras à saída, ou seja, as firmas estabelecidas podem abandonar o mercado sem que com isso incorram em qualquer custo; e
- c) O tempo de resposta da firma estabelecida a uma eventual entrada for superior ao tempo que a entrante leva para iniciar operações, podendo esta abandonar o mercado antes de uma retaliação de preços.

No modelo desenvolvido por Baumol *et alii.* (1982), a estrutura de mercado é resultado de aspectos tecnológicos incorporados na função de produção e do padrão de concorrência ditado pela contestabilidade do mercado. A função de produção e os preços dos fatores de produção definem se uma dada configuração da estrutura de mercado é factível, ou seja, se ela permite a operação sem prejuízo por parte das empresas. É sustentável se ela não induz a entrada de outras firmas ao permitir a realização de lucros temporários.

A proposta da Teoria dos Mercados Contestáveis surge como uma tentativa de se fazer uma síntese entre a Organização Industrial e a microeconomia tradicional. As duas grandes contribuições da Teoria dos Mercados Contestáveis para a microeconomia tradicional foram :

- 1^a) A dissociação entre concentração de mercado e poder de monopólio;
- 2^a) A identificação de barreiras à saída como um importante determinante da concorrência nos mercados.

Para a TMC, um oligopólio, desde que perfeitamente contestável, pode ser uma estrutura de mercado eficiente. Como consequência, a análise da concorrência deve centrar-se nas três condições que caracterizam a contestabilidade, ao invés de ter a concentração de mercado como indicador mais relevante do poder de mercado.

4.0 – POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A concorrência apresenta vários mecanismos de seleção definidos pelo ambiente onde se encontra de forma que, para cada situação, podem preponderar variáveis distintas. Assim, a vantagem competitiva pode adquirir um peso diferente dependendo do ambiente onde se insere. Ela pode influenciar no ambiente, mas a capacidade dos competidores de alterá-lo não é eliminada, pois são frutos desse mesmo ambiente.

A concorrência, então, é um processo definido dentro desse ‘espaço’ pela qual o competidor pode auferir vantagem competitiva, à medida que consiga descobrir uma

modificação no seu processo produtivo capaz de reduzir seus custos, por exemplo, ou que consiga melhorar sua imagem numa determinada linha de produtos.

Conforme Khemani e Dutz (1992), os principais objetivos de uma Lei de Defesa da Concorrência podem ser sintetizados, para fins metodológicos, na visão de três escolas de organização industrial : a Escola Estruturalista, a Escola de Chicago e a Escola Estadista ou de Política Industrial. A primeira escola considera de suma importância a existência de um ambiente concorrencial, bem como um conjunto de ações sistemáticas do Estado no sentido de defender a concorrência.

A escola de Chicago, apesar de compartilhar da visão da Escola Estruturalista no que se refere à importância da concorrência, é pouco receptiva à idéia de um Estado muito atuante nessa área. Já a Escola Estadista, por não acreditar que a concorrência seja algo importante para o desenvolvimento do País, não acredita na ação do Estado para materializá-la.

Dessa forma, a Escola Estadista ou de política industrial acaba convergendo, no que tange à prescrição de políticas, para uma visão típica de Chicago quando se trata do tema defesa da concorrência. A divergência entre as duas escolas aparece, entretanto, em relação a quase todo o tipo de ação de fomento industrial pelo Estado.

Um dos pontos importantes a destacar é que a Escola Estruturalista, além de conferir um papel proeminente à ação do Estado na defesa da concorrência, o faz não só na regulação das condutas anticompetitivas, mas, também no controle das estruturas de mercado pelo órgão responsável pela política de concorrência.

O quadro I a seguir faz um comparativo das três escolas no que tange à questão da defesa da concorrência, segundo a análise de Khemani & Dutz :

Quadro I - Políticas de Concorrência nas Três Escolas

Características	Escola Estruturalista	Escola de Chicago	Escola Estadista ou de Política Industrial
Importância da Concorrência	Alta	Alta	Baixa
Necessidade da Ação do Estado em Prol da Concorrência	Alta	Baixa	Nenhuma
Correlação – Estruturas de Mercado e Condutas Anticompetitivas	Forte	Fraca	Não é um problema relevante
Barreiras à Entrada	Geradas por estruturas concentradas	Geradas, principalmente, por falha de governo	Não é um problema relevante
Abrangência da Política de Concorrência	Forte Intervenção na Estrutura	Minimalista, visando evitar intervenções excessivas, restringindo-se ao combate à cartelização e eliminação das barreiras criadas pelo governo.	Minimalista, dado que tais políticas atrapalhariam competitividade das empresas nacionais, reduzindo as respectivas escalas.
Objetivos Principais da Ação do Estado	Desconcentração dos mercados e melhoria da distribuição de renda	Eficiência microeconômica	Competitividade com governo ativo no “ <i>pick the winners</i> ” e favorecendo ganhos de escala.
Avaliação da Relação Positiva entre Concentração e Lucro	Indicativo de práticas monopolistas	Performance superior das empresas mais concentradas	Performance superior das empresas mais concentradas
Intervenção em Preços	Não é uma questão relevante	Nenhuma	Forte

Fonte : Khemani & Dutz

A política de defesa da concorrência pode ser definida como congregando aquelas ações e parâmetros regulatórios do Estado que estão voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, tendo em vista preservar e/ou gerar eficiência econômica no funcionamento dos mercados (FARINA, 1996, p. 37).

Tal política apresenta duas motivações básicas : (i) o reconhecimento de que atitudes cooperativas e de atenuação da rivalidade entre firmas podem - ainda que não necessariamente o façam - ter resultados negativos sobre a eficiência estática, e mesmo dinâmica, do sistema econômico; e, (ii) o reconhecimento de que as firmas podem adotar condutas que geram benefícios privados a partir de um enfraquecimento da concorrência, tais como a prática de preços predatórios para a eliminação de competidores ou o uso de contratos de exclusividade na distribuição de produtos para evitar a entrada de competidores potenciais.

A partir dessas motivações, a política de defesa da concorrência busca atuar sobre as condições de operação dos mercados tanto através de uma influência direta sobre as *condutas* dos agentes, como também por meio de ações que afetam os parâmetros *estruturais* que as condicionam (POSSAS *et alii*, 1995). No primeiro caso, a implementação da política consiste basicamente em desestimular e coibir comportamentos ou práticas anticompetitivos - tenham estes uma natureza vertical ou horizontal - por parte de empresas que detêm poder de mercado, ou seja, que são capazes, por suas ações, de gerar situações em que a concorrência é inibida e os consumidores finais, direta ou indiretamente, prejudicados. Trata-se, portanto, de evitar, através da ameaça de punição, as condutas empresariais que visem a restringir a ação dos concorrentes, limitar o alcance da competição por intermédio de algum tipo de colusão e/ou impor compradores (vendedores) condições desfavoráveis na aquisição de produtos.

Normalmente, tais condutas são classificadas em dois tipos : (i) as práticas restritivas *horizontais* reduzem a intensidade da concorrência afetando as interações

entre as empresas ofertantes de um mesmo mercado, abrangendo, por exemplo, a combinação de preços, a cooperação entre concorrentes e a construção de barreiras à entrada; (ii) as práticas restritivas *verticais* limitam o escopo das ações de dois agentes que se relacionam como compradores e vendedores ao longo da cadeia produtiva ou nos mercados finais, incluindo condutas como a discriminação de preços e a imposição de listas de preços por parte dos fabricantes sobre distribuidores.

A intervenção de caráter *estrutural*, que também pode ser horizontal ou vertical, procura impedir o surgimento de estruturas de mercado que aumentem a probabilidade de abuso de poder econômico por parte das empresas que o integram. O controle dos assim chamados *atos de concentração verticais* está focado sobre as fusões, aquisições ou *joint ventures* entre empresas que se relacionam - ou podem se relacionar - ao longo de uma determinada cadeia produtiva como vendedores e compradores. Já nos atos de concentração horizontais, a preocupação das autoridades antitruste está direcionada para aquelas situações que envolvem empresas concorrentes em um mesmo mercado, podendo levar a uma eliminação - total ou parcial - da rivalidade entre os agentes envolvidos.

Assim, os controles *estruturais* buscam limitar a ocorrência e a extensão de fusões, aquisições ou *joint ventures* que visem exclusivamente à dominação de mercados e/ou que impliquem a redução do grau de competição nos mercados onde se realizam, sem a devida *contrapartida* em termos de geração de *eficiências produtivas*. Evidentemente, não se supõe que todos os atos de concentração são motivados pelo desejo de monopolizar mercados e geram efeitos anticompetitivos. A busca de eficiência, em termos, por exemplo, de maior aproveitamento de economias de escala ou redução de ineficiências gerenciais, também constitui importante fator explicativo da ocorrência de fusões, aquisições e diferentes formas de parceria entre empresas.

A forma específica pela qual as políticas de defesa da concorrência enfrentam essas questões varia de país para país, embora várias semelhanças possam ser

observadas, sobretudo no que diz respeito ao objetivo básico da legislação antitruste de exercer *algum tipo de controle* sobre atos de concentração e sobre as condutas das empresas que detêm poder de mercado ². Ademais pode-se identificar, para cada área de aplicação das políticas de defesa da concorrência, certas linhas mestras no que diz respeito à concepção econômica que as guia.

4.1 – FUSÕES E AQUISIÇÕES HORIZONTAIS

A análise antitruste de atos de concentração de natureza horizontal é realizada por meio dos seguintes passos básicos : (i) estimativas das participações das empresas no mercado relevante; (ii) avaliação do nível das barreiras à entrada; e (iii) exame das eficiências econômicas geradas pela operação. Em geral, operações que implicam aumento considerável do grau de concentração em mercados caracterizados por elevado nível de barreiras à entrada e baixo dinamismo tecnológico, além de não apresentarem evidências da geração de ganhos de eficiência produtiva significativos, tendem a não ser autorizadas pelas autoridades antitruste.

No que se refere ao grau de concentração, este é usualmente aferido por indicadores tais como a participação de mercado das quatro maiores firmas (CR4) ou do índice *Herfindahl-Hirschman* (HHI), calculado por meio da soma dos quadrados dos *market shares* individuais das firmas participantes no mercado relevante.

2. Para um exame comparado das legislações antitruste em diversos países, ver BRAULT (1995).

4.2 – INTEGRAÇÃO VERTICAL

A política de defesa da concorrência atua sobre movimentos de integração vertical que envolvem aquisições e fusões entre empresas pertencentes a uma mesma cadeia produtiva. Tradicionalmente, duas foram a preocupação das autoridades antitruste face aos movimentos de integração vertical : (i) o aumento das *barreiras à entrada*; e (ii) o surgimento de *foreclosure*, isto é, situações nas quais uma empresa impede que outras tenham acesso ao seu mercado.

Em ambos os casos, a emergência de possíveis efeitos anticompetitivos depende da existência de poder de mercado em pelo menos um dos mercados envolvidos na integração vertical - devendo-se notar que a presença de poder de mercado é condição necessária, mas não suficiente, para que tais efeitos anticompetitivos resultem de um ato de concentração vertical..

4.3 – FUSÕES E AQUISIÇÕES CONGLOMERADAS

As fusões ou aquisições conglomeradas - isto é, realizadas entre empresas situadas em mercados relevantes distintos - são vistas como potencialmente anticompetitivas à luz das teorias da concorrência potencial. Os possíveis efeitos anticompetitivos de uma operação de aquisição, fusão ou associação entre uma empresa já instalada no mercado e uma entrante potencial resultam de uma redução da ameaça de entrada que estaria impedindo uma elevação de preços e margens.

4.4 - PRÁTICAS RESTRITIVAS VERTICAIS

As práticas restritivas verticais abrangem uma ampla variedade de condutas e relações contratuais entre compradores e vendedores ao longo de uma determinada cadeia produtiva, em sua maior parte consistindo em limitações impostas pelos fabricantes de produtos ou serviços sobre as ações de agentes econômicos nas etapas anteriores ou posteriores à sua na cadeia de produção (SULLIVAN e HARRISON, 1988, p. 147)³.

3. SULLIVAN e HARRISON, 1988, pp. 191-96; ou os 1984 Non-Horizontal Merger Guidelines do Departamento de Justiça dos EUA..

CAPÍTULO II - ORIGEM DA POLÍTICA ANTITRUSTE, BASEADA NO HISTÓRICO DA EXPERIÊNCIA AMERICANA

As principais leis federais destinadas a preservar ou promover a concorrência surgiram em um período excepcional da história econômica americana que se seguiu a Guerra Civil, quando o “monopólio versus competição” como questão geral da política econômica, destacou-se pela primeira vez no plano nacional. O sistema de transporte e comunicação havia progredido substancialmente, estabelecendo a ligação econômica entre todos os Estados Unidos. Antes disso, a maioria das firmas vendiam nos mercados locais, protegidos dos rivais de fora pelos altos custos do transporte. Agora, com a diminuição desses custos e a rápida difusão de informações que revelavam onde era possível obter lucros, um número cada vez maior de firmas passava a competir mutuamente. E, ao mesmo tempo, a tecnologia industrial se modificava rapidamente em muitas indústrias. Novos tipos complexos de máquinas exigiam fábricas e firmas maiores do que antes e ameaçavam de desaparecimento as pequenas empresas mais antigas.

Essas tendências poderosas, levaram naturalmente os homens de negócios a procurar meios de diminuir a resultante pressão competitiva. Muitos foram os processos encontrados. Alguns tomaram a forma de acordos entre vendedores para fixar os preços, dividir os mercados, partilhar entre si em proporção predeterminadas os lucros da indústria etc.. Outros processos envolviam a combinação de firmas independentes numa indústria, através de vários recursos legais para elevar o grau de concentração das vendas. Destaca-se entre esses últimos, a fusão direta, que naqueles dias freqüentemente constituía um caso espetacular, unindo dezenas de firmas numa única empresa gigantesca. Outra ainda, era o truste, recurso legal de colocar firmas independentes sob um controle comum. Para formar um truste, a maioria dos acionistas de certo número de companhias independentes transferiam suas ações com direito a voto para um único grupo de “depositários”.¹ Recebiam em troca, certificados que lhes davam direito a

1. Ou trustees, em inglês. Daí a denominação de truste . (N. do T.).

participar dos lucros das companhias operadas pelos depositários como um grupo. Os depositários podiam então administrar as firmas antes concorrentes, como uma empresa única, obtendo os lucros monopolistas possíveis. O recurso do truste desapareceu na passagem do século, mas não antes de dar seu nome a todo um ramo de política pública. Semelhante ao truste era a companhia em operação, nas mãos de uma recém-formada “companhia de *holding*”. Mas esta era mais simples do que o truste e podia ser formada apenas comprando ações ordinárias das companhias em operação, não sendo necessárias negociações e acordos complexos com os seus acionistas.

A ascensão desses tipos de combinação na indústria refletiu-se numa hostilidade pública para com seus processos. Algumas pessoas levantaram objeções à sua posição monopolista, particularmente os agricultores do leste, o que freqüentemente enfrentavam tais combinações diretamente como compradores ou fornecedores. Outros condenavam seu poder político e as táticas maldosas usadas pelos trustes, para eliminar seus rivais independentes. Em fins da década de 1880, foram baixadas leis estaduais que procuravam conter esses gigantes industriais. Não tiveram porém, utilidade prática. Uma empresa de truste ou uma combinação monopolista, ameaçada num estado, podia simplesmente transferir sua residência legal para outro estado. A Lei Sherman, aprovada pelo Congresso em 1890, parecia responder finalmente às exigências do “movimento antitruste”.

1.0 - A LEI SHERMAN DE 1890

Os Estados unidos é o país onde se originou a preocupação com o controle das estruturas de mercado. Esta preocupação se materializou via elaboração do *Sherman Act*, que recebeu este nome em homenagem ao seu criador, o Senador Sherman do Congresso Americano. O senador argumentava em seu discurso de 1890, sobre preservar a dispersão do poder: “Se os poderes concentrados de [um truste] forem depositados em um único homem, isto representa uma prerrogativa real, inconsistente com nossa forma de governo, e deve estar sujeita a uma forte resistência do Estado e das autoridades nacionais. Se não vamos admitir um

rei como poder político, não devemos também admitir um rei sobre a produção, transporte e vendas de qualquer bem necessário à vida”.

O *Sherman Act* contém a sua essência em dois breves artigos, cujo texto original pode ser citado na íntegra :

ART. 1: Todo contrato, combinação, na forma de truste ou qualquer outra, ou conspiração, para restringir o comércio entre os vários estados, ou com nações estrangeiras, será considerado ilegal. Toda pessoa que estabeleça tal contrato ou se empenhe em qualquer combinação desse tipo, ou conspiração, será considerada culpada, será punida com uma multa não superior a cinco mil dólares, ou pela prisão por prazo não superior a um ano, ou por ambas as penalidades, a critério do tribunal.

ART. 2: Toda pessoa que monopolize, ou procure monopolizar, ou combinar, ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, para monopolizar qualquer parte do comércio entre os vários estados, ou com nações estrangeiras, será considerada culpada de má conduta, e sendo considerada culpada será punida com uma multa não superior a cinco mil dólares, ou pela prisão por prazo não superior a um ano, ou por ambas as penalidades, a critério do tribunal.

O *Sherman Act* teve como objetivo proibir terminantemente os monopólios e os trustes. Cai na sua vedação todo contrato, ajuste em forma de truste ou acordo que restrinja o comércio entre os diversos estados ou países estrangeiros, e o monopólio ou tentativas de pessoas para monopolizar qualquer setor do comércio entre estados ou com nações estrangeiras. Essa lei englobava praticamente tudo e as exceções só podiam ser estabelecidas através de novas leis. O sentido de “restrição do comércio” tem sido definido por interpretação judicial há quase 100 anos. Além de combater o poder de monopólio já existente, a legislação americana procurou dificultar o processo dinâmico de concentração, de forma a manter as estruturas competitivas de mercado.

1.1 - POLÍTICA CONTRA OS MONOPÓLIOS

Nos Estados Unidos, o monopólio é definido em termos estruturais, mas não há definição jurídica da participação no mercado para que se aplique o conceito de monopólio; isso depende da interpretação e da jurisprudência.

A política norte-americana contra os monopólios, tal como a política contrária às práticas restritivas, começou com o Sherman Act, seção 2. O significado dessa lei depende do sentido da expressão “monopolizar” - conceito peculiar do direito norte-americano. O uso do verbo na voz ativa significa que as ações com a intenção de estabelecer um monopólio são ilegais e não o monopólio como tal, e que um monopólio conseguido por produtos ou capacidade competitiva superiores não será necessariamente ilegal. Por exemplo, em fevereiro de 1980, a Suprema Corte julgou que a Eastman Kodak tinha agido corretamente ao lançar, em 1972, a máquina com filme em rolo Instamatic. Uma das concorrentes da Kodak, a Berkey Photo, alegou que a primeira tinha abusado de sua posição de monopólio, lançando a Instamatic sem aviso prévio. A Berkey Photo, como fabricante das máquinas fotográficas, dependia dos filmes Kodak, não possuía portanto, uma câmera que aceitasse os novos rolos, pois a Kodak não tinha informado da mudança. A Berkey Photo ganhou o direito a uma indenização de 87 milhões de dólares num tribunal de instância inferior, mas esta decisão foi revertida num tribunal de apelação. A decisão do tribunal de apelação mantida pela Suprema Corte, afirmou que as leis antitrustes permitiam a “monopolização” se ela ocorrer por meio de aperfeiçoamento importante, que reduzam os custos ou melhore o produto, sem implicar práticas anticompetitivas. Isso ainda deixa sem resposta a questão importante do sentido de monopólio no direito norte-americano. Isso envolve não simplesmente o difícil problema da definição do mercado relevante como também o da participação de um monopólio no mercado, que não está definida por lei, mas que, segundo os tribunais, varia de acordo com a estrutura e outras características do mercado em questão. A redação da seção 2 do Sherman Act significa que ele pode ser usado para atacar as firmas oligopolistas e se puder mostrar que elas estão combinado ou conspirando para “monopolizar”.

1.2 - POLÍTICA VOLTADA PARA O OLIGOPÓLIO

Os problemas relativos ao oligopólio devem permanecer no âmbito da política contrária às práticas restritivas, pois muitas vezes nada existe entre as firmas envolvidas que possa ser descrito como acordo e, por isso, será preciso inferir o comportamento combinado a partir de evidências circunstanciais relacionadas com o comportamento de fixação de preços e assim por diante.

Na prática, nos Estados Unidos, os casos relativos a oligopólios têm sido examinados no âmbito da seção 1 do *Sherman Act* (conspiração ilegal) ou da seção 2 (cláusula de “monopolização”), mas nenhuma dessas abordagens tem tido muito êxito.

2.0 - LEIS CLAYTON DE 1914

As duas primeiras décadas de experiência da Lei Sherman não satisfizeram aos seus defensores originais. Em 1914 intensificaram-se as pressões em defesa das leis antitrustes. Desta forma, o Clayton Act, criado em 1914, tinha o objetivo de impedir antes de sua consumação, a criação de trustes, conspirações e monopólios. Ele prevê corretivos estruturais e de conduta. Quando existem ambos os tipos de correção, a opção por um ou outro é ditada basicamente por considerações práticas, podendo, portanto, ser considerada discriminatória. Se duas empresas tiverem cometido delitos igualmente graves nos termos da lei contra monopólio, mas uma delas tiver muitas fábricas e a outra, só uma, a primeira terá probabilidade muito maior de se sujeitar à penalidade mais drástica que é a dissolução.

O Clayton Act declarou ilegais quatro práticas específicas : a discriminação de preços, os esquemas de representação exclusiva e os contratos vinculados, a aquisição de ações de empresas concorrentes e as diretoras interligadas. Estas práticas apontadas seriam consideradas ilegais se o seu efeito fosse a redução substancial da concorrência ou uma tendência à criação de monopólio. O argumento contra posição tão restritiva afirma que há casos em que a firma adquirida não sobreviveria se não houvesse a fusão ou incorporação e que podem existir economias de custo ou outras vantagens econômicas.

O artigo 2 proíbe a discriminação de preços – cobrar a um comprador mais do que a outro pelo mesmo serviço – quando isso tender a reduzir a competição em qualquer linha de comércio.

O artigo 3 proíbe a um vendedor de exigir que os compradores de seus produtos se abstenham de comprar mercadorias de seus rivais, quando tal política tende a criar um monopólio. Esta cláusula restringe dois métodos de excluir os concorrentes. Impede os arranjos pelos quais o vendedor só dá ao comprador acesso a uma linha de suas mercadorias se este comprar também os demais produtos. O artigo 3 também impede os acordos de compra exclusiva, pelo qual o vendedor só dá ao comprador acesso à sua linha de mercadorias se este concordar em não comprar os produtos de quaisquer dos rivais do vendedor.

2.1 - POLÍTICA DE FUSÕES

Como acontece com outros aspectos da política de concorrência, são os Estados Unidos que têm não só a mais antiga, como também a mais severa das políticas contra as fusões. O primeiro dispositivo legal norte-americano contra as fusões aconteceu no artigo 7 do Clayton Act, que proibiu por lei a aquisição de ações de outra empresa. Esse dispositivo foi emendado pelo Celler-Kefauver Anti-Merger Act de 1950, que também proibiu as aquisições de patrimônios físicos quando seu efeito fosse uma redução substancial da concorrência ou a criação de um monopólio. Depois dessa lei, a política contra as fusões endureceu, e finalmente, em 1968, foi codificada num conjunto de diretrizes.

Essas diretrizes visaram esclarecer quais eram as fusões que reduziram substancialmente a concorrência e que, por isso, seriam obstada pelo Dep. De Justiça.

Há diretrizes diferentes para as fusões horizontais, verticais e conglomeradas. As diretrizes que se aplicam às fusões horizontais são uma combinação de concentração e de participação das firmas adquirentes e adquiridas no mercado. As diretrizes para a fusão vertical destinam-se a impedir que a integração vertical crie barreiras à entrada. As fusões conglomeradas serão contestadas se reduzirem a concorrência potencial (e não real), se

envolverem o perigo de compras recíprocas substanciais e se for criada uma posição dominante. Uma fusão que possa ser enquadrada em qualquer dessas categorias pode ser contestada pelo Dep. de Justiça, cabendo às firmas em questão provar que ela não reduzirá substancialmente a concorrência.

3.0 - LEI DA COMISSÃO DE COMÉRCIO FEDERAL DE 1914

A Lei da Comissão de Comércio Federal criou a comissão desse nome, com amplos poderes de investigar “ a organização, conduta, práticas e administração comerciais” de companhias que se dedicavam ao comércio interestadual. A lei também dava à comissão a responsabilidade de pôr em prática uma nova legislação antitruste, com a declaração clara de que “ os métodos desonestos de competição no comércio são declarados ilegais pela presente lei” . Cabia à comissão decidir o que era “desonesto” . Ao fazer tais determinações, a comissão podia emitir “ordens de cessar e desistir”. Depois de uma emenda à lei, em 1938, essas ordens tornaram-se de cumprimento obrigatório dentro de 60 dias, a menos que houvesse recurso aos tribunais. Literalmente, é difícil para o economista imaginar o que a palavra chave “desonesto” acrescenta à proibição das restrições do comércio encerradas na Lei Sherman. E a Comissão Federal de Comércio na realidade não encontrou uma forma clara de situar suas atividades de executora da lei, senão muito mais tarde, quando a Lei Weeler-Lea de 1938 acrescentou “atos ou práticas desonestas ou enganosas no comércio” aos atos que a comissão podia tentar impedir. A partir de então, a comissão iniciou sua carreira para punir práticas publicitárias enganosas.

4.0 - A LEI ROBINSON – PATMAN DE 1936

Preparada pela Associação Americana de Atacadistas de Mercenarias, essa lei emendava o artigo 2 da Lei Clayton, relacionada com a discriminação de preços. A lei visava não à discriminação de preços em geral, mas a impedir a discriminação de preços em favor dos grandes compradores (a cadeia de lojas) ou mesmo a forçar a discriminação contra os grandes

compradores. Sua principal provisão proíbe um vendedor de “discriminar no preço entre compradores diferentes e mercadorias de qualidade e graus iguais”, em certas condições. O vendedor não poderá discriminar quando o resultado “possa reduzir substancialmente a concorrência ou tender a criar um monopólio em qualquer linha de comércio” - cláusula que estava, antes, na Lei Clayton de 1914. Também não pode discriminar quando o efeito for “danificar, destruir ou impedir a concorrência com qualquer pessoa que conceda ou receba conscientemente os benefícios dessa discriminação”. A discriminação torna-se ilegal quando prejudica os competidores, bem como quando danifica a concorrência. As duas coisas são bem diferentes. Quanto menor a concorrência, tanto mais felizes se sentem os competidores. Um processo sadio de concorrência destrói os competidores ineficientes, mas sem elevar seriamente o nível de concentração no mercado.

A Lei Robinson – Patman encerrava também cláusulas que visavam a impedir que os grandes compradores obtivessem suas concessões de preços de outras formas. Por exemplo, o vendedor não pode dar descontos especiais aos grandes compradores para a comercialização e promoção de seus produtos, a menos que faça os mesmos descontos a todos os compradores que lhe ofereçam proporcionalmente os mesmos serviços. Não pode oferecer-lhes compensações pelo serviço de corretagem na transação – uma cláusula que exige discriminação contra o grande comprador quando ele mesmo proporciona o serviço na prática.

Nos Estados Unidos, a política da concorrência é posta em prática conjuntamente pela Divisão Antitruste do Dep. de Justiça e pela Federal Trade Commission, que é um órgão executivo. Uma vez estabelecida a existência de um acordo restritivo ilegal, a Federal Trade Commission expede uma ordem de “cessar e desistir” – uma determinação às empresas em questão para que abandonem as práticas julgadas contrárias à lei. As penalidades impostas pelos tribunais nos casos antitrustes dependem de o caso ser civil ou criminal. As penalidades criminais são o pagamento de multas e a prisão dos empresários transgressores, embora, na prática, essa última sanção raramente seja aplicada. Nos processos civis (isto é, nos casos que não envolvem delitos gritantes por si mesmos), o tribunal estipula, com certo grau de detalhamento, como deverá ser a conduta futura das partes envolvidas.

O objetivo econômico de uma política antitruste é proteger a concorrência e não transformar todos os mercados em estruturas competitivas perfeitas. Neste sentido, o objeto de tal política deveria limitar-se às práticas comerciais e não às estruturas de mercado. Entretanto, a idéia de que a estrutura determina a conduta sugere que ao se controlar as estruturas, pode-se obter práticas competitivas mais próximas do desejável.

CAPÍTULO III - HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DOS MERCADOS NO BRASIL

A adoção de políticas de competição, assim como de outras políticas de regulação, parte da constatação de que a existência de falhas de mercado, observando a presença de empresas com poder de mercado, mostra o distanciamento do *laissez-faire* tão defendido pelos economistas clássicos, da representação do modelo competitivo, que garante que as soluções de mercado sejam eficientes.

O objetivo da legislação antitruste é proteger e intensificar a competição para se atingir a inovação técnica e a eficiência produtiva e alocativa.

O desenvolvimento da defesa da concorrência de um país é um processo histórico que requer tempo, mudança cultural e investimento em instituições adequadas.

A história da regulamentação dos mercados no Brasil desenvolveu-se através de uma série de projetos de lei, regulamentos e medidas provisórias. A experiência brasileira foi marcada pela mescla de duas vertentes distintas em sua legislação.

O quadro II a seguir extraído do texto de Oliveira (1998)¹, apresenta a evolução da regulamentação :

1. Oliveira, G. : “ Defesa da concorrência em países em desenvolvimento : aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul “ (1998).

Quadro II : DUAS VERTENTES NA LEGISLAÇÃO REGULADORA DO MERCADO

Peça Legal	Data	Marco Constitucional	Órgão Aplicador	Vertentes		
				Proteção da Economia Popular	Transição	Defesa da Concorrência
DL 869	18/11/38	CF 1937, Art. 141		X		
DL 7666 "Lei Malaia"	22/06/45		Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)			X
Lei 1521	26/12/51			X		
Lei 1522	26/12/51		Comissão Federal de Abastecimento e Preços (CIFAP)	X		
Lei 4137	10/09/62	CF 1946, Art. 148	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)			X
Lei Delegada Nº 4	26/09/62	CF 1946, Art. 146	Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB)	X		
DL 52025	20/05/63	Regulamenta Lei 4137				X
Decreto 63196	29/08/68	CF 1967, Art. 83, II Revogado em 25/04/91	Conselho Interministerial de Preços (CIP)	X		
DL 92323	23/01/86	Revoga DL 52025 Regulamenta lei 4137				X
DL 99244	10/05/90		Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)		X	
Lei 8137	27/12/90	Retorno à configuração de atos contrários à ordem econômica como crimes		X		
Lei 8158 (MP 204/90)	9/01/91		Secretaria de Direito Econômico (SDE)		X	
Lei 8884	11/06/94	CF 1988, Art. 170 e 173	Transforma o CADE em autarquia			X
Lei 9021	30/03/95	Implementação da Autarquia criada pela Lei 8884/94				X
Lei 9069	29/06/95	Altera a Lei 8884/94				X
Lei 9470	10/07/97	Acrescenta parágrafo ao art. 4º da Lei 8884/94			X	

Conforme Oliveira (1998) as duas vertentes seja a da Proteção da Economia Popular, seja a da Defesa da Concorrência não existiram sob forma para ou preponderaram de forma exclusiva em determinado período histórico.

- Dec.- lei Nº 869, de 18 de novembro de 1938, descobre sobre crimes contra a economia popular, e conforme Hungria (1939) ² o referido decreto-lei foi inspirado nas propostas de Comissão de Reforma de Direito Penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americanas.

- Dec.-lei Nº 7666, de 22 de junho de 1945, também conhecido como “Lei Malaia” descobre sobre “os atos contrários à ordem moral e econômica” e que, entre outras inovações, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, predecessora do atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Este decreto-lei por provocar reações de ordem política e jurídica, bem como ponderações de sua inconveniência ³, que embora em vigor a partir de 01/08/45, não chegou a efetivamente atuar, sendo revogado, provisoriamente, pelo Min. José Linhares em 13/11/45, imediatamente após a derrubada do Estado Novo.

- A lei 1.521 de 26 de dezembro de 1951 discorre alterações nos dispositivos atinentes aos crimes contra a economia popular. Conforme assinala Forgioni ⁴ (1997, p.73), por exemplo, “a lei 1521 de 26.12.51, embora alterando, como diz em sua epígrafe, “dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular”, contém uma série de dispositivos tipicamente antitruste”.

2. V. Nelson Hungria, *Dos Crimes Contra a Economia Popular*, livraria Jacinto, 1939, p. 17.

3. Conforme Franceshini, et alli ver “Suplemento” A’, ao n. 123 de 28/07/61, do *Diário do Congresso Nacional*.

4. Forgioni, P. *Os Fundamentos do Antitruste*, tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, mimeo, 1997.

- A lei 1.522 de 26 de dezembro de 1951 autoriza o governo a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, e cria a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP).
- A lei 4.137 de 10 de setembro de 1962 discorre sobre a criação do CADE e regula o abuso de poder econômico. Ela é conhecida como a “ Lei Antitruste ” brasileira, pois contempla as ações que visam a monopolização dos mercados, ou seja, a sua estrutura. Esta lei foi sancionada pelo então presidente João Goulart. Após 1964 o CADE sofreu um processo de esvaziamento, em razão da própria política econômica do regime militar. Em 1985, com a Nova República, o CADE foi reativado pelo então Ministro da Justiça Fernando Lyra, transferindo-se do Rio de Janeiro para Brasília e renovando grande parte de seus funcionários.
- O Dec.-lei Nº 99.244 de 10 de maio de 1990 cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça, com o objetivo de agilizar os processos, aplicando sanções anteriormente à instauração do processo administrativo.
- A lei 8078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, vem corroborar a defesa do sistema de concorrência no que diz respeito aos interesses dos agentes econômicos no mercado e dos consumidores, além de intensificar leis de defesa da ordem econômica.
- A lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990 define os crimes contra a ordem econômica e tributária e as relações de consumo.
- A lei 8.158 de 09 de janeiro de 1991 instituiu as normas para a defesa da concorrência.
- A lei 8884 de 11 de junho de 1994 transformou o CADE em autarquia, fortalecendo-o no monitoramento das práticas dos setores oligopolizados e centralizando as ações do governo nessa área.

Quadro III - PRINCIPAIS PERÍODOS DA REGULAÇÃO DOS MERCADOS NO BRASIL

VERTENTES	PERÍODOS		
	1937 - 1988	1989 - 1994	1994 -
Defesa da Economia Popular	X	Período de	
Defesa da Concorrência		Transição	X

O quadro III apresenta de forma sintética as principais vertentes da legislação desde o Estado Novo. Da Carta de 1937 à de 1988, prevaleceu a vertente da proteção da economia popular, típica de uma economia marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica.

A prática da política econômica no Brasil nas décadas de sessenta até oitenta se aproximou do modelo da Escola Estadista, mas sem qualquer orientação da política que tivesse um caráter concorrencial. Nessa época, além de haver pouco espaço para uma ação repressiva do Estado para coibir práticas anti-concorrenciais, não cabia qualquer ação preventiva sobre a estrutura. Pelo contrário, conforme Salgado (1995)⁵ “concentrados, diferenciados, mistos ou fragmentados, os oligopólios, que desde então caracterizam a estrutura industrial brasileira, tiveram o Estado como seu principal artífice. Mesmo barreiras à entrada de natureza produtiva como escala e acesso à tecnologia foram - diretamente ou indiretamente - erigidas pela mão do Estado”.

5. Salgado, L. H. : “ Política de Concorrência : Tendências e o Estado da Arte no Brasil “ . Texto para Discussão N. 385 IPEA – outubro de 1995.

O período entre o final dos anos oitenta e o Plano Real (1994) abriu, por sua vez, uma etapa de transição na medida em que a economia sofreu uma abertura onde se promoveu um novo modelo de desenvolvimento com maior exposição à economia mundial, bem como a desregulamentação de preços.

O terceiro período se inicia com a estabilização dos preços obtida pelo Plano Real, onde se tornou possível deslocar a ênfase da política sobre aspectos estruturais, abrindo uma nova etapa na qual preponderou a defesa da concorrência sobre a vertente intervencionista. No plano jurídico, a lei 8.884 reaproximou a legislação brasileira à tendência internacional de defesa da concorrência, a medida que :

- Restabeleceu-se o poder de decisão de uma comissão de caráter técnico como o CADE, restringindo a atuação da administração central à instrução dos processos por intermédio da SDE, órgão substituto da SNDE.
- Transformou o CADE em autarquia, conferindo-lhe maior grau de autonomia.
- Introduziu-se de forma mais adequada o controle de atos de concentração.

Com a mudança procedida pela lei 8884/94, a decisão final acerca do controle dos atos de concentração é transferida para o CADE. No caso de punição de condutas anticompetitivas, a evolução da lei indica uma preocupação maior com o controle de estruturas. Enquanto que a lei 4137/62 não se previa qualquer penalidade estrutural, a lei 8158/91 já estabelecia que o CADE poderia no caso de infração, “ recomendar a desapropriação de empresas, de suas ações ou quotas” . A disposição da lei 8884/94, no sentido de uma maior intervenção na estrutura, é claramente muito maior conforme revela a redação do Art. 24, Inciso V, prevendo que o CADE pode estabelecer como uma das penalidades possíveis para condutas abusivas, “ a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade...” . A possibilidade de controle sobre a estrutura pelo CADE se torna, portanto, muito maior, através da punição de condutas abusivas.

Com relação ao controle das estruturas, é fundamental ter cuidado, especialmente em um país, onde, nesse particular, não há tradição. A utilização de índices de concentração como o HHI ⁶ para definir os efeitos sobre a concorrência nos moldes das orientações da Federal Trade Commission (FTC) dos EUA deve ser bastante relativizada para o Brasil.

6. Herfindhal Hirschman Index, ele mede o grau de concentração industrial e corresponde à soma dos quadrados das participações relativas na indústria, de cada um dos produtores.

CAPÍTULO IV - ASPECTOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA MEDIANTE EXPERIÊNCIA DO CADE

1.0 - ASPECTOS BÁSICOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Os princípios gerais que fundamentam a análise da defesa da concorrência segue os seguintes aspectos :

- A concorrência é o fundamento da economia de mercado. É a concorrência que faz as empresas competirem entre si para procurar fornecer uma quantidade cada vez maior de produtos a preços cada vez mais baixos;
- A livre concorrência obriga os fabricantes e os fornecedores a manter seus preços em níveis baixos, pois os colocam sempre sob a expectativa de que outros concorrentes possam baixar seus preços e conquistar sua clientela;
- As empresas expostas à livre concorrência tendem a ficar mais atentas aos desejos e expectativas dos consumidores, porque correm o risco de ser ultrapassadas por concorrentes que lancem produtos mais ao gosto do público;
- As firmas que detêm posição de monopólio não fornecem aos consumidores os produtos de que necessitam, mas somente aqueles que lhes interessa fornecer;
- A presença de concorrentes no mercado estimula investimentos e inovações a fim de que o mesmo se mantenha em pé de igualdade com seus concorrentes. Isso promove um maior desenvolvimento tecnológico que pode beneficiar a sociedade;
- A concorrência faz com que os preços tendam a refletir a relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. É um mecanismo automático, inerente à economia de mercado, que permite a redistribuição de recursos de maneira mais eficiente.

2.0 - CONHECENDO O CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é uma agência judicante que integra o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Criado pela lei Nº 4.137, de 1962, o CADE foi transformado pela lei Nº 8.884, de 1994, em autarquia

vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal. Ele tem a finalidade de zelar pela livre concorrência, difundir a cultura da concorrência através de esclarecimentos ao público sobre as formas de infração à ordem econômica e decidir questões relativas às mesmas infrações. As atribuições da agência estendem-se a todo território nacional. O CADE é composto de um presidente (com direito a voto, inclusive o de qualidade), que representa a autarquia, coordena, orienta e supervisiona as atividades administrativas e preside o Plenário, por seis conselheiros (com direito a voto) e um Procurador-Geral (sem direito a voto). Todos são indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal.

O CADE não atua sozinho. No Brasil, o controle do abuso de poder econômico é realizado pelo CADE juntamente com a SDE. Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Quando aparece uma denúncia, a SDE instrui o processo de averiguações, ou seja, recolhe documentos, elabora pesquisas e descreve os fatos.

A SEAE auxilia a SDE enviando outros estudos e relatórios. A SDE elabora seus relatórios levando em conta principalmente os aspectos jurídicos dos fatos, enquanto que a SEAE analisa principalmente os aspectos econômicos. O CADE, por sua vez é a instância julgante. Ele recolhe os relatórios das duas secretarias e tem a tarefa de julgar, decidir se as práticas relatadas são realmente abusivas e tomar providências.

3.0 - ABUSO DO PODER ECONÔMICO

Abuso do poder econômico ocorre toda vez que uma empresa ou grupo de empresas se aproveita de sua condição de superioridade econômica para prejudicar a concorrência. A legislação brasileira de defesa da concorrência não define previamente quais

práticas são abusivas. Ao contrário, ela é bastante ampla, permitindo a atuação do CADE para reprimir qualquer prática, proposital ou não, que possa causar um dano à livre concorrência.

Algumas das práticas que podem ser consideradas abusivas são as seguintes :

FORMAÇÃO DE CARTEL : as empresas nem sempre apreciam o jogo da livre concorrência. Elas preferem, às vezes, cooperar entre si, combinando preços, restringindo a variedade de produtos e dividindo pacificamente os mercados para manter suas receitas sempre estáveis. Para o consumidor e para outras empresas, isto significa não só ter que pagar mais pelos produtos do que eles realmente custam como também ter seu leque de opções diminuído.

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE : ser grande, em si, não é um mal. O mal existe quando uma empresa, por ser grande e dominar uma grande fatia do mercado, aproveita para criar condições que dificultam a entrada de concorrentes no mercado, mantendo assim sua posição dominante.

VENDA CASADA : forçar ou condicionar a venda de um produto ou serviço à compra de outro, como frete ou produtos de outra linha da mesma empresa, é limitar a concorrência.

SISTEMAS SELETIVOS DE DISTRIBUIÇÃO : as restrições impostas pelo fabricante ao distribuidor como, por exemplo, o preço de venda, a forma de apresentação da mercadoria, etc., são justificáveis apenas se servirem para manter um padrão eficiente de distribuição, serviços de manutenção e garantias para o consumidor. Mas se esses sistemas forem utilizados para discriminar distribuidores, vendedores e consumidores, podem ser prejudiciais à livre concorrência e devem ser coibidas.

PREÇOS PREDATÓRIOS : muitas vezes empresas utilizam a estratégia de baixar propositalmente os preços de seus produtos a valores inferiores aos de mercado, esperando, com isso, que seus concorrentes desistam deste mercado. No início, o consumidor

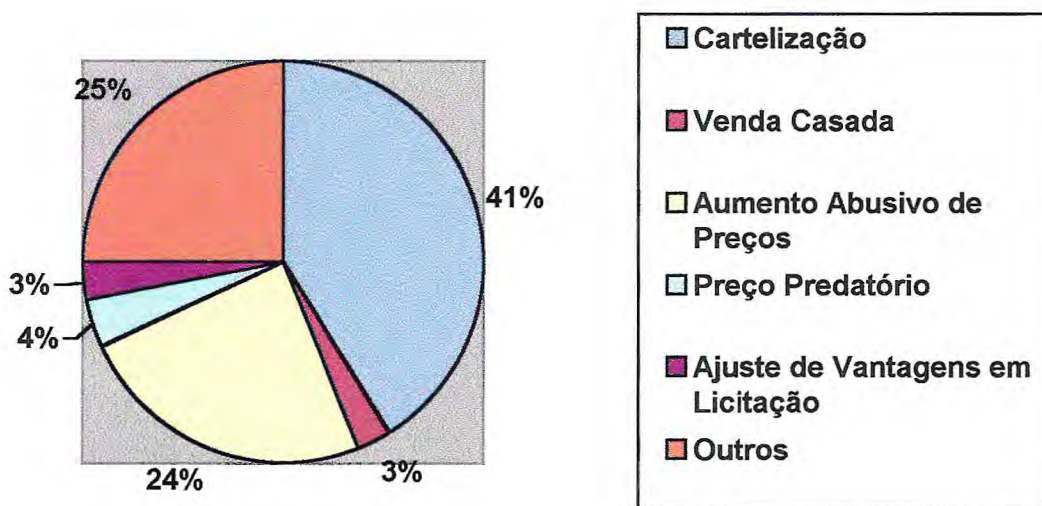
pode até ficar satisfeito com a possibilidade de pagar um preço baixo por um produto, mas com o tempo será certamente prejudicado pela falta de produtos substitutos.

3.1 - CONTROLE DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS : O PAPEL REPRESSIVO DO CADE

É importante realçar a ainda elevada freqüência de aumentos abusivos de preços, tanto nos processos julgados (24%), como em tramitação (21.1%). As condutas relacionadas a preços abusivos são as que apresentam a maior freqüência relativa nos processos em tramitação. Já no caso do número dos julgados, a maior incidência é de cartelização. Esses números de julgados relacionados à cartelização estão, contudo, superestimados se for levado em consideração o grande número de processos envolvendo mensalidades escolares, que geram distorção nas estatísticas, conforme dados encontrados no Relatório Anual do CADE de 1997.

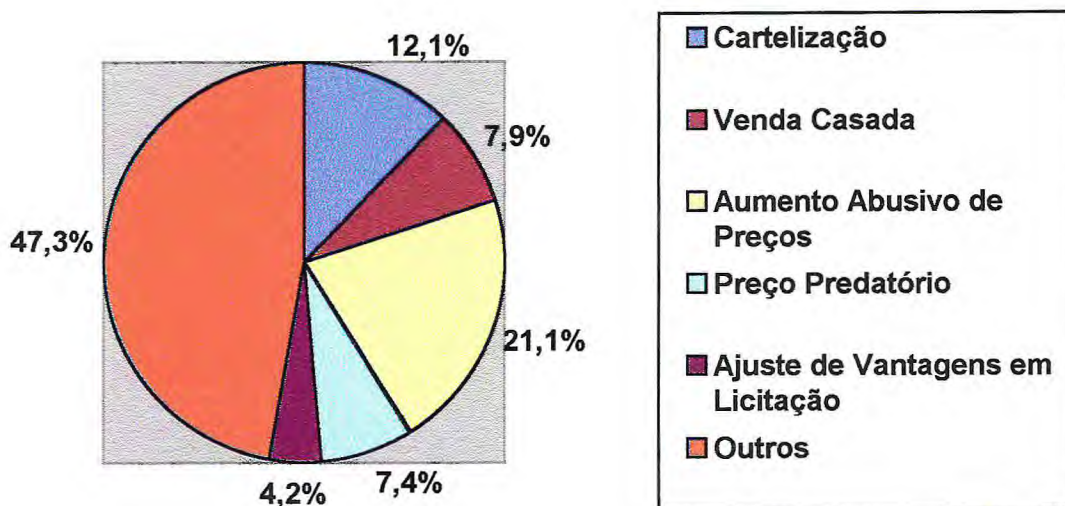
No quadro IV (FONTE : Oliveira, 1998) está a representação dos julgados de processos administrativos por tipo e conduta em 1997.

QUADRO IV



No quadro V (FONTE : Oliveira, 1998) está a representação da tramitação de processos administrativos por tipo de conduta em 1997.

QUADRO V



No entanto, comparando-se esses dados com os de 1996, constata-se uma evolução, já que os percentuais da conduta relativa a aumento abusivo de preços foi de 50.5% para os julgados e 43% para os processos em tramitação. Os dados de 1996 refletem o ambiente de inflação crônica anterior ao Plano Real.

Em uma economia inflacionária, o sistema de preços perde seu conteúdo informacional e sua função sinalizadora, tornando freqüente a percepção do aumento abusivo de preços. Não surpreende, portanto, que o CADE tenha julgado tantos casos dessa natureza. Em contraste, em uma economia estabilizada, subjacente a um aumento abusivo de preços há

normalmente outras práticas anticoncorrenciais que estão na raiz do primeiro, merecendo a atenção da autoridade de defesa da concorrência.

4.0 – O CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO : O PAPEL PREVENTIVO DO CADE

O CADE tem o poder de aplicar multas e obrigar empresas a desfazerem negócios, se perceber que elas estão atentando contra a livre concorrência.

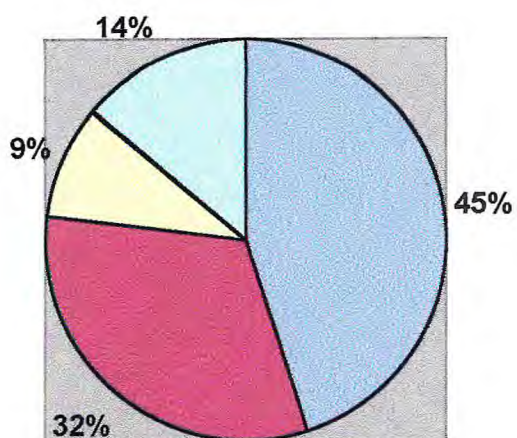
Os atos de concentração podem ser resultados de vários tipos de operação como aquisição, incorporação, *joint ventures* e outros. Estas operações fazem parte do processo natural do desenvolvimento de uma economia de mercado e não são, em si, práticas abusivas. Buscam aumentar a eficiência de uma empresa através da diminuição de custos, ganhos de escala e outros, mas, ao mesmo tempo podem restringir a concorrência. Por isso, elas devem ser aprovados pelo CADE.

4.1 - Atos de concentração por tipo de operação julgados pelo CADE (FONTE : Oliveira, 1998).

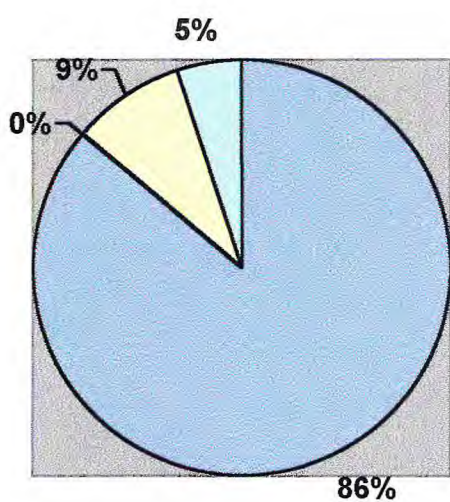
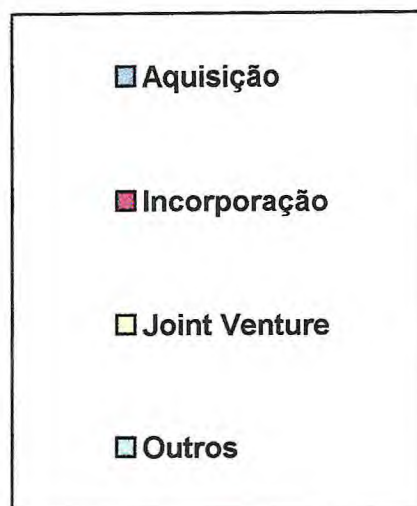
Uma parcela razoável das operações refletiu no mercado brasileiro os desdobramentos de transações realizadas no plano mundial, redefinindo estratégias de grupos internacionais. O caso brasileiro ilustra, assim, a forte mudança estrutural de mercados nacionais promovida pela globalização.

No quadro VI (FONTE : Oliveira, 1998) está a representação dos atos de concentração por tipo de operação julgados pelo CADE de jun/94 a dez/97.

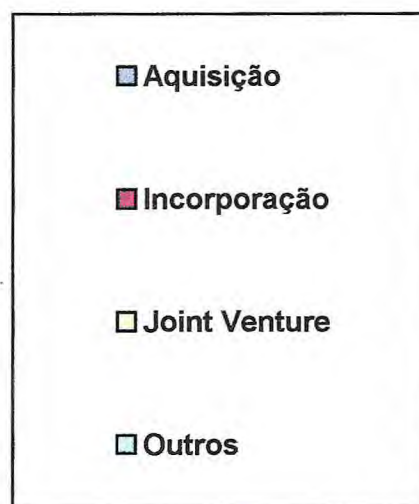
QUADRO VI



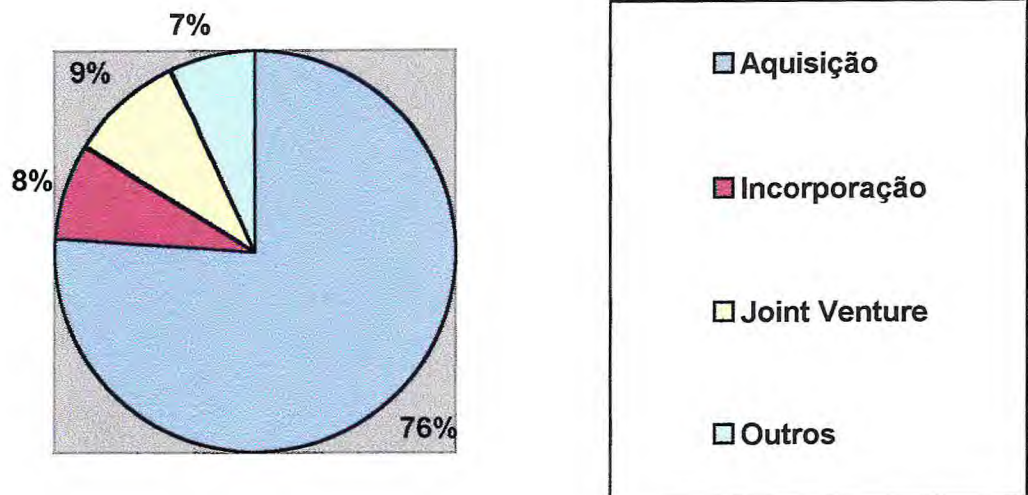
JUN 94 - MAR 96



MAI 96 - DEZ 97



JUN 94 - DEZ 97



4.2 - Atos de concentração por origem de capital julgados pelo CADE (FONTE : Oliveira, 1998).

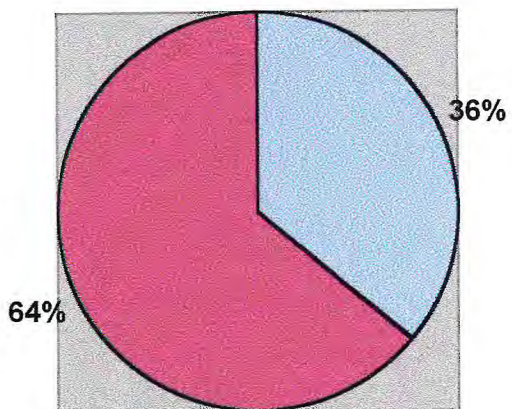
Coerentemente com as informações disponíveis acerca do forte crescimento do investimento externo no país, verificou-se a prevalência de empresas de capital estrangeiro bem como a preponderância de operações de aquisição sobre as demais modalidades.

É fundamentalmente ressaltar a importância de um controle eficiente e estritamente técnico de atos de concentração em uma economia como a brasileira. Sua ausência poderia permitir um domínio excessivo por grupos específicos com o conseqüente desestímulo a novos entrantes e amortecimento dos fluxos de capitais externos.

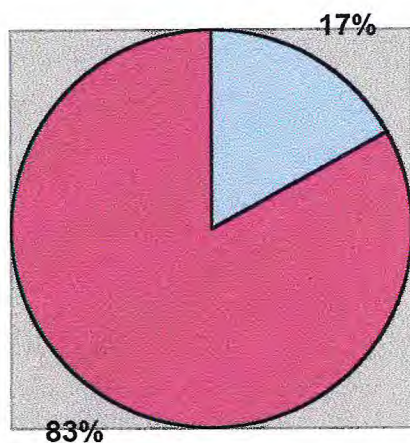
No quadro VII (FONTE : Oliveira, 1998) está a representação dos atos de concentração por origem de capital julgados pelo CADE de jun/94 a dez/97.

QUADRO VII

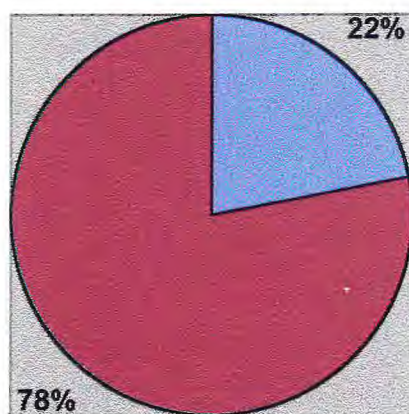
JUN 94 - MAR 96



MAI 96 - DEZ 97



JUN 94 - DEZ 97



Alerte-se, naturalmente, para o risco oposto e igualmente nocivo de substituir as antigas restrições ao capital estrangeiro nos marcos de uma economia fechada por qualquer tipo de discriminação contra o capital forâneo. A entrada de fluxos externos de investimento é, em princípio, benéfica à concorrência ao propiciar a entrada de novas empresas e/ou aumentar a rivalidade entre os participantes do mercado doméstico.

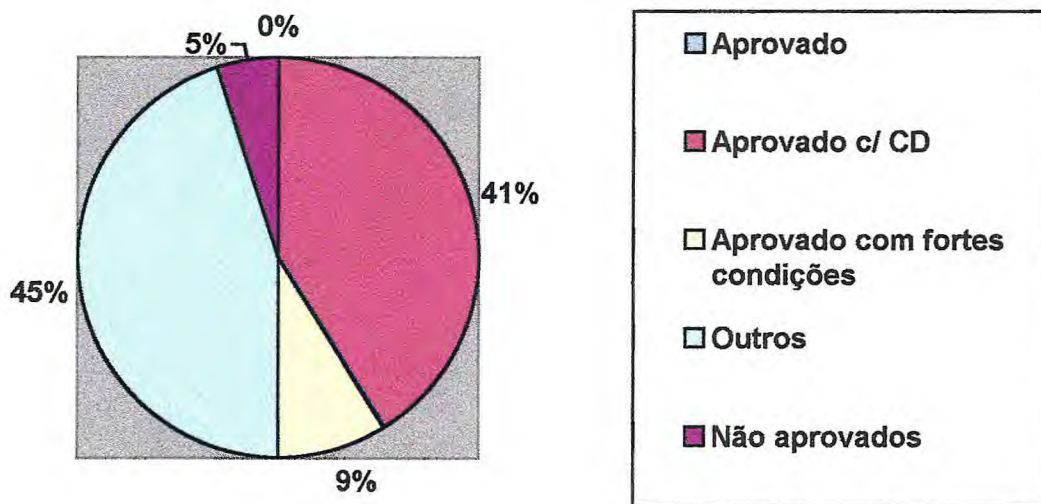
4.3 - Atos de concentração por tipo de decisão julgados pelo CADE (FONTE : Oliveira, 1998).

No Brasil, assim como em outros países, existem soluções intermediárias para o tratamento de atos de concentração que representem ameaça à concorrência, que não a simples reversão integral e/ou proibição de tais operações. Nos EUA, pode-se obter reestruturação do ato de concentração que infringe as leis de concorrência através dos chamados “Consent Orders”, que podem incluir venda de ativos físicos para terceiros, licenciamento de tecnologias, cessões de marca para terceiros, etc..

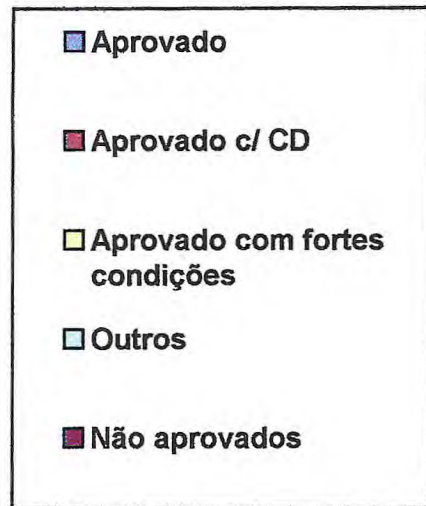
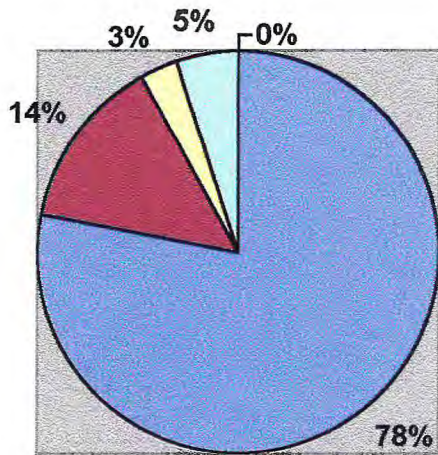
No quadro VIII (FONTE : Oliveira, 1998) está representado os atos de concentração por tipo de decisão julgados pelo CADE de jun/94 a dez/97.

QUADRO VIII

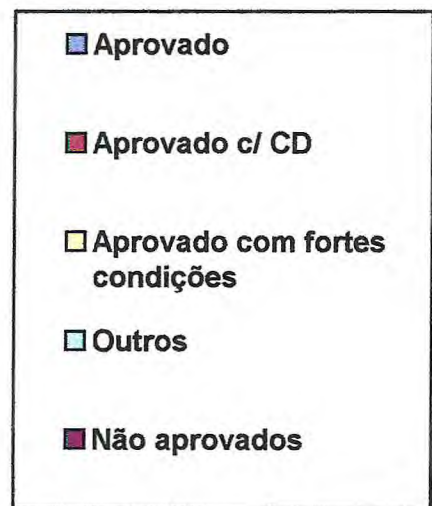
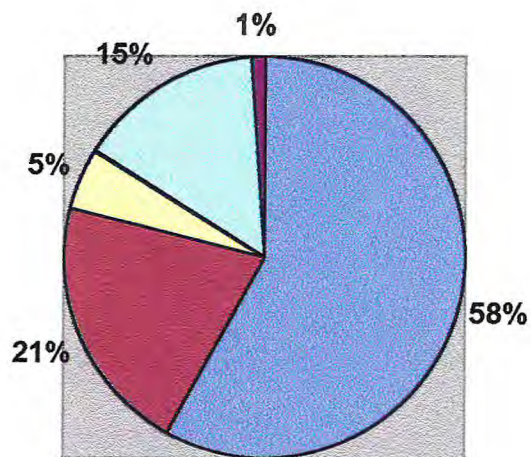
JUN 94 - MAR 96



MAI 96 - DEZ 97



JUN 94 - DEZ 97



No Brasil, o chamado “Compromisso de Desempenho (CD) “, regulado pelo Art. 58 da lei 8.884/94, é similar ao “ Consent Order” .

As cláusulas dos CD’s podem ser de dois tipos:

- a) Estruturais, envolvendo operações de venda, desconstituição, licenciamento de tecnologia, patente ou marca, “leasing” de equipamentos e máquinas etc., que objetivam reduzir ou eliminar os prejuízos à concorrência (Art. 54 inciso III), atenuando o poder de mercado resultante da operação. Esse tipo de cláusula é similar ao que é utilizado no Consent Order americano.
- b) Comportamentais, que visam compensar seja através de eficiências, seja por restrições da conduta dos agentes que se concentram, as restrições à concorrência geradas pela operação.

5.0 - JURISPRUDÊNCIA DO CADE SOBRE ATOS DE CONCENTRAÇÃO : DESCRIÇÃO DE TRÊS CASOS

A seguir será apresentado três casos que foram julgados nos últimos quatro anos e que tiveram grande repercussão em nosso país.

5.1 - COLGATE – PALMOLIVE COMPANY E KOLYNOS DO BRASIL S/A

A operação decorreu de uma compra realizada no exterior pela qual a Colgate adquiriu parte dos negócios mundiais de saúde bucal da American Home Products. Até a realização desta operação, a Kolynos do Brasil S/A era uma subsidiária da American Home Products, uma empresa gigante no ramo farmacêutico. A compra foi realizada em janeiro de 1995 no valor de US\$ 760 milhões.

A operação apresentou efeitos nos quatro produtos relevantes da área de higiene bucal : creme dental, escova dental, fio dental e enxagüante bucal. No entanto, apenas no mercado relevante de creme dental é que se entendeu haver ameaça substantiva à concorrência, dado o market-share de 78.1% obtido no mesmo, conforme quadro VI. O aumento do HHI na operação em cremes dentais também foi substancial atingindo 2691.5 em um mercado já considerado altamente concentrado.

QUADRO IX - MARKET-SHARE E CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE HIGIENE BUCAL

Empresas	Creme Dental	Escova Dental	Fio Dental	Enxagüante Bucal
Colgate	25.6	6.8	3.4	9.8
Kolynos	52.5	20.2	9.0	1.8
Colgate + Kolynos	78.1	27.0	12.4	11.6
Gessy – Lever	18.2	2.8	5.3	0
HHI antes da operação	3750.8	1970.2	3720.9	1771.3
HHI após operação	6442.3	2243.1	3782.3	1806.7
Var HHI	2691.5	272.9	61.4	35.4

FONTE : Colgate . Elaboração : CADE

O mercado relevante geográfico foi caracterizado como o nacional haja visto o baixo grau de contestabilidade das importações constatado.

Em Set/1996 o processo foi julgado e aprovado, com restrições, pelo CADE.

A principal barreira à entrada detectada se refere à diferenciação do produto a partir da marca, decorrente, principalmente, da forte lealdade do consumidor. Seriam necessários substanciais gastos de propaganda para introduzir uma marca nova no mercado.

Além disso, seria demandado o estabelecimento de um forte sistema de distribuição e vencer as resistências dos varejistas em fornecer espaço nas prateleiras para outros cremes dentais de menor rotatividade.

Por outro lado, as barreiras relacionadas à escala física de produção e acesso a tecnologias e insumos foram consideradas baixas. Assim, a Relatoria entendeu que qualquer medida de intervenção no mercado deveria focar a própria marca.

A Relatoria ofereceu três opções à Colgate, onde o objetivo de cada foi abrir espaço para novos concorrentes, atenuando, pelo menos temporariamente, a barreira representada pela marca.

Em 19/03/97 foi assinado o termo de compromisso da Kolynos do mercado por quatro anos e disponibilizar, através de oferta pública, parte da capacidade produtiva para fabricação de cremes dentais para terceiros.

Em Jun/1997 foi lançado o creme dental Sorriso em substituição à marca Kolynos. Ficando previsto no ano de 2001 a liberação da marca Kolynos ao mercado.

5.2 - BRAHMA E MILLER

A Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e a Miller Brewing M1855, Inc. submeteram à apreciação do CADE um conjunto de instrumentos contratuais firmados entre si com vistas à constituição e operação de uma *joint venture* denominada MILLER BREWING DO BRASIL LTDA – MILLER.

Constituída em 28/09/95, a nova empresa tem por objetivo social a fabricação, importação e exportação de produtos comestíveis e bebidas em geral; a exportação de suas

próprias marcas ou de marcas licenciadas, por seu intermédio ou de terceiros, dentre outras atividades.

Em Jun/1997 o CADE aprovou a constituição da *joint venture* denominada MILLER BREWING DO BRASIL LTDA., desde que aceitas pelas requerentes algumas condições relacionadas a seguir :

- ❑ Estabelecer como data final do prazo de vigência dos contratos e acordos firmados entre as requerentes o último dia do período de 24 (vinte e quatro) meses.
- ❑ Eliminar todas as referências a preços de produtos produzidos e/ou importados pela SKOL (Cervejarias Reunidas Skol – Caracu) em qualquer dos acordos e contratos firmados entre as requerentes relacionadas à presente operação;
- ❑ Eliminar de todas as referências a preços de produtos Brahma em qualquer dos acordos e contratos firmados entre as requerentes relacionadas à presente operação;
- ❑ Eliminar todas as referências a qualquer relação de preços entre as cervejas de marca Miller, Brahma e Skol.

Em 27/08/97, as requerentes apresentaram pedido de reapreciação e em 06/10/97 o Conselheiro – Relator as convocou para audiência com a finalidade de discutir a relevância dos fatos novos alegados. Sendo assim, desde 18/12/97 o pedido de reapreciação está à disposição para estudo do Relator.

5.3 - ANTARCTICA E ANHEUSER – BUSCH

A Companhia Antartica e a Anheuser – Busch firmaram contrato de associação, visando de um lado a cooperação na produção, marketing, uso da marca e comercialização da cerveja Budweiser no mercado brasileiro e, de outro, a assistência e cooperação visando a introdução e o aumento da participação de cervejas e de refrigerantes produzidos pela Antactica no mercado externo. Tal associação efetivou-se através da venda à

Anheuser – Busch de 5% das ações da Antarctica Empreendimentos e Participações (ANEP), empresa constituída com a finalidade de viabilizar a associação. Conforme estabelecido nos contratos, a Anheuser – Busch, nos próximos seis anos, poderá ampliar sua participação até o limite de 26.68%, permanecendo a Antarctica como majoritária com 70.32%, no mínimo. Além disso, foi formada uma *joint venture* constituindo-se a Budweiser Brasil Ltda, na qual a Antarctica participa com 49% do capital social e a Anheuser-Busch com os restantes 51%.

O CADE considerou que a entrada da Anheuser – Busch associada à Antarctica eliminava parte significativa da concorrência potencial representada pela empresa norte-americana. Desta forma, havia obrigatoriamente que ser demonstrada a realização de eficiências que compensassem as restrições à concorrência. Como as eficiências alegadas eram insuficientes para compensar, o CADE aprovou a operação com a condição de finalizar o acordo e contrato no último dia do período de 24 meses.

Em 01/10/97, o CADE foi devidamente comunicado da não aceitação pelas empresas das condições estabelecidas para aprovação da operação, sendo solicitado a reapreciação.

5.4 - CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ACORDOS DAS CERVEJARIAS

O posicionamento do CADE a respeito das associações entre as cervejarias Brahma e Antarctica e, respectivamente, as norte-americanas Miller e Anheuser-Busch provocou um debate acalorado.

Brahma e Antarctica detêm em conjunto algo em torno de 80% do mercado nacional de cervejas, enquanto as correspondentes associadas são as líderes no mercado norte-americano. Sem os acordos em tela de juízo, a entrada no mercado brasileiro das norte-americanas teria de se dar mediante investimentos próprios em capacidade produtiva, redes de distribuição e marketing.

O estabelecimento dos acordos manifesta, por si só, que tanto as empresas já instaladas quanto as potenciais entrantes avaliaram ser melhor para elas compartilhar estruturas de produção e distribuição já existentes, em lugar de sua eventual expansão pelas firmas recém-chegadas. Por seu turno, a delimitação de dois anos para os acordos, pelo CADE, teve como mira exatamente pressionar por aqueles investimentos e pela criação de capacidade instalada adicional no setor.

Aquele tipo de aliança estratégia de produção entre as cervejarias corresponde a um instrumento de internacionalização de empresas freqüentemente utilizado na economia mundial a partir dos anos 80. A intensa onda de investimentos externos cruzados entre as economias avançadas, durante a segunda metade daquela década, deu-se inclusive em grande parte mediante fusões, aquisições e *joint ventures* que economizavam a instalação de capacidade produtiva adicional nos correspondentes setores.

CAPÍTULO V - CONCLUSÃO

O trabalho de Mason (1939) caracteriza o início da pesquisa em Organização Industrial. O autor centraliza sua análise na grande empresa e introduz a idéia da firma ativa. Ele sugere um encadeamento causal entre Estrutura – Conduta - Desempenho onde o mesmo se preocupa em avaliar o desempenho de um determinado mercado frente ao desempenho esperado em uma situação ideal de concorrência perfeita.

Bain, na década de 50, retoma a conexão causal e vai buscar na estrutura de mercado suas principais explicações ao desempenho econômico, estando a conduta relegada a um segundo plano. Mas, sua maior contribuição à Organização Industrial foi a análise das condições de entrada como um importante determinante dos preços dos oligopólios, Tanto para Mason, quanto para Bain, sendo o desempenho considerado uma variável dependente, ele pode ser alterado mediante intervenções sobre a estrutura de mercado e a conduta das firmas, o que serviria como guia para as políticas públicas.

O paradigma de Estrutura – Conduta – Desempenho é um dos principais instrumentos de análise das políticas de defesa da concorrência. Uma vez identificados quais elementos da estrutura de mercado ou práticas das empresas são danosas à concorrência, o Estado pode fazer uso da legislação antitruste, a fim de atenuar as ineficiências derivadas do poder de monopólio.

Em 1982, Baumol coloca a concorrência potencial em destaque e apresenta a Teoria dos Mercados Contestáveis, onde se ressalta duas grandes contribuições à Organização Industrial que foi a dissociação entre concentração de mercado e poder de monopólio, bem como a identificação de barreiras à saída como um importante determinante da concorrência nos mercados.

As principais leis federais destinadas a preservar ou promover a concorrência surgiram nos Estados Unidos no final do século passado. O Sherman Act, de 1890, teve como objetivo proibir terminantemente os monopólios e os trustes. O Clayton Act de 1914 surgiu como instrumento legal para impedir a criação de trustes, conspirações e monopólios antes de sua consumação. Também em 1914 surgiu a Lei da Comissão de Comércio Federal que tem poderes de investigar a organização, conduta, práticas e administração comerciais. Em 1936 foi criada a Lei Robinson – Patman que emendava o artigo 2 da Lei Clayton, relacionada com a discriminação de preços.

Nos Estados Unidos, a política da concorrência é posta em prática conjuntamente pela Divisão Antitruste do Dep. de Justiça e pela Federal Trade Commission, que é um órgão executivo.

No Brasil, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE que tem a finalidade de zelar pela livre concorrência. O CADE atua juntamente com a Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça – SDE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE. A SDE instrui o processo de averiguações, a SEAE a auxilia enviando outros estudos e relatórios e finalmente o CADE julga.

Com a abertura dos mercados à concorrência internacional, a eliminação do controle de preços e o programa de privatização, verificou-se uma mudança na estratégia das empresas na busca de competitividade, através da racionalização e concentração de atividades, acesso a novas tecnologias e a novos mercados. Em face do processo de globalização, a perspectiva de crescimento do mercado interno e o reposicionamento estratégico das empresas têm levado a uma tendência de concentração. O crescimento do mercado de compra, fusões e incorporações é um processo recente na busca da competitividade a que foram submetidas as empresas brasileiras. Esse processo teve início com a abertura da economia às importações e se aprofundou com a redução da inflação.

Em 1995, no ano da aquisição da Kolynos pela Colgate, elas detinham juntas 75.3% do mercado. Hoje, juntas contabilizam 65.1%, resultado que sintetiza que a aprovação restrita dada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) à aquisição da Kolynos pela Colgate não foi inócua. Suspensa por quatro anos, a velha Kolynos, que era dona de metade do mercado em 1994, ao ser substituída pela Sorriso, sacudiu o segmento, perdeu 11% e abriu espaço para os concorrentes. A gigante Procter e Gamble, líder disparada do mercado norte-americano com sua marca Crest, onde disputa ponto a ponto com a Colgate, reverteu todas as expectativas no mercado ao não usar a oportunidade para fabricar sua pasta no país.

A força da megaconcentração se relativizou. Abriu-se espaço para a Gessy Lever, dona das pastas Close Up, Gessy Cristal e Signal, alavancar um crescimento de mais de 20% nos últimos dois anos. Criou-se também a oportunidade para produção de cremes dentais marginais que surgiram abundantemente no mercado com marcas próprias de supermercados.

Segundo o presidente do CADE, os benefícios que a aprovação restritiva da Kolynos foi a entrada de seis novas marcas no mercado, a queda de 15% do preço médio dos cremes dentais e condicionada a fusão, a criação de um mecanismo de entrada das marcas no mercado através da disponibilização, por oferta pública, de parte da capacidade produtiva da Kolynos do Brasil para produção de cremes dentais para terceiros.

O resultado, dois anos depois, é um mercado mais competitivo.

No momento atual todas atenções estão voltadas para a fusão da Brahma e Antarctica que se transformaram na Companhia de Bebidas das Américas, a Ambev, maior empresa privada brasileira e a terceira maior cervejaria do mundo, com 17.000 funcionários, 50 fábricas e um faturamento consolidado de 8.4 bilhões de dólares em 1998. Foi a maior associação em valor de ativos já feita no país. A Brahma tem o dobro do tamanho da

Antarctica. Seus acionistas ficarão com a maior parte dos papéis da nova companhia e seu modelo de gestão deve prevalecer daqui para a frente.

Nos próximos quatro meses, o CADE decide se aprova ou não a formação a Ambev. Seus representantes terão de escolher entre permitir o aparecimento de uma megacompanhia brasileira com dimensões globais ou barrar a união em nome de uma suposta proteção aos direitos do consumidor.

Nunca se viu nada parecido na história do capitalismo : oito das dez maiores associações já realizadas foram feitas em 1998. Apenas nos seis primeiros meses deste ano de 1999, as fusões e aquisições movimentaram no mundo algo como 1.5 trilhão de dólares. Cerca de 200 fusões, de todos os tipos e tamanhos, ocorrem por semana ao redor do mundo. Há empresas demais, fronteiras escassas, capacidade de produção em excesso, uma brutal concorrência em preços, capital em abundância girando pelo mundo.

BIBLIOGRAFIA

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatório Anual – 1996, Brasília, Fevereiro – 1996.

_____, Relatório Anual – 1997, Brasília, Março – 1997.

FARINA, E. M. M. Q., “ Desregulamentação : a experiência americana “. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro, vol. 20 (n. 2) , Agosto - 1990.

_____, “ A Política Antitruste no Brasil “. Texto de discussão N° 15/90, São Paulo, FEA / USP.

_____, “ Política Industrial e Política Antitruste : Uma Proposta de Conciliação “. *Revista do IBRAC*, 3 (8).

FONTENELE, A. *Progresso e Método na História das Teorias de Organização Industrial*. Tese de doutorado, São Paulo, FEA / USP, 1995.

_____, “ Das Análises de Bain à Teoria dos Mercados Contestáveis : Uma Inversão Metodológica na Construção de um Modelo – Síntese “. *Estudos Econômicos*. Vol. 26, n. 3, Set – Dez / 1996, p. 381 – 409.

FRANCESCHINI, J. I. “ Poder Econômico : exercício e abuso : direito antitruste brasileiro “. *Editora Revista dos Tribunais*, São Paulo – 1995.

GOMES, A. M. L. “ Concorrência, Globalização e Desenvolvimento, elementos para discussão à luz da experiência brasileira “.

KHEMANI, R. S., DUTZ, M. A. : “The instruments of competition policy and their relevance for economic development “. Chapter 2. (1992).

MATTOS, C. “ A Evolução Recente da Defesa da Concorrência no Brasil : Uma transição incompleta “. Texto para discussão, n. 5, CADE, Abril – 1997.

MASON, E. S. Prince and Production Policies of Large – Scale Enterprise. *American Economic Review*, v. XXIX, March 1939, p. 64 – 71.

- MORAIS, A. L. "Efeito CADE na Venda de Pasta Dental". *Gazeta Mercantil*, 23 / Julho / 1999.
- NASCIMENTO, C. A. "A Política de Concorrência no Brasil e o Novo Paradigma Regulatório". *Revista do BNDES*, v. 3, n. 5, Rio de Janeiro, Junho – 1996, p. 155 – 170.
- OLIVEIRA, G. "Defesa da Concorrência em Países em Desenvolvimento : aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul". *Idéias e Debate*, Instituto Teotônio Vilela, Brasília – 1998.
- PINHO, D. B., VASCONCELLOS, M. A. S.. "Manual de Economia", Editora Saraiva, São Paulo, 1998.
- PONDÉ, J. L., FAGUNDES, J., POSSAS, M.. " Custos de Transição e política de Defesa de Concorrência ". *Revista de Economia Contemporânea*, n. 2, UFRJ, Jul – Dez / 1997.
- POSSAS, M. L., "Estruturas de Mercado em Oligopólios", São Paulo, Hucitec, 1985.
- SALGADO, L. M., "Política de Concorrência : tendências recentes e o estado da arte no Brasil", *Texto para Discussão*, n. 385, Rio de Janeiro, IPEA, 1985.
- VASSALO, C. "Saúde ! A Associação entre Brahma e Antarctica aponta uma direção para as empresas brasileiras diante do fenômeno da globalização". *Revista Exame*, 14 / Jul / 1999.