



1º Lugar – Defesa e promoção da concorrência

Autor: David Curtinaz Menezes

Salvador - BA

**REFORMULAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES NA REDUÇÃO DOS CUSTOS DE
TRANSAÇÃO**

REFORMULAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA
E SUAS IMPLICAÇÕES NA REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Categoria: Defesa e promoção da concorrência

REFORMULAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA
E SUAS IMPLICAÇÕES NA REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

RESUMO

O presente trabalho se propõe a estudar a política pública de defesa da concorrência e mais especificamente, a reformulação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e como essa inovação institucional contribuirá para a redução dos custos de transação. Analisar-se-á as razões e os objetivos da proposta de reformulação tendo como referencial teórico, a Economia Neoinstitucional e a Análise Econômica do Direito. A proposta de reformulação do SBDC integra o conjunto de reformas microeconômicas resultantes do consenso pós-Washington as quais, juntamente com a estabilidade macroeconômica e outras variáveis, possibilitariam a criação de um ambiente favorável aos negócios. A demora na análise introduz um elemento de incerteza sobre o funcionamento das empresas envolvidas no ato de concentração afetando o planejamento destas e pode fazê-las optar por outras estruturas de governança. Ao racionalizar e fortalecer os órgãos do SBDC, tornando mais rápidos e seletivos os seus processos de análise, a proposta colabora para uma redução significativa dos custos nos quais incorrem os agentes econômicos que têm seus atos apreciados pelos órgãos antitruste. Para que fique melhor evidenciado como tais inovações poderão contribuir para a redução destes custos, realiza-se uma breve exposição da teoria dos custos de transação. O que se advogará neste trabalho é que caso as inovações institucionais previstas no projeto de reformulação do SBDC estivessem vigentes, os exemplos de custos de transação como os descritos ao longo do presente estudo poderiam ser atenuados ou até, evitados integralmente.

Palavras- Chaves: Defesa da Concorrência. Regulação. Custos de Transação. Análise Econômica do Direito. Economia Neoinstitucional. Reformulação do SBDC.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
ECT	Economia dos Custos de Transação
NEI	Nova Economia Institucional
PL	Projeto de Lei
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	
2	REFERENCIAIS TEÓRICOS	9
2.1	ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	9
2.2	ECONOMIA NEOINSTITUCIONAL	10
2.3	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	15
2.2.1	As escolas da AED	16
2.2.2	A análise econômica do direito e a defesa da concorrência	18
3	REGULAÇÃO ECONÔMICA E A POLÍTICA PÚBLICA DE DEFESA DA CONCORRENCIA	21
3.1	ORGANIZAÇÃO DA PRODUÇÃO E O PAPEL DO ESTADO	20
3.2	ESCOLAS REGULACIONISTAS	25
3.3	A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	27
3.3.1	Quadro analítico operacional	32
3.3.2	Estrutura de governança	35
4	REFORMULAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	41
4.1	ESTRUTURA ATUAL DO SBDC	42
4.2	INOVAÇÕES INSTITUCIONAIS	45
4.3	CRÍTICAS À PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO	50
	CONCLUSOES	52
	REFERÊNCIAS	55

ANEXO

60

1 INTRODUÇÃO

O diálogo entre Direito e Economia é antigo pois já no século XVIII, Adam Smith¹ estava estudando os efeitos econômicos decorrentes da formulação de normas jurídicas e Jeremy Bentham, por sua vez, associava legislação e utilitarismo. Assim, ambos demonstravam a importância de se ter uma análise interdisciplinar dos fatos sociais.

Mais recentemente, este movimento ganhou envergadura com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald Coase e *Some thoughts on risk distribution and law of tort* (1961) de Guido Calabresi. O primeiro demonstrou a importância do Direito para a análise econômica em um mundo com custos de transação positivos, evidenciando a importância do direito e da justiça na determinação das condições necessárias para a operação eficiente do sistema econômico. O segundo, por sua vez, enfatizou a importância da análise dos impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil.

Os campos em que o diálogo referido acima se mostra mais produtivo abrangem não apenas os direitos de propriedade, contratos, responsabilidade civil como também a defesa da concorrência. Entretanto, este trabalho se restringe a problemática da defesa da concorrência cuja importância está no fato de que em função das imperfeições de mercado torna-se necessário a sua regulação. Esta regulação deve se submeter a uma prévia análise econômica de forma a evitar que seus efeitos inviabilizem que a atividade econômica seja realizada com a maior eficiência possível.

O objetivo deste trabalho é fazer uma avaliação preliminar da regulação associada a defesa da concorrência e mais especificamente, da reforma do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Para tanto, o presente estudo compõe-se desta introdução mais três partes e uma conclusão.

¹ Para Smith, citado por DIAZ (2006, p. 4), o “papel do governo é garantir os direitos de propriedade e o cumprimento dos contratos para lograr a eficiência”.

Na primeira, apresenta-se o referencial teórico o qual é integrado por duas vertentes sendo a primeira, a economia neoinstitucional a qual estuda a influência do funcionamento das instituições e organizações sobre os tomadores de decisão econômica e destacar-se-á, em linhas gerais, a teoria dos custos de transação com o fito de melhor compreender os impactos das instituições em geral e da reformulação do SBDC na redução de tais custos. A outra vertente é a Análise Econômica do Direito a qual sustenta que deve-se considerar o ambiente normativo no qual os agentes econômicos atuam e sua influência sobre o comportamento deles. Nesta perspectiva, sustenta-se que o juiz, ao julgar, deve-se guiar pelos parâmetros legais sem olvidar das conseqüências econômicas e sociais das decisões que toma pois estas têm reflexos nos negócios, isto é, influencia a formulação do planejamento estratégico das empresas e até mesmo no Orçamento do poder público.

A segunda parte aborda a problemática associada a supressão da concorrência e a necessidade de uma política de defesa da concorrência. Adotar-se-á um enfoque que converge para uma visão de que Estado e mercado precisam ser vistos como complementos em que cabe ao primeiro estabelecer uma infra-estrutura institucional e por vezes, corrigir distorções de forma a permitir que o segundo funcione adequadamente. Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que a diferença na qualidade e na eficiência das instituições contribui, pois não é o único fator relevante², para explicar o por quê de alguns países se desenvolverem e outros não.

Na terceira parte haverá uma exposição da estrutura atual do SBDC, dos motivos que ensejaram a criação do projeto de reformulação do SBDC e das inovações previstas na proposta de reformulação do SBDC.

Por fim, tem-se a conclusão onde será demonstrado que a proposta de reformulação do SBDC é uma das medidas que compõem a agenda das reformas microeconômicas. Espera-se que a implementação desta agenda possibilite a criação de um ambiente propício aos

² Uma das críticas feitas a esse posicionamento é a de que países como China e Índia estão crescendo a níveis assustadores apesar de não contarem com instituições tão eficientes quanto às dos países desenvolvidos. Além disso, os críticos sustentam que não existem arranjos institucionais universalmente ótimos, ou seja, que devam ser adotados da mesma forma por todos os países. A idéia é que os países devem desenhar arranjos que levem em consideração suas características e seu grau de desenvolvimento.

negócios com o qual busca-se engendrar o crescimento econômico sustentável. A contribuição da reformulação do SBDC será a redução significativa dos custos de transação incorridos nos processos de rearranjos organizacionais de forma a tornar o sistema econômico mais eficiente.

2 REFERENCIAIS TEÓRICOS DO ESTUDO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O quadro analítico é composto de três vertentes (Economia dos custos de transação, a Análise econômica do direito e a Nova Economia Institucional). Isto porque a área de incidência da política de defesa da concorrência é o ambiente econômico o qual, em geral, apresenta custos de transação positivos. Razão pela qual utiliza-se como referencial teórico a ECT. Ocorre que as soluções que a visam a redução de tais custos levam em consideração o papel desempenhado pelas instituições e pelas estruturas de governança a partir de que torna-se necessário incorporar à análise os outros dois referenciais (AED e a NEI).

2.1 ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A presente abordagem tem sua origem nas proposições de Ronald Coase apresentadas na sua teoria da firma. Para Coase, a empresa e o mercado constituem modos alternativos de efetuar a alocação de recursos produtivos.

No artigo *the nature of the firm*, Ronald Coase propõe a internalização da produção de um bem ou serviço que anteriormente era demandado no mercado. Para Coase, esta solução se faz necessária quando: a) empresa puder produzir o bem a um preço menor do que o ofertado no mercado onde ela é demandante; b) os ganhos que resultariam da reorganização e concentração das atividades em uma empresa forem maiores que os custos da empresa para organizá-la.

Nesta teoria, Coase tenta encontrar as razões pelas quais os agentes econômicos optariam por desenvolver soluções contratuais que permitisse tomar decisões alocativas sem utilizar o mecanismo de preços (mercado). A resposta encontrada consiste na proposição de que a operação de mercado tem um custo vinculado a negociação do produto que pode ser

eliminado ou, pelo menos, reduzidos quando se forma uma organização e se cede ao empresário a direção dos recursos. Esses custos de utilização do mecanismo de preços são chamados de custos de transação.

Os custos de transação, segundo Coase (2006, p. 18), dizem respeito à descobrir com quem desejamos transacionar, informar aos agentes que desejamos intercambiar e em que termos, conduzir negociações que levem a um convênio, redigir o contrato, levar a cabo a inspeção necessária para assegurarmos de que os termos do contrato serão observados. Estes custos são impactados pelas instituições daí a relevância do estudo da AED que será abordada na última parte deste capítulo. Este trabalho ancora-se tanto na AED quanto na nova economia institucional a qual passamos a tratar agora.

2.2 ECONOMIA NEOINSTITUCIONAL

Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 13) lecionam que o objetivo do presente referencial é redefinir o modo pelo qual os economistas e outros cientistas sociais pensam e investigam a Economia, baseando-se no suposto realista da existência de custos de transação positivos, a partir do que pode-se desvelar o mecanismo de operação da firma no mercado e a relevância do direito para o funcionamento do sistema econômico.

A abordagem neoinstitucional resgata alguns conceitos centrais ao antigo institucionalismo Norte-americano. A saber: i) a economia vista como um processo contínuo, ou seja, rejeita-se a hipótese do funcionamento da economia como algo estático; ii) a importância das interações entre instituições, tecnologia e valores; iii) caráter multidisciplinar da economia, ou seja, análise econômica incorpora os trabalhos empíricos e teóricos realizados em outras disciplinas.(CONCEIÇÃO, 2002, p. 121). Entretanto, difere do velho institucionalismo pois estes rejeitam por completo a abstração da teoria neoclássica enquanto a NEI tende a adaptá-la a hipótese de custos de transação positivos, preservando todos os seus procedimentos analíticos.

Nesse sentido, a NEI seria uma complementação da teoria neoclássica pois embora objetive dar maior realismo a abstração dos modelos estáticos neoclássicos, não pretende substituir as teorias microeconômicas formuladas pela escola neoclássica.

Entretanto, deve-se salientar que, diferentemente da teoria neoclássica, a NEI não entende que o marco institucional seja dado, ou seja, uma variável exógena sobre a qual não se pode influir. Tamanha é a importância assumida por esta variável que a NEI a transformou em seu objeto de estudo de forma a analisar as implicações dos diferentes arranjos institucionais no desempenho da economia.

Richter (2007, p.24) usa os termos “abordagem da mão visível” e “abordagem da mão invisível” para diferenciar a análise da NEI e da economia neoclássica tradicional. A NEI usa a abordagem da mão visível pois entende que o equilíbrio ou a ordem não é espontânea uma vez que há mercados incompletos em função de um ambiente institucional inadequado em especial face aos direitos de propriedade. Portanto, esta ordem deve ser construída sendo este o papel das instituições. A economia neoclássica tradicional usa a abordagem da mão invisível pois entende que a economia tende naturalmente ao equilíbrio (Ex: equilíbrio do mercado e a mão invisível de Adam Smith).

Segundo Williamson (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p.18), a teoria neoclássica falha ao ver a firma apenas como uma função de produção pois negligencia o seu funcionamento interno. A implicação disso para a análise antitruste³ é que devido a essa visão restrita da firma, os neoclássicos usam a explicação do poder de mercado ou monopólio para descrever ganhos decorrentes de economia de escala e escopo, estratégias empresariais, entre outros. Nesse sentido é o pensamento de Coase, citado por Williamson (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p.18):

Um importante resultado da preocupação com o problema do monopólio é que, se um economista encontra alguma estratégia ou prática de negócio que ele não

³ Segundo Sandroni (2005, p.859), truste é o tipo de estrutura de empresarial na qual várias empresas, já detendo a maior parte de um mercado, combinam-se ou fundem-se para assegurar esse controle, estabelecendo preços elevados que lhes garantam elevadas margens de lucro.

compreende, imediatamente interpreta como prática monopolista. E, como neste campo somos ignorantes, o número de práticas de difícil explicação tende a ser grande, do mesmo modo que a interpretação de poder de monopólio.

A NEI enfoca, primordialmente, os aspectos microeconômicos dando ênfase à teoria da firma porém, ao incorporar a existência de custos de transação, usa uma abordagem diferente da teoria neoclássica tradicional. Esta é a razão pela qual a NEI tem como uma de suas hipóteses de trabalho a de que as transações e os custos de transação a elas associados definem o arranjo institucional da organização. A NEI tenta explicar que os arranjos organizacionais que diferem do mercado surgem como uma solução para as falhas existentes naquele.

O objetivo da NEI ao considerar a firma como não apenas uma função de produção como também uma estrutura de governança é enfatizar que tal estrutura pode ser construída, redesenhada e que a estrutura interna da firma tem propósitos e efeitos econômicos próprios.

Para Richter (2007, p.3), a NEI, em um primeiro momento, focou-se no estudo da transação e uma nova abordagem da teoria da firma. Em um segundo momento, com o aporte de Williamson, passou-se a estudar a falha de mercado a qual, segundo Williamson, é causada pela junção dos seguintes fatores: i) oportunismo; ii) incerteza; iii) racionalidade limitada, a partir de que se pode tratar da estrutura de governança adotada a qual varia do mercado a vista (a mais simples) a integração vertical (a mais complexa). Os fatores que definirão a opção a ser implementada são: i) ao próprio negócio e seus agentes a exemplo da especificidades dos ativos e o oportunismo dos agentes, ii) ao ambiente institucional como, por exemplo, a ineficiência das cortes, dependência bilateral, fracos direitos de propriedade, falhas de probidade, entre outros. As estruturas mais complexas apresentam custos mais elevados, em especial, os relacionados a sua burocracia.

Os autores da NEI rejeitam a premissa de escolhas racionais maximizadoras adotando, em seu lugar, o conceito de racionalidade limitada a qual decorre da limitação neurofisiológica (capacidade humana de acumular e processar informações) e de linguagem (capacidade de

transmitir informações). Tal racionalidade aliada a um ambiente complexo e incerto provoca as chamadas assimetrias de informação, ou seja, diferenças entre as informações detidas pelas partes envolvidas em uma transação.

A substituição do pressuposto da racionalidade absoluta pela racionalidade limitada implica na substituição do objetivo de maximização (ótimo) pelo de satisfação, ou seja, busca-se encontrar algo que seja bom o suficiente. Assim, contenta-se com uma situação de “quase ótimo”.

Em contraposição a teoria neoclássica, essa corrente sustenta que a ação individual não é soberana pois os agentes têm suas preferências e necessidades restringidas e influenciadas pela atuação de instituições políticas e legais. Serve ainda como instrumental alternativo a lacuna deixada pela teoria neoclássica pois visa compreender o funcionamento das organizações ao passo que aquela tem como objeto de estudo o funcionamento dos mercados.

Williamson (2007, p.3) pontua que a análise social deve ser feita em quatro níveis. A saber: 1) instituições informais; 2) ambiente institucional formal; 3) estruturas de governança; 4) alocação de recursos e emprego. Sendo que as anteriores impõem restrições às posteriores. O autor ressalta que embora estes quatro níveis sejam interconectados, a NEI atua, principalmente, nos níveis dois e três.

O primeiro nível é composto pelos costumes, tradições e pela religião. Estas instituições tiveram uma origem espontânea e por funcionarem como convenções sociais, elas têm um alto grau de inércia uma vez que possíveis mudanças requerem um amplo consenso. O segundo nível é integrado por instituições formais as quais embora sejam produto de um processo evolucionário são mais flexíveis que as informais pois possuem instrumentos os quais permitem que elas sejam redesenhadas. Tais instrumentos incluem os poderes executivo, legislativo e judiciário, a distribuição de poder entre os diferentes entes federativos. Neste nível, temas relacionados aos direitos de propriedade desempenham um importante papel (WILLIAMSON, 2007, p.4).

O terceiro nível enfatiza que é necessário analisar as instituições de governança as quais surgem para complementar a atuação do arcabouço legal o qual não é suficiente para reduzir satisfatoriamente os custos de transação uma vez que a atuação das cortes judiciais não é isenta de custos. O foco da análise são as relações contratuais de governança as quais objetivam mitigar os conflitos e possibilitar ganhos para ambas as partes. O quarto nível é a área de trabalho da análise neoclássica tradicional. Sob esta perspectiva, a firma é vista apenas como uma função de produção, a análise marginal é amplamente utilizada como instrumentos que permitem encontrar os pontos ótimos.

Os elementos centrais nas análises desenvolvidas pelos teóricos da NEI são as organizações e as instituições.

As organizações são relações contratuais coordenadas por mecanismos idealizados pelos agentes produtivos, interagem com o Direito pois, como afirmam Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 7), a firma enquanto um nexos de contratos, necessita de mecanismos que resolvam problemas como quebra contratuais, salvaguardas, problemas de inadimplemento, entre outros. Sejam estes mecanismos públicos (Ex: Tribunal) ou privado. Razão pela qual Williamson (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p.42) leciona que a economia neoinstitucional “opera em dois níveis: ambiente institucional (regras do jogo) e as instituições de governança (agentes produtivos ou jogadores)”.

Para explicar como um contrato desempenha o papel de uma estrutura de governança, Williamson (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p. 48) cita o ensinamento de Karl Llewellyn:

A maior importância dos contratos legais é oferecer uma estrutura para quase todo tipo de organização e para quase todas as formas de relações temporárias ou permanentes entre indivíduos e grupos .. – uma estrutura altamente ajustável, uma estrutura que quase nunca sinaliza com precisão o funcionamento das relações reais mas que permite grosso modo sinalizar variações da relação, oferece guia para dúvidas ocasionais e uma regra para recorrer quando a relação cessar.

Douglas North citado por Aguirre (ZYLBERSTAJN; SZTAJN,2005, p.239), conceitua as

instituições como sendo: “as regras do jogo”. As instituições são definidas pelo BIRD como sendo “as regras e os mecanismos que obrigam todos a obedecê-las”. São elas que, entre outras coisas, garantem o direito de propriedade, asseguram o cumprimento de contratos e regulam a competição no mercado. As regras podem ser informais ou formais. As primeiras são as decorrentes do costume e as segundas consistem em regras políticas (Ex: Constituição), regras econômicas (Ex: direitos de propriedade) e em contratos firmados entre as partes.

A razão da existência das instituições seria a busca da eficiência econômica. Neste sentido, as instituições são mecanismos concebidos para reduzir os custos de transação e o fazem por meio da adoção de regras estáveis que coordenam a interação entre os indivíduos e geram previsibilidade.

Douglas North, citado por Aguirre (ZYLBERTSJAN; SZTAJN, 2005, p. 234), chama atenção para o fato de que as instituições são criações dos seres humanos logo são modificadas por estes. Nesse sentido, ressalta que as mudanças institucionais se processam de forma incremental pois as mudanças são realizadas de forma gradativa para que se possa avaliar os seus resultados. A idéia é evitar uma grande mudança que poderia ser irreversível.

2.3 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A origem do presente referencial é encontrada em Ronald Coase o qual pregou que a inserção dos custos de transação na Economia demonstra a importância do Direito na determinação de resultados econômicos. Isto porque, o Direito ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre as pessoas, deverá considerar os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos, os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos.

Para Diaz (2006, p.2), trata-se da aplicação do aparato conceitual e das técnicas empíricas da economia ao estudo do direito⁴ tendo como objetivos: i) explicar por que existem as normas legais; ii) predizer os efeitos das normas em termos de eficiência na alocação e distribuição dos recursos; iii) decidir quais normas deverão predominar. A conclusão extraída desses objetivos é a de que as instituições legais não são dadas, ou seja, não são variáveis exógenas mas sim, endógenas e por isso, devem ser consideradas pelo sistema econômico.

A contribuição surgida dessa interação é que a economia ajuda a perceber a lei de uma nova forma: “como incentivo para mudar condutas (preços implícitos) e como instrumento para alcançar objetivos (eficiência e distribuição)” (COOTRER E ULEN, 1998, p. 14). Na opinião de Sztajn (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p.82), a AED é uma aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (normas jurídicas e sociais, usos e costumes e decisões judiciais), ou seja, uma “forma de pensar o Direito levando-se em consideração que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica”.

Como pode-se constatar é inerente a AED a idéia de se ter alguma espécie de avaliação econômica quando da formulação de normas jurídicas visando torná-las mais eficientes. Razão pela qual prega-se que os legisladores, ao aprovarem as leis, deverão levar em consideração os efeitos das normas jurídicas sobre a alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos.

2.2.1 As escolas de AED

A AED é representada, principalmente, por três escolas: Chicago (Ronald Coase e Posner), Yale (Guido Calabresi) e Virgínia (Buchanan).

⁴ Posner, citado por Cooter e Ulen (1998, p.11), afirma que “o aspecto mais importante da AED é colocar o estudo do Direito é uma base mais científica pois possibilita hipóteses precisas deduzidas da teoria e prova empírica das hipóteses”.

A primeira escola tem uma visão que enfatiza a descrição dos fenômenos e tenta quantificar os efeitos das normas aplicando conceitos econômicos e modelos econométricos às áreas nas quais os efeitos patrimoniais são relevantes.

Diaz (2006, p.4) sustenta que as premissas desta escola são: i) as regras do Direito Comum (*Common Law*) alocam os recursos de uma maneira eficiente no sentido de Pareto (Ver nota 7) ou de Kaldor-Hicks⁵; ii) O Direito Comum teria uma vantagem sobre o Direito Codificado (*Civil law*) pois, no primeiro, haveria um processo evolutivo de seleção de regras. Um ponto importante a ser destacado é a discussão sobre a aplicabilidade de um sistema de defesa da concorrência (SBDC) baseado nos sistemas de origem anglo-saxônica em um ambiente de direito codificado (*Civil law*). Isto porque nos primeiros, vigora o chamado direito consuetudinário cuja a matriz ideológica e quadro analítico diferem dos seus congêneres nos países de direito codificado.

O objeto da escola de Chicago na sua versão coasiana a qual se diferencia da versão posneriana não apenas pelos supostos racionalistas fortes mas também pela sua disseminação a todas as áreas do direito ao passo que a versão coasiana se restringe aos chamados direitos patrimoniais os quais constituem o núcleo do direito civil. São eles: propriedade e contrato. No âmbito dos direitos de propriedade se destacam as patentes as quais são direitos de propriedade que permitem a exclusividade no uso de um processo ou produto. As patentes são criticadas por serem consideradas como um processo de privatização do conhecimento embora possibilite a difusão da inovação através dos contratos de licença de uso. A idéia da proteção conferida pela patente é garantir aos inovadores que eles terão como recuperar os custos incorridos durante a descoberta da inovação. Uma outra crítica é a de que as indústrias que mais inovam (software, computadores e semi-condutores) historicamente tiveram problemas com imitação dos seus

⁵ É conhecida como eficiência de Kaldor-Hicks ou melhora potencial em termo de Pareto. Trata-se de uma situação em que uma ação gera ganhadores e perdedores porém os ganhadores obtêm um benefício maior que o prejuízo sofrido pelos perdedores. Assim, o benefício social foi maior que o custo social. Outro critério usado na AED é o de Rawls-Nash o qual prega que a maximização do bem estar requer algo mais que considerar os retornos totais para todos os membros da sociedade, ou seja, o bem estar da sociedade deve ser julgado de acordo com o bem estar dos seus membros mais fracos.

produtos e uma fraca proteção de patentes. Além disso, argumenta-se que a imitação pode ser benéfica ao aumentar a competição entre as empresas o que gera incentivos para novas inovações com o objetivo de produzir um produto diferenciado.

A escola de Yale é conhecida por ser normativa ou prescritiva uma vez que propõe mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas, ou seja, estimula a formulação de normas que “produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais” (DIAZ, 2006, p. 2). A premissa é a de que há uma necessidade de intervenção legal para corrigir as falhas de mercado e o objetivo central da lei deve ser a redistribuição.

Para identificar as diferenças entre as duas escolas, retrata-se, em linhas gerais, o debate entre Posner e Calabresi. O primeiro afirmou que a AED deve ter como paradigma, a maximização da riqueza social. Sob esse paradigma, uma transação seria desejável se aumentasse a soma da riqueza das partes envolvidas o que pode ocorrer ainda quando uma das partes tenha prejuízo. Para tanto, basta o ganhador ter obtido um ganho superior a perda experimentada pela sua contraparte (eficiência Kaldor-Hicks). Calabresi o criticou pois um aumento da riqueza não pressuporia melhora ao não ser que gerasse mudanças em outras dimensões (igualdade, utilidade, etc). Para este, a justiça requer não apenas o aumento da riqueza social gerado pela maior eficiência mas também uma maior igualdade social. Daí porque Calabresi (2006, p. 7) afirma que não há uma disjunção entre eficiência e equidade.

A terceira escola é conhecida como funcional e pretende incluir no debate a “influência das instituições, seja ela de mercado ou não, sobre os regimes legais e estudar as vantagens comparativas das fontes alternativas ao direito para regras eficientes” (DIAZ, 2006, p. 5).

O objeto de estudo da escola da Virgínia é a escolha pública que se ancora na aplicação do modelo neoclássico de decisão racional ao fenômeno político e visa analisar como os interesses privados operam no setor público. A premissa é de que os agentes privados (políticos, grupos de interesses, votantes e burocratas) buscam maximizar seus interesses o que não necessariamente coincide com o interesse público. Assim, a hipótese é que estes adotarão leis que beneficiarão grupos específicos e buscarão dispersar ao máximo os custos

para que estes sejam imperceptíveis.

2.2.2 A análise econômica do direito e a defesa da concorrência

Uma tema bastante emergente na AED é o que diz respeito ao desenho do marco regulatório o qual deve ser entendido como o conjunto de normas e diretrizes que regulam o funcionamento dos setores nos quais agentes privados prestam serviços de utilidade pública. Em tese, esta regulação é feita por um órgão independente com condições de defender os interesses dos cidadãos, do governo e das empresas concessionárias as quais obtiveram o direito de explorar o setor.

O marco regulatório visa criar um ambiente que concilie a saúde econômico-financeira das empresas com as exigências e as expectativas do mercado consumidor. Saliente-se que além de estabelecer as regras de funcionamento do setor, o marco regulatório contempla a fiscalização do cumprimento das normas, com auditorias técnicas e o estabelecimento de indicadores de qualidade.

O marco regulatório “claro” é uma das condições para atração de investimento pois é fundamental para inspirar confiança aos investidores e consumidores e em conjunto com a estabilidade das variáveis macroeconômicas, reformas microeconômicas, políticas públicas que aumentem a eficiência da atividade produtiva, proporciona um crescimento de longo prazo.

Gregório (2005, p.82) sustenta que a base institucional mais importante é definir como se resolve as disputas, quem será responsável por estabelecer os regramentos e quem se encarregará de administrá-los. Sustenta, ainda, que otorgar a independência, exigir prestação de contas dos reguladores e definir foros de discussão independente para resolver os conflitos envia um sinal significativo aos investidores sobre a estabilidade das regras do jogo. Sob essa perspectiva, o Estado têm como função ser uma terceira parte imparcial nos contratos ao qual incumbe assegurar a execução dos termos contratualmente estabelecidos.

No contexto acima descrito, a solução é ter um arcabouço legal que proporcione uma maior segurança aos agentes econômicos e gere maior celeridade na análise das condutas investigadas pelo SBDC de forma a reduzir os custos de transação. Por isso, sustentar-se-á neste trabalho que esta mentalidade deve permear o debate sobre a reformulação do SBDC posto que a razão de ser de instituições como o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é contribuir para tornar o ambiente econômico mais eficiente.

3 REGULAÇÃO ECONÔMICA E A POLÍTICA PÚBLICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A regulação econômica consiste em “manter a produção capitalista e, ao mesmo tempo, restringir a autonomia das decisões dos agentes privados, substituindo a busca do lucro por regras administrativas na determinação do comportamento da empresa regulada” (POSSAS, FAGUNDES, PONDE, 2002, p. 192). Tais regras podem ser classificadas em: limitações quanto à entrada e saída em um mercado, especificações quanto a qualidade dos produtos fornecidos e fórmulas para a determinação dos preços dos produtos oferecidos.

A regulação só irá assumir uma maior importância na época moderna pois, até então, predominavam os monopólios mercantis e coloniais os quais estimularam o nascimento do capitalismo uma vez que “nas circunstâncias dadas, somente pela monopolização podia ser assegurada uma margem de lucro suficiente para os empreendimentos capitalistas”. (WEBER, 1984, p.240-242). De forma que para se introduzir a regulação econômica em sua plenitude torna-se necessário apresentar o processo que resultou nas suas condições de possibilidades e no surgimento de um tipo específico de organização da produção.

3.1 ORGANIZAÇÃO DA PRODUÇÃO E O PAPEL DO ESTADO

Macedo (1998, p.99) sustenta que as formas de organização da produção industrial e as teorias contratuais que disciplinam as relações entre os agentes em um determinado modo de produção variam ao longo do tempo ao que se adiciona, neste trabalho, o papel do Estado. Sob uma perspectiva histórica, podem-se identificar três momentos distintos. A saber: i) a teoria clássica do contrato a qual predominou no regime de produção manufatureira. Este período corresponde ao Estado Liberal; ii) a teoria contratual neoclássica a qual esteve presente à época do regime fordista da produção em massa. É a época do Estado Interventor ou do Bem Estar Social; iii) a teoria relacional do contrato a

qual iniciou-se com a mudança de paradigma do regime da produção em massa para a especialização flexível. Corresponde ao atual Estado Regulador.

3.1.1 Estado Liberal

O primeiro período ocorre durante o século XIX. Será a era do capitalismo liberal que leva tal nome devido a ideologia econômica dominante (efetivação do ideário libertário de Adam Smith). Os marcos históricos deste período foram: a revolução francesa e a independência dos EUA e seu constitucionalismo. Neste período, o Estado se ausentou da esfera econômica e confiou-se ao mercado a solução dos problemas sociais. Houve uma separação entre Estado e sociedade. Ao Estado caberia, tão somente, prover a segurança, garantir a liberdade individual e o direito de propriedade.

A partir do final do século XIX, a forma dominante de produção passa a ser a produção manufatureira a qual tinha como características os baixos índices de produtividade, baixo custo de investimento e a produção de bens caros e de baixa qualidade. O mercado era pequeno e voltado para entregas de curto prazo. Além disso, a imprevisibilidade da demanda era significativa. Por essa razão, o planejamento e a organização da produção eram limitados. Para regular este tipo de transação rápida e esporádica foi criado o contrato descontínuo o qual caracterizava-se por ser impessoal, presentificador, ou seja, buscava contemplar no contrato todos os comportamentos a serem realizados no futuro. Era chamado de descontínuo pois sua elaboração contemplava as circunstâncias peculiares a uma transação específica sem haver qualquer relação com transações anteriores ou subsequentes. Buscava-se uma maior certeza jurídica, ou seja, gerar uma maior segurança e previsibilidade nas relações jurídicas contratuais.

3.1.2 Estado do Bem-estar social

O Estado Interventor caracterizou-se pelo modo de produção industrial conhecido como de produção em massa o qual, em relação ao sistema manufatureira, permitiu que se atingissem maiores níveis de produção, produtividade e qualidade com menor dispêndio do fator trabalho. Contudo, exigiu-se um investimento de longo maturação razão pela qual aumentaram-se o planejamento e a duração das relações contratuais firmadas. Macedo (1998, p.116) pontua que a plena utilização da capacidade produtiva somada a necessidade de entregas regulares em intervalos constantes entre fornecedores, produtores e comerciantes fez surgir uma nova espécie de contrato, ou seja, o contrato aberto ou com cláusula aberta.

O contrato aberto diferia do descontínuo pois regulava uma série de transações durante um período igual ou superior a um ano. Além disso, estipulava que ajustes deviam ser feitos em casos específicos ou quando mudanças razoavelmente previsíveis ocorressem. Tinha a vantagem de permitir um planejamento face ao prazo de entrega, custos e receitas para os agentes envolvidos e exigia uma maior comunicação entre as partes a qual não se limitava apenas a negociação como também incluía a execução do acordo.

Sobre o segundo período, Furtado (1981, p.43) prega que houve uma reconstrução do sistema capitalista visando a integração dos mercados nacionais dos países centrais (desenvolvidos). Para tanto, foi necessário que as grandes empresas destes países se “estruturassem globalmente”. Dessa forma, aceitou-se a concentração do poder econômico pois, entendia-se que somente com essa formatação, ter-se-ia uma “capacidade de ação global”. Segundo o autor, os impactos desta conjuntura sobre a periferia foram: “a participação das firmas centrais na industrialização substitutiva de importações, consolidando as posições já ocupadas ou conquistando novas” (transnacionalização das firmas centrais) e diversificação da pauta de exportação destes países.

Tal processo ocorreu do início dos anos 1930 até o final da década de 1970. Na América Latina, houve uma tendência a nacionalizar indústrias consideradas estratégicas o que levou a uma expansão da participação estatal em empreendimentos que incluíam infra-estrutura, produção e serviços. Tal expansão foi financiada com empréstimos internacionais. Com a crise financeira de 1982-83, as economias da região entraram em colapso pois eram proprietários de empresas ineficientes e mal geridas e não adimpliram seus compromissos com os credores internacionais logo perderam o acesso a tal crédito.

As causas do esgotamento do Estado Social na visão neoclássica foram: a recessão, déficit fiscal, aumento do desemprego, perda geral da competitividade internacional e ineficácia da rede de proteção social. A crise do petróleo de 1979 teria sido o “golpe de misericórdia”. A partir daí, tem início uma reforma do Estado da qual surge a figura do Estado regulador. Para exemplificar o objetivo de tal reforma, Benjó (1999, p.14-18) cita Roberto Campos. A saber:

[..] a reinvenção (do Estado) não significa apenas tornar aplicáveis ao governo os critérios de produtividade do setor privado. Implica também mudar a forma de ação do Estado por vários meios. O autor destaca três elementos fundamentais á adequação estatal: o processo de desestatização, a terceirização visando a flexibilização produtiva através do setor econômico e os contratos de gerenciamento da infra-estrutura.

Este foi o contexto do advento das privatizações. A privatização teria como vantagem a obtenção de uma maior eficiência econômica pelo sistema produtivo. Tal eficiência geraria uma maior produtividade e lucro o que acarretaria em uma maior arrecadação de tributos pelo governo. Com a privatização, o papel do Estado é remodelado e o Estado produtor dá lugar ao Estado regulador.

3.1.3 Estado regulador

O Estado regulador no Brasil iniciou-se com o processo de privatização empreendido pelo governo Collor. O primeiro passo foi dado com o Plano Nacional de Desestatização (PND) o qual, segundo Giambiagi e Além (2000, p. 383-384), objetivava: a) o reordenamento

estratégico do Estado na Economia, ou seja, o Estado deve se retirar de setores nos quais a iniciativa privada estivesse apta a operar, ficando para o Estado: a educação, saúde, justiça, segurança e regulação. b) redução da dívida pública utilizando-se das receitas das privatizações. c) retomada dos investimentos nas empresas privatizadas. d) modernização da indústria. e) fortalecimento do mercado de capitais com a venda pulverizada (maior números de investidores possíveis) de ações das empresas privatizadas. O BNDES foi o gestor do fundo nacional de desestatização e responsável pelo apoio técnico, administrativo e financeiro do PND.

O Estado regulador caracteriza-se também pela vigência do modo de organização industrial conhecido como a estratégia de especialização flexível através da qual as firmas buscam obter vantagens competitivas oferecendo um bem único com tecnologia e assistência técnica específicos. Assim, a firma cria e explora um nicho de mercado o que lhe permite uma alta lucratividade. Entretanto, esta estratégia requer uma combinação de inovação com formas flexíveis de produção. Tal combinação permite uma maior produtividade, qualidade e a redução do tempo de produção e da quantidade de trabalho utilizada.

Macedo (1998, p. 129) salienta que os contratos utilizados neste contexto caracterizam-se por serem de longa duração pois visam regular uma série de transações por um período de 3 a 5 anos e diferentemente do contrato aberto, que contemplava um conjunto de transações temporárias, descontínuas, em grande escala e em curtos intervalos, o contrato de longa duração regulamenta as transações constantes, em pequenos volumes e em intervalos de tempo ainda menores.

A desvantagem deste contrato face aos anteriores reside no fato de ser impossível prever todas as contingências do futuro de forma a não ser possível especificar os termos de ajustes que se façam necessários. A sua indeterminação é ainda maior que a do contrato aberto posto não estipula regras definidas para os reajustes. Por outro lado, a vantagem deste contrato é que ele estabelece mecanismos que facilitam a cooperação entre as partes no que tange ao processo produtivo e as práticas administrativas. Assim, pode-se estabelecer bases para uma transferência de tecnologia, transmissão de boas praticas de

gestão, troca de informações visando a solução conjunta de problemas, entre outros benefícios.

Há um consenso sobre o papel desempenhado pelo Estado neste contexto segundo o qual não deve haver ingerência política nas agências reguladoras, governo deve objetivar a estabilidade macroeconômica e estabelecer um sistema regulatório eficiente o qual pressupõe a existência de um marco regulatório claro, políticas tarifárias definida e estável, mecanismo ágil e eficiente de solução de conflitos entre o poder concedente e a concessionária de forma a reduzir os custos de transação, garantia contra riscos econômicos e políticos e criação de um órgão regulador do setor, dotado de especialidade, imparcialidade e autonomia nas decisões.

3.2 ESCOLAS REGULACIONISTAS

A regulação econômica é estudada por três escolas tidas como clássicas. São elas: Escola do Interesse público, a neoclássica e da teoria da captura. Para a primeira, a razão da regulação “não é a preservação do mercado mas sim, a busca do bem público definido de várias formas” (SALOMÃO FILHO, 2001, p.17-26) .

Esta escola entende que a regulação é estabelecida como resposta aos objetivos relacionados com o interesse público. Supõe que os agentes os quais buscam a regulação são agentes do interesse público na medida em que eles podem satisfazer seus próprios interesses através da implementação dos objetivos do interesse público. A título de exemplo, cita-se o caso de políticos da bancada dos consumidores os quais ao defenderem uma regulação a favor dos consumidores estarão contribuindo para o bem estar social bem como estarão maximizando suas chances de reeleição.

Uma crítica que se faz a tal escola diz respeito a definição do interesse público posto que esta é multifacetada, ora política, ora econômica, não permitindo que a mesma seja

colocada em termos preciso. Mitnick (1989, p. 110) pontua que existem vários conceitos de interesse público os quais apresenta uma variância face a sua aplicabilidade ao longo do tempo. Tais conceitos podem ser: a) equilibrador: onde o interesse público resulta da satisfação simultânea de vários interesses particulares distintos; b) negociador: ocorre quando há uma concessão parcial de interesses particulares distintos visando-se obter um acordo o qual representaria o interesse público; c) metas nacionais ou sociais: são estabelecidas algumas metas nacionais ou sociais como sendo o interesse público; d) paternalista: o interesse público se identifica com os interesses de uma pessoa, grupo ou organização em particular.

A regulação ao se desviar do interesse público torna-se ineficiente. Isso pode ocorrer devido a três fatores: i) os reguladores são corruptos; ii) incompetência dos reguladores; iii) a regulação é capturada pelos interesses privados.

A segunda hipótese relaciona-se com a escola da captura a qual baseia-se na teoria da captura de George Stigler o qual percebeu que um setor da atividade econômico que esteja regulamentada pode se beneficiar dessa regulamentação “capturando” a agência reguladora. Isto pode ocorrer devido as seguintes razões: i) o agente econômico (regulamentado) dispõe de maiores conhecimentos técnicos sobre o setor do que a agência; ii) os funcionários da agência podem ter sido ou almejam ser funcionários das empresas atuantes naquele setor; iii) a agência governamental necessita que as empresas reconheçam sua necessidade e obtenha cooperação informal por parte das empresas; iv) a agência necessita de dados obtidos junto as empresas para fazer as análises pertinentes porém, muitas vezes, não dispõe de quadros e infra-estrutura suficiente para atestar a veracidade de tais dados.

A solução para o problema da captura é aumentar os recursos financeiros e técnicos dos órgãos regulatórios de forma a provê-los com maior quantidade de reguladores especialistas, maior investimento para pesquisa sobre os problemas enfrentados pela agência, entre outros benefícios. Este aporte financeiro e técnico irá reduzir substancialmente a assimetria de informação existente entre regulado e regulador possibilitando evitar a “captura” da agência reguladora.

A escola de Chicago, por sua vez, prega ser a correção ou substituição do mercado, o objetivo da regulação. A escola de Chicago prega que a intervenção estatal deve ser limitada, bem como deve ser estimuladas a liberdade individual e a regulação espontânea da sociedade.

Os representantes desta escola sustentam que com o advento do Estado regulador, ter-se-ia uma maior liberdade de atuação dos agentes econômicos e um maior incentivo ao crescimento auto-sustentado, bem como uma burocracia técnica especializada no âmbito da regulação da economia, ou seja, as agências reguladoras (Ex: ANP, ANATEL, etc). O crescimento acima referido seria induzido pelo aumento da poupança interna o qual seria viabilizado pelas reformas administrativa, tributária e previdenciária.

3.3 A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A política de defesa da concorrência no Brasil insere-se no contexto do Estado regulador pois com a privatização dos antigos monopólios estatais, fez-se necessário que os contratos responsáveis por regular condutas e tarifas fossem fiscalizados por órgãos independentes do Poder Executivo, de maneira a se evitar que o governo voltasse a usar suas tarifas para controlar a inflação, como no passado.

Nesse contexto, tais mercados exigiam um marco regulatório que disciplinassem os investimentos realizados pela iniciativa privada em tais setores. Neste diapasão, aprovou-se uma nova lei de defesa da concorrência⁶, em vigor desde junho de 1994. Esta nova lei, além do combate a condutas anticompetitivas como cartéis e outras, capazes de prejudicar o consumidor, incluiu o controle de fusões nocivas à concorrência como forma preventiva de

⁶ Azevedo (2007, p.82) divide a política de defesa da concorrência no Brasil em três momentos: i) 1962 = criação do CADE o qual a época era pouco operante; ii) 2000 = Com advento da Lei 10.149, institui-se o acordo de leniência por meio do qual os participantes de um cartel podem ter suas penas reduzidas desde que contribuam com as investigações. Esta inovação institucional modificou os custos e benefícios associados à cooperação entre concorrentes para a divisão do mercado.; iii) 2007 = possível aprovação do projeto de reformulação do SBDC.

garantir a competição nos mercados.

A política de concorrência⁷ tem por finalidade proteger e estimular a concorrência nos mercados onde ela esteja ameaçada, “seja por intermédio da própria legislação antitruste, seja pela ação dos órgãos por ela incumbidos desse tipo de intervenção nos mercados” (POSSAS, p.427, 2002).

Kaysen (1959, p. 44) afirma que os objetivos gerais desta política devem ser: i) limitação do poder de mercado das grandes firmas⁸ em indústrias não competitivas; ii) preocupação com a “performance”, ou seja, a eficiência técnica (utilização de métodos produtivos eficientes, planta com escala eficiente e eficiente localização) e o progresso tecnológico; iii) proteção do processo competitivo através da limitação do poder de mercado; iv) negociação justa ou incentivos às boas práticas de negócios. Os dois últimos itens poderiam ser satisfeitos através da regulação de condutas das firmas que visem criar ou manter poder de mercado “indesejável”.

Kaysen (1959, p. 45) prega que o objetivo central da política antitruste deve ser o combate o poder de mercado “indesejável”. A idéia é que deve-se limitar formas de condutas que contribuam para a criação do poder de mercado “indesejável”. Este poder de mercado seria aquele que não resultasse de economia de escala, patentes, introdução de novos processos ou produtos ou de técnicas de marketing. Assim, o poder de mercado que decorresse destes itens acima citados seria aceitável devido à preocupação com a “performance”. A solução para eliminar o poder de mercado indesejável é aumentar o número de ofertantes com pequeno *market share*.

A política de defesa da concorrência, como qualquer outra, deve estabelecer uma hierarquia de fins de forma a indicar qual finalidade prevalecerá em caso de conflito. A título de

⁷ Para Klajmic (1998, p.85), a política de defesa da concorrência tem três vertentes: repressão às condutas que possam restringir ou prejudicar o livre confronto das forças reguladoras de mercado; ii) controle das estruturas de mercado para inibir o aparecimento de conduta anti-competitivas; iii) promoção da harmonização das políticas da livre concorrência às demais políticas de estabilização econômica.

⁸ Kaysen (...., p. 100) leciona que o tamanho da firma pode ser definido de duas formas: a) forma absoluta = total de ativos, vendas ou de empregados; b) forma relativa = *market share* face ao um mercado ou vários mercados nos quais a firma opera.

exemplo, cita-se uma situação em que a eficiência e o poder de mercado de uma firma resultam da sua elevada escala de operação. Neste caso, haverá um conflito pois a redução do poder de mercado se dará às custas de uma perda de eficiência. Caberá a política antitruste contemplar mecanismos para resolver tais impasses.

Uma possível solução para este impasse é trazida por Coase, em seu artigo “O problema do custo social”, ao sustentar que a riqueza social gerada pela conduta dos agentes seja superior ao seu custo social. Portanto, percebe-se que Coase advoga a adoção pelos órgãos antitruste da eficiência Kaldor- Hicks ou melhora potencial em termos de Pareto a qual ocorre quando uma mudança proporcione aos beneficiados um ganho superior a perda sofrida pelos perdedores. A idéia, segundo Coater e Ulen (1998, p.66), os beneficiados podem, em princípio, compensar aos prejudicados e ainda assim, ficar com um excedente. Para que ocorra uma melhora potencial em termos de Pareto, os beneficiados não precisam realizar efetivamente a compensação mas ela deve ser possível. Para os autores, essa é a essência da análise de custo e benefício presente nas discussões de análise econômica do Direito.

A política antitruste deve conviver harmonicamente com outras políticas públicas, em especial, com a política de organização industrial. Para tanto, o critério geral que deve orientar a atuação dos órgãos antitruste deverá ser o estabelecimento de condições compatíveis com a formação de estruturas industriais eficientes. Segundo Tavares (2005, p.98), é indispensável que as normas estejam sempre ajustadas às peculiaridades do binômio *estado da tecnologia-dimensão do mercado*, para assegurar dois objetivos:

- Permitir que as firmas do setor explorem adequadamente suas vantagens competitiva de forma a contribuir para a utilização racional dos recursos produtivos do país.
- Eliminar o espaço para condutas empresariais oportunistas que, além de sobrecarregar a agenda de trabalho das autoridades antitruste, reduzem o nível de bem-estar da sociedade.

Tavares (2005, p.99) salienta que quando as autoridades antitruste não estão atentas às variáveis que afetam as estratégias de competição das empresas no setor, três falhas regulatórias costumam ocorrer.

A primeira é a de proibir a integração vertical em setores onde existem economias de escopo a serem exploradas, sob o argumento de que é desejável promover a desconcentração do setor e garantir a sobrevivência de pequenas e médias empresas. O uso de leis antitruste e de marcos regulatórios como instrumentos protecionistas em favor de firmas mais frágeis é denominado *populismo antitruste*. Em lugar de preservar o interesse público, tais políticas apenas defendem os interesses de competidores ineficientes.

A segunda falha é permitir a integração vertical sem estabelecer as regras de acesso aos recursos essenciais do setor, sob o argumento de que existe algum grau de competição em todos os segmentos da cadeia produtiva.

A terceira falha resulta da caracterização incorreta das variáveis que afetam as estratégias de competição das firmas incumbentes. Na verdade, a ausência de normas claras sobre as condições de acesso aos recursos essenciais da rede também pode ser prejudicial aos interesses das firmas verticalizadas.

Com esse intuito, Kaysen (1959, p. 53) sustenta que a questão central da análise antitruste deve ser: a firma é eficiente e progressiva (realiza ou investe tecnologia e inovação)?. Em caso afirmativo, a firma não se sujeitará aos controles impostos pela autoridade antitruste.

Kaysen (1959, p. 59) leciona que a política antitruste, por não poder obrigar as firmas a serem eficientes e progressivas, opera sobre a estrutura do mercado no qual as firmas participam e sobre as condutas das firmas.

Devendo-se entender como estrutura de mercado as condições externas às firmas que são relativamente permanentes pois mudam de forma lenta. São elas: números de ofertantes e demandantes, técnicas de produção e de marketing, características da demanda, e

distribuição geográfica da oferta e da demanda. Outros elementos importantes desta estrutura são a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes⁹ ou expansão dos já existentes e a possibilidade de diferenciação do produto e o grau de independência das ações dos ofertantes. Isto porque quanto maior a independência entre as ações dos ofertantes, menores as barreiras à entrada e a diferenciação do produto, mais competitivo será o mercado.

Por conduta das firmas, deve-se entender os aspectos do mercado que resultam de decisões específicas da firma e que apresentam uma variação significativa em curtos períodos de tempo.

A política antitruste tem uma face normativa e uma executiva. A primeira é composta pelas normas legais de repressão ao abuso de poder econômico, coibindo condutas que visem a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º da CF) e a segunda, caracteriza-se pela atuação pró-ativa dos órgãos governamentais, buscando prevenir distorções nas estruturas de mercado e harmonizar as políticas antitruste com as demais.

As políticas públicas de regulação da concorrência são classificadas, por Giambiagi e Além (2000, p. 417), como sendo: reativas e ativas. As primeiras referem-se à política de defesa da concorrência a qual objetiva a repressão de condutas anticompetitivas e as segundas, referem-se às políticas de regulação das atividades de infra-estrutura. Ressalte-se que, em ambos os casos, o que se visa é a preservação de um ambiente competitivo, favorável a incorporação e difusão de novas tecnologias e serviços mais modernos, tendo em vista atingir a eficiência econômica e o bem-estar social.

Em geral, ocorre a intervenção estatal quando há as seguintes falhas de mercado¹⁰:

⁹ Tais barreiras podem derivar dos seguintes fatores: i) necessidade de elevadas economias de escala; ii) possibilidade de expansão das firmas existentes; iii) dificuldade de ter acesso aos insumos produtivos ou em condições similares às das firmas existentes.; iv) patentes.

¹⁰ Dessa forma, se há assimetria de informação, deve-se criar regras de transparência e bancos de dados para facilitar o acesso à informação. Na segunda hipótese, deve-se criar uma agência reguladora para evitar a exploração monopolística (agências do SBDC). No terceiro caso, deve-se criar mecanismos jurídicos que

assimetria de informação, estrutura de mercado ou condutas não-competitivas, direitos de propriedade¹¹ mal definidos ou mal protegidos e problemas de ação coletiva. No tocante a defesa da concorrência, a intervenção ocorre na hipótese de falha advinda de estrutura de mercado ou condutas não-competitivas.

3.3.1 Quadro analítico operacional

A atuação dos órgãos no âmbito do SBDC se pauta na regra da razão a qual prega que poderão ser consideradas lícitas as práticas, que embora restritivas da concorrência, proporcionem benefícios econômicos (Ex: aumento de produtividade e melhoria da qualidade dos bens ou serviços) que venham a compensar os malefícios causados na esfera concorrencial. Em resumo: esta regra exige que se faça uma análise de custo e benefício.

A metodologia aplicada pelos órgãos antitruste para delimitar o mercado relevante é a seguinte: Primeiro, define-se o produto (mercado relevante do produto ou substancial) e a área geográfica que está sob análise (mercado relevante geográfico). Na definição do mercado relevante são consideradas como parte do mercado as empresas já existentes bem como as que produzem bens substitutos e as concorrentes em potencial, ou seja, aquelas que poderiam vir a entrar no mercado caso haja uma percepção de que o mercado é lucrativo.

Em segundo lugar, determina-se a parcela de mercado que pertence às empresas participantes. Nesta análise, será considerada como uma pequena participação no mercado

resolvam o problema bem como entidades que irão fiscalizar o cumprimento das garantias legais (Ex: INPI, Cartórios de Imóveis). Na última situação, a solução é o desenvolvimento de normas e condutas sociais que penalizem as condutas oportunistas.

¹¹ Barzel, citado por Azevedo (2005, p.104), esclarece que existem direitos de propriedade econômicos e jurídicos. Os últimos são salvaguardados por contratos e contam com o aparato judicial para sua garantia ao passo que os primeiros são acordos informais garantidos por mecanismos sociais. O que se busca com o estudo de tais direitos é analisar como a definição destes em cada caso específico afeta o comportamento dos agentes produtivos.

aquela que resultar inferior a 20% do mercado relevante. Caso a empresa detenha uma parcela superior a 20%, averigua-se a capacidade da empresa exercer poder de mercado e se terá incentivos para fazê-lo. Assim, se os órgãos antitruste entenderem que a probabilidade de exercer poder de mercado é quase nula, o ato de concentração é aprovado. Caso contrário, segue para a próxima etapa que é a medição da probabilidade de poder de mercado. Para tanto, analisa-se a existência de concentração significativa, de barreiras à entrada no mercado específico e de poder compensatório (se os potenciais prejudicados pelo poder de mercado têm capacidade para se defender).

A existência de barreiras à entrada diz respeito a contestabilidade do mercado, ou seja, quanto menores forem as barreiras à entrada, maior será a probabilidade da entrada de novas empresas que possam competir com igualdade de condições com as empresas já existentes. A importância da contestabilidade do mercado reside no fato de que a possibilidade da entrada de novas empresas impede que as empresas existentes usem do poder de mercado que possuem por atuarem em um mercado concentrado posto que ao elevarem seus preços acima de níveis competitivos, estarão atraindo novas empresas para o mercado.

Kaysen (1959, p. 46) salienta que o poder de mercado geralmente é definido em termos genéricos nas legislações antitruste cabendo as autoridades competentes realizarem investigações específicas para a sua constatação em cada caso em particular. Assim, em geral, as legislações definem indícios de poder de mercado. No caso brasileiro, tais indícios são: i) *market share* superior a 20 %; ii) atos que envolva empresa cujo o faturamento anual é igual ou superior a quatrocentos milhões de reais. Kaysen (1959, p. 98) cita que um indício de poder de mercado indesejável ocorre quando a firma detém 50% de vendas totais do mercado por cinco ou mais anos ou quando quatro ou mais algumas firmas detêm 80% das vendas totais.

Segundo Kaysen (1959, p. 112), os procedimentos para examinar a existência de poder de mercado devem ser: i) delimitação do mercado através da descrição das características da demanda; ii) estabelecer a média do *market share* da firma e de suas concorrentes durante o

período investigado; iii) examinar as condições de entrada de novos concorrentes no mercado; iv) quando houver um grupo de firmas sendo investigadas, examinar o grau de independência face as ações realizadas por estas.

No Brasil, o poder de mercado é aferido a partir da utilização do índice¹² IHH (*Herfindahl-Hirschman Index*) o qual é uma derivação do índice idealizado pelo economista Orris Herfindahl, para a determinação dos efeitos anticompetitivos potenciais de uma fusão de bancos. O índice mede o grau de concentração por meio da soma das participações individuais de cada empresa, elevadas ao quadrado, de tal forma que:

$$IHH = \sum ni^2$$

em que n = participação percentual no mercado de cada empresa. Quando um único agente (monopólio ou monopsônio) controla todo o mercado, o índice é igual a 1. Nos casos de oligopólios ou oligopsônios, o índice será próximo a 1 e quanto mais concorrencial for o mercado, mais próximo de 0 estará o índice. A título de exemplo, supondo a existência de seis empresas participações de 30%, 25%, 20%, 15% , 5% e 5%., a soma dos quadrados das participações, ou seja, o IHH será 0,22.

Após a análise da possibilidade de exercício de mercado, os órgãos do SBDC realização uma avaliação das eficiências geradas pelo ato sendo que este só será aprovado caso seus efeitos líquidos sobre o bem-estar econômico sejam positivos.

Kaysen (1959, p. 53) leciona que os critérios para analisar a eficiência e a quão progressiva é a firma devem ser: i) redução do custo de produção; ii) introdução de novos produtos; iii) nova aplicação para produtos antigos; iv) aumento da produção; v) investimento em P & D; vi) investimentos em novas plantas; vii) engenharia e esforço de vendas; viii) existência de novos canais de distribuição; ix) pesquisa de mercado; x) utilização de novos insumos.

Como não se pode reduzir o poder de mercado advindo de progresso e eficiência técnica

¹² Outro índice bastante utilizado nas legislações antitruste é o *Concentration Rate 4* (CR4) que é uma razão entre o total de vendas das quatro maiores empresas da indústria e o total de vendas da indústria.

sem custos substanciais em termos destes dois itens, Kaysen (1959, p. 95) sustenta que a técnica central da política antitruste seja o controle das condutas das firmas de forma a impedir qualquer prática que crie ou mantenha poder de mercado. Assim, a pergunta que deve ser feita pela autoridade antitruste é: como esta conduta contribuirá para manter ou aumentar o poder de mercado?

Kaysen (1959, p. 102) leciona que a dimensão temporal é importante para a delimitação do mercado pois a elasticidade da demanda e oferta é alterada com o tempo uma vez que, por exemplo, em um curto espaço de tempo apenas os ofertantes e demandantes existentes podem operar mas, no médio prazo, mudanças na estrutura de mercado podem possibilitar a entrada de novos *players*.

No que se refere a repreensão de condutas anticompetitivas, o procedimento é o seguinte: i) a SDE inicia uma investigação preliminar para analisar as suspeitas de infração a ordem econômica tendo 60 dias para concluí-la; ii) Havendo suficientes indícios, tem-se a instauração de um procedimento administrativo que é encaminhado ao CADE com o parecer a SDE.

3.3.2 Estrutura de governança

Cláudio Considera (2005, p.34) prega que a política de defesa da concorrência deveria ser concebida da seguinte forma: deveria existir “um conselho interministerial que traçaria, em nome do governo, as políticas para o setor, cabendo à agência sua implementação”. Além disso, deveria haver concurso para preencher as vagas do novo órgão, o que até agora não ocorreu; em conseqüência, os cargos são preenchidos atendendo-se mais a pressões políticas do que as qualidades técnicas das pessoas e, muitas vezes, aparelhando essas instituições com apadrinhados partidários sem qualquer conhecimento técnico na área.

Aragão (2005, p.139) sustenta que o fato das agências reguladoras terem de se ater a políticas públicas traçadas pela administração central não representa uma limitação, em absoluto, a atuação destas. Senão vejamos:

É que integra o próprio conceito de política pública uma imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade socioeconômica subjacente, fazendo com que “política pública” e “implementação da política pública” funcionem de forma circular e retrooperativa. Em outras palavras, diante do Princípio da Retroalimentação da Regulação, não há como se sustentar que todos os aspectos políticos dos setores regulados ficaram retidos na administração central, cabendo às agências reguladoras apenas a sua execução técnico-burocrática.

Assim que, diante do exposto, conclui-se que não é fácil distinguir a formulação das políticas públicas (atribuição do Poder Executivo central) da sua implementação (atribuição das agências).

A principal crítica à ação dos órgãos antitruste é a de que eles inibem a criação das chamadas campeãs nacionais, ou seja, fusão de empresas nacionais que, dominando o mercado doméstico, criam “plataformas de rentabilidade alta e segura que lhes permitirão competir na arena global” (IBRE, p. 6, 2006). Segundo esta corrente, a lucratividade desta mega-empresa impulsionaria os investimentos em pesquisa e desenvolvimento, a inovação e o conhecimento tecnológico. Para fortalecer o argumento, normalmente cita-se a experiência de países do leste asiático nos quais a tolerância da autoridade antitruste aliada a uma política industrial pró-fusões teriam sido os elementos essenciais do modelo de desenvolvimento por eles adotado.

Uma outra corrente sustenta que o sucesso do modelo asiático baseia-se em fatores estruturais tais como: educação básica e técnica de qualidade, manutenção durante décadas do rigor fiscal e da estabilidade monetária, baixa carga tributária, altas taxas de poupanças e longas jornadas de trabalho.

Barros e Cabral, citados na carta do IBRE (2006, p.7), advogam que é possível a fusão de empresas exportadoras nacionais desde que os prejuízos causados aos consumidores domésticos sejam inferiores ao incremento de lucros ocasionados resultante do maior poder

de mercado. Para tanto, supõem que a maior parte dos efeitos deste poder será exercida sobre o consumidor estrangeiro. Nesse caso, o ato de concentração incrementaria os termos de troca favoravelmente ao bem estar doméstico mas em detrimento do consumidor estrangeiro.

Essa questão demonstra a necessidade de uma agenda de harmonização de análise de atos de concentração no mercosul pois os países devem levar em conta não só os ganhos de eficiência das empresas que operam internamente como também os efeitos sobre os consumidores estrangeiros. Para tanto, é necessário a integração da política comercial com a política de defesa da concorrência. Como explica DUTZ, citado por Mattos (1998, p.74), há uma tendência mundial de as políticas de defesa comercial e de investimento serem unificadas com as políticas de concorrência. Segundo o autor:

Distinções entre políticas de concorrência, investimento e comerciais estão se tornando crescentemente obscurecidas, havendo a tendência de se usar a concorrência como uma métrica unificada de todas aquelas políticas

Conscientes da necessidade desta harmonização¹³, os países do Mercosul aprovaram, em reunião do Conselho do Mercado Comum realizado em Fortaleza, as seguintes metas: i) fornecer mecanismos para o controle de práticas anticompetitivas no âmbito do mercosul; ii) determinar a convergência das leis nacionais; iii) propor uma agenda para a fiscalização de políticas públicas que distorcem a concorrência.

Uma questão pendente, segundo Fujwara, Oliveira e Machado (2005, p.192-194), é a de como se dará a interação entre a agência antitruste e as agências reguladoras setoriais posto que esses órgãos têm natureza e objetivos distintos, ou seja, o órgão antitruste “trata da *defesa* dos mecanismos de mercados, enquanto as reguladoras setoriais atuam através da *substituição* desses mecanismos”.

¹³ Bliacheriene (2007, p. 76-77) pontua que a harmonização das regras concorrenciais multilaterais pode contribuir para uma liberalização comercial mais ampla e para a redução das pressões que o setor privado exerce sobre os governos para obter tratamento especial. Na ausência de um acordo multilateral que delimite tanto as práticas comerciais desleais domésticas de cada país, quanto as práticas desleais empresariais promotoras de restrições ao comércio, as regras de defesa comercial, acabam assumindo um papel relevante no combate anticompetitivo.

Visando esclarecer as opções de modelo de interação¹⁴ entre defesa da concorrência e regulação, os autores estabelecem a seguinte divisão: a) Regulação técnica (RT): estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado; b) Regulação econômica (RE): estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e/ou serviços regulados; c) Lei de concorrência (LC): a principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência.

A depender da repartição dessas três funções entre órgãos em questão, tem-se quatro opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação. São elas:

a) Isenção antitruste: as agências regulatórias aplicam legislação de defesa da concorrência, prevalecendo sempre a legislação específica sobre eventual comando geral da lei antitruste. Nesse caso, a agência regulatória realiza as três tarefas já assinaladas, recaindo a ênfase sobre aspectos regulatórios, sem deixar espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência. Pode-se mesmo conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica.

b) Competências concorrentes: tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as regulatórias têm competência para aplicar sanções antitruste, bem como para estabelecer normas de regulação econômica.

c) Competências complementares: as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste.

¹⁴ De acordo com Fujwara, Oliveira e Machado (2005, p. 194), dois fatores merecem atenção especial na escolha do modelo de interação: as economias de escala e de escopo e a magnitude dos custos burocráticos de transação. Se for verificado que os custos de transação e as economias de escala e escopo assumem uma grande importância relativa, os modelos (a) e (d) terão preferência. Se, por outro lado, os custos de transação e as economias de escala e escopo não tiverem grande importância, os modelos (a) e (c) parecerão vantajosos.

d) Regulação antitruste: a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a lei antitruste quanto as regulações técnica e econômica.

A decisão sobre o modelo a ser adotado deve levar em consideração aspectos institucionais e históricos do país e as especificidades de cada setor regulado. O modelo (c) parece ser mais apropriado uma vez que a delimitação precisa de competências evita custosos conflitos e a realização da mesma tarefa por dois órgãos distintos. Ademais, este modelo apresenta “ganhos de menor risco de captura das agências, quando comparado com o modelo (a), mas abre mão dos possíveis ganhos em economia de escopo que ocorreriam no primeiro modelo” (FUJWARA; OLIVEIRA; MACHADO, 2005, p.194).

A estrutura de governança desenhada na proposta de reformulação do SBDC aproxima-se do modelo (c). Entretanto, para que tal modelo funcione de forma eficiente será necessário dotar os órgãos de defesa da concorrência dos recursos necessários para assegurar rigor e agilidade nas decisões.

Outra crítica feita a atual estrutura de governança é a de que esta possibilita a ocorrência de visões divergentes entre os órgãos que compõem o sistema. Isto pode ocorrer quando da atuação da SDE e da SEAE pois a primeira tende a atuar com uma de visão típica do meio jurídico onde o foco é a melhoria da distribuição de renda. Ocorre que esta visão nem sempre coincide com a visão economicista da SEAE a qual busca única e exclusivamente a eficiência econômica e a maximização da riqueza social no sentido de se alcançar a eficiência Kaldor-Hicks ou melhora potencial em termos de Pareto.

4 REFORMULAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

De acordo com os técnicos do CADE os quais elaboraram as razões do projeto de reformulação do SBDC (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2005a), as principais críticas que resultaram na proposta de reformulação do SBDC são: i) A existência de órgãos instrutórios (SDE, SEAE) gera o retrabalho e redundância de atribuições; ii) o CADE aprecia todos os casos prejudicando o foco nos casos realmente complexos; iii) a falta de estabilidade do corpo técnico e o mandato de 2 anos dos Conselheiros gera uma taxa alta de rotatividade que dificulta a formação e o acúmulo de *expertise* no SBDC.

A partir deste diagnóstico foi concebida a proposta de reformulação consubstanciada no projeto de lei 5877/05 a qual visa racionalizar e fortalecer os órgãos do SBDC, tornando mais rápidos e seletivos os processos de análise de fusões e aquisições e fortalecer a capacidade de análise através do investimento em qualificação do corpo técnico e em aparato estrutural. Com a integração dos órgãos procura-se reduzir a duplicação de tarefas de forma a tornar mais céleres os julgamentos.

A proposta de reformulação do SBDC contempla a criação de uma super agência, ou seja, reunir em uma única agência as funções hoje atribuídas ao CADE e a SDE bem como redesenhar as atribuições da SEAE. Portanto, sob o enfoque institucional, está em curso uma reforma e uma modernização do Estado. Isto porque a mudança pretendida visa uma maior eficiência do serviço de fiscalização e regulação da concorrência (modernização), bem como uma alteração nas regras do jogo ou no ambiente institucional, qual seja: uma mudança no marco regulatório (arranjo institucional).

A proposta ora discutida é uma das reformas microeconômicas empreendidas pelo governo visando a criação de um ambiente favorável aos negócios o qual requer ainda a adoção de outras medidas tais como a estabilidade macroeconômica, investimentos em infra-estrutura, expansão de acesso da população à educação em todos os níveis e a criação de um ambiente

regulador que facilite à feitura de negócios¹⁵.

4.1 ESTRUTURA ATUAL DO SBDC

De acordo com a Lei 8884/94, o âmbito de aplicação da análise antitruste se estende a qualquer prática cometida no território nacional (mercado relevante geográfico) ou que nele produza efeitos. Para tais fins, reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

O SBDC é composto pelos seguintes órgãos: CADE, SDE e SEAE. O CADE é integrado por um Presidente e seis conselheiros, cidadãos entre 30 a 65 anos com notável saber jurídico ou econômico. A SDE é chefiada pelo Secretário o qual é indicado pelo Ministro da Justiça ao passo que na SEAE, o Secretário é indicado pelo Ministro da Fazenda.

A SEAE tem como atribuições delinear, coordenar e executar as ações do Ministério, no tocante à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica, de forma a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico, entre outras.

A SDE é responsável pela formulação, promoção, supervisionamento e coordenação da política de proteção da ordem econômica, nas áreas de concorrência e defesa do consumidor, entre outras atribuições.

¹⁵ Nesse sentido, um estudo do Banco Mundial chamado de “fazendo negócios em 2004” propõe que os países adotem as seguintes recomendações para criar um ambiente amistoso aos negócios e reduzirem custos de transação: 1) simplificar ou desregular sempre que possível nos mercados competitivos porque a competição pode ser a melhor fonte de pressão para a obtenção de melhores práticas e a regulamentação pode propiciar a exigência de propina; 2) concentrar-se na valorização dos direitos de propriedade; 3) ampliar o uso da Internet para cumprimento das normas o que torna a operação mais rápida, transparente e menos suscetível de suborno; 4) reduzir a participação dos tribunais nos assuntos de negócios, ou seja, incentivar a criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (Ex: mediação e arbitragem).

O CADE tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelar da prevenção e repressão do mesmo.

As condutas vedadas pelo SBDC são as que possam produzir os seguintes efeitos: 1) limitar a livre concorrência; 2) dominar mercado relevante salvo quando for resultado de maior eficiência; 3) aumentar arbitrariamente os lucros; 4) exercer de forma abusiva posição dominante.

É considerado ato de concentração aquele que implique em participação de 20% ou mais da empresa no mercado relevante ou que envolva empresa com faturamento igual ou maior que R\$ 400.000.000,00. Entretanto, por versar que os órgãos antitruste devem levar em consideração a eficiência econômica quando realizam as suas análises, a lei estabelece que o CADE poderá autorizar atos lesivos a concorrência desde que: 1) tenham por objetivo aumentar a qualidade, produtividade ou aumentar a eficiência; 2) os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre os participantes do ato e os consumidores; 3) não implique em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado; 4) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Ressalte-se que caso seja necessário por motivo preponderante de economia nacional, os atos podem ser autorizados desde que cumpram com três das condições e não prejudiquem o consumidor.

Visando prover o SBDC com instrumentos para coibir condutas anticompetitivas, a Lei 8884/94 prevê as seguintes sanções: i) Empresa = aplicação de multa e a proibição de participar de Licitações e de contratar com instituições financeiras públicas; ii) Administrador = aplicação de multa de 10 a 50% do valor aplicado a empresa.

Os principais mecanismos usados pelos órgãos do SBDC e que contribuem de forma significativa para a redução dos custos de transação são: i) Acordo de Reversibilidade da operação (APRO) = Procedimento que visa preservar as condições de mercado, prevenindo as mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer na estrutura do

mercado até o julgamento do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar eficaz o resultado do julgamento; ii) Acordo de leniência = Permite a redução da pena a ser imposta ao agente econômico se este entrega informações que reduzam o custo da investigação. Este procedimento é de grande valia nos casos de colusão de preços (Ex: cartel); iii) Consulta = É a possibilidade dos agentes econômicos, interessados em realizar um ato (Ex: fusão) potencialmente à concorrência, obterem informações sobre a legalidade deste antes de efetivá-lo.

Na opinião da Presidente do CADE, Elizabeth Farina (2007, p.1), o SBDC embora tenha funcionado de forma satisfatória ainda apresenta algumas dificuldades relacionadas aos seguintes temas: i) apresenta equipe técnica de apoio aos Gabinetes e à Presidência é formada de funcionários temporários o que acarreta a falta de um corpo técnico estável; ii) falta de pessoal administrativo próprio uma vez que o CADE tem se utilizado alguns funcionários de outros órgãos e de colaboradores terceirizados; iii) a terceira grande dificuldade foi de orçamento, com forte impacto nas atividades de capacitação, advocacia da concorrência e nos planos de informatização e de melhoria de acesso à jurisprudência.

Outros entraves significativos relacionam-se com a crescente judicialização das decisões do CADE e a insuficiente estrutura da sua Procuradoria. Isto está ocorrendo devido ao fato de que o número de julgamentos de casos de conduta tem crescido e o número de condenações também. Como não cabe recurso da decisão do CADE na esfera administrativa, os agentes econômicos estão levando o caso ao judiciário. Estima-se que menos de 40% das multas aplicadas pelo CADE são efetivamente pagas. Isto ocorre pois as empresas, na impossibilidade de um acordo, recorrem aos tribunais. Isso é ruim para o SBDC pois este perde poder de coercitivo e para as empresas posto que a pendência judicial é um obstáculo a novos investimentos. Entretanto, deve-se ressaltar que este problema foi corrigido com o advento do compromisso de cessação de prática sob investigação. Trata-se de um acordo através do qual a empresa se compromete a acabar com a prática lesiva a concorrência sob pena de pagar uma multa que pode ir de 1 a 30% do faturamento anual.

O problema da crescente judicialização das decisões do CADE é agravado pelo fato da Procuradoria do CADE contar com um número insuficiente de procuradores. A Procuradoria do CADE atua na área consultiva, envolvendo desde pareceres nos casos em análise, até pareceres em processos de renovação do aluguel, licitações, pregões, etc. Essa atividade compete com o tempo dos procuradores no contencioso, onde está o cerne da questão da revisão das decisões do CADE. Elizabeth Farina (2007, p.1) pontua que uma maior aproximação com o Judiciário, através de, por exemplo, seminários conjuntos, seria decisiva para enfrentar a crescente judicialização das decisões do CADE.

4.2 INOVAÇÕES INSTITUCIONAIS

Considera (2005, p.2) resume as inovações do ambiente institucionais advindas do novo marco regulatório. São elas: rito sumário, análise simplificada e integração entre os órgãos do SBDC, redução do número de órgãos do SBDC, ampliação do mandato dos conselheiros, modificação dos critérios de submissão de operações de fusão e ampliação da estrutura de pessoal dos órgãos antitruste.

Segundo o PL 5877/05, o novo SBDC será composto por apenas dois órgãos. São eles: o CADE e a SEAE. Havendo, portanto, a extinção das funções da SDE na área antitruste as quais serão desempenhadas pelo CADE.

Visando simplificar os trâmites burocráticos e agilizar a análise dos atos de concentração, estabeleceu-se que o CADE realizará a instrução (parte do SDE) e o julgamento de tais atos. Para cumprir com suas novas atribuições, o CADE será composto por quatro órgãos. A saber: Superintendência-geral, o departamento de estudos econômicos, procuradoria-geral e um tribunal administrativo.

A superintendência-geral investigará previamente as condutas para então decidir pelo arquivamento ou encaminhamento, com recomendações de restrições ou de não-aprovação,

ao tribunal administrativo. O departamento de estudos econômicos elaborará auxiliará os conselheiros e o superintendente-geral através da elaboração de pareceres. A procuradoria-geral permanecerá com suas atuais funções. O tribunal administrativo julgará as condutas lesivas a concorrência de forma a desempenhar o atual papel do CADE.

A SEAE, por sua vez, passa a ter uma função mais normativa na medida em que a ela caberá a análise e adoção de normas setoriais. A SEAE poderá manifestar-se, via parecer, em processos que analisam os atos de concentração bem como propor medidas preventivas. Segundo informou o secretário Nelson Barbosa (2007, p.2), nos termos do PL, a SEAE passa a opinar previamente (e de maneira não vinculante) sobre as minutas de atos normativos das agências reguladoras, no que tange aos impactos concorrenciais.

Além disso, caberá a este órgão o papel de harmonizar a política de defesa da concorrência com as outras políticas públicas, ou seja, a SEAE examinará se e como as medidas tomadas por outras áreas do governo afetam negativamente a concorrência. É dizer: a SEAE passará a ter, como função precípua, a promoção ou advocacia da concorrência.

A advocacia da concorrência se refere a um conjunto de ações não decorrentes da aplicação direta (enforcement) da Lei de Defesa da Concorrência e que se referem à promoção de um ambiente econômico competitivo, tais como a análise de regras regulatórias que podem ter impacto sobre a concorrência, a revisão de medidas de comércio internacional que possam limitar a contestabilidade dos mercados domésticos, a análise concorrencial em processos licitatórios e a disseminação de uma “cultura da concorrência”.

Como explica Klajmic (1998, p.90), as ações governamentais podem ensejar limitação ou prejuízo à concorrência com o suporte de legislações específicas que visam a proteção de outros bens jurídicos de interesse público. A título de exemplo, tem-se aquelas que restringem a entrada de novos concorrentes em um dado mercado de forma a proteger o poder de mercado das empresas presentes em tal mercado, a desincentivar inovações e limitar a atuação competitiva dos agentes.

Na opinião do secretário da SEAE, Nelson Barbosa (2007, p.1), trata-se de uma função primordial, tendo em vista que há potencial ganho de bem-estar para a sociedade por intermédio do aumento da concorrência nos mais diversos setores, regulados ou não, e pela racionalização das normas e regras que o próprio Estado fixa. Isso porque há sempre o risco de que normas técnicas, requisitos ambientais, direitos antidumping, requisitos de segurança e de saúde, que visam princípios absolutamente necessários e fundamentais de política pública, não sejam os mais adequados ou até mesmo que sejam desproporcionais, em termos de custos para a sociedade, aos objetivos almejados.

Segundo o secretário da SEAE, Nelson Barbosa (2007, p.2), esta nova atribuição será bem desempenhada pois a SEAE tem, há muitos anos, sua estrutura organizacional desenhada, em grande medida, de acordo com uma lógica setorial, o que tem engendrado o acúmulo de grande experiência sobre os principais setores da economia. Essa especialização setorial permite o conhecimento profundo da estrutura dos diversos mercados e possibilita que as especificidades sejam levadas adequadamente em conta nas análises empreendidas pela Secretaria.

A título de comparação, ação da advocacia da concorrência dos órgãos antitruste americanos tidos como o estudo das artes na matéria ocorre da seguinte forma: o FTC (*Federal Trade Commission*) informa aos órgãos governamentais os efeitos potenciais aos consumidores, tanto positivos quanto negativos, de um projeto de lei ou regulação que aqueles órgãos pretendam implementar nos aspectos relativos à concorrência a ao consumidor. Klajmic (1998, p.92) sugere o seguinte roteiro para implementação desta advocacia no Brasil: identificar a origem das condutas dos agentes, sua relação com as medidas governamentais contestadas e os efeitos no mercado.

Vale ressaltar que recentes pareceres técnicos da SDE e decisões do CADE tem assinalado pontos de divergência em normas e decisões de outros órgãos da Administração Pública, sugerindo possível revisão para adequá-las à manutenção dos padrões concorrenciais nos mercados.

Em resposta a esta crítica, Elizabeth Farina (2007, p.1), Presidente do CADE, informa que o CADE tem buscado: i) se dirigir a vários públicos, por meio de instrumentos e linguagens próprios, tais como: empresários, juízes, promotores públicos, legisladores, reguladores e ao próprio executivo; ii) Participação em eventos, produção de documentos, prêmios que incentivem o estudo do assunto por estudantes e profissionais, presença na mídia, são atividades necessárias para atingir esse objetivo. A publicação “CADE Informa” faz parte dessa estratégia de comunicação, cujo fim último é ampliar o conhecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e servir como canal de divulgação da cultura da concorrência.

Outra medida que proporcionará maior agilidade ao SBDC é a adoção da análise prévia a consolidação do ato de concentração. O atual sistema, ao possibilitar a análise posterior ao ato, cria incentivos para a empresa conteste judicialmente a decisão. Assim, no caso de uma fusão, durante o moroso processo judicial, os ativos da empresa adquirida fica na posse da adquirente prejudicando a concorrência. Com o novo sistema, se o CADE não aprovar, a fusão não será realizada. Preservando as condições de concorrência vigente.

O controle da operação passa a ocorrer da seguinte forma: a operação, antes de ser concluída, deve ser notificada ao CADE que terá 25 dias para analisá-la e poderá adotar autorizá-la de imediato ou solicitar mais informações, se entender que esta oferece riscos. Segundo Neto e Mattos (2005, p.21), estudos mostram que 95% dos casos submetidos a apreciação do CADE não oferecem riscos e portanto, podem ser decididos nos 25 dias anteriormente referidos.

Como exemplo de custo de transação advindo da demora do julgamento, a Exame noticiou (LETHBRIDGE, 2005, p. 74) que um processo no CADE costuma durar, em média, 12 anos para ser concluído ao passo que, nos EUA, este prazo é de 4 meses. Assim, as empresas gastam fortunas com honorários advocatícios e com os custos advindo da decisão que impõe o rompimento da fusão (as empresas não esperam o CADE para realizarem a sua integração operacional). A título de exemplo, a Nestlé tem gastado um milhão de reais por ano em honorários. Por isso, que os especialistas recomendam que a análise seja realizada

apenas antes que os negócios sejam fechados.

Segundo foi noticiado pela Folha de São Paulo (O governo,2007, p. b3), a SDE estima que o prejuízo do setor público com a atuação de cartéis em licitações públicas pode ultrapassar R\$ 40 bilhões por ano. O valor foi calculado com base no total de compras anuais do setor público: R\$ 300 bilhões. Desse montante, a SDE avalia que um terço envolve mercados concentrados que favorece a combinação de condutas. Para fechar o cálculo, a SDE aplicou os percentuais que representam o sobrepreço que, em geral, os cartéis praticam. Assim, aplicando-se os percentuais de 25 a 40% sobre a base de R\$ 100 bilhões, obtêm-se valores entre 25 a 40 bilhões.

Visando combater os cartéis, o projeto de reformulação incentiva, ainda que não o faça de forma expressa, que a atuação dos órgãos do SBDC ocorra em parceria com outros órgãos como, por exemplo, a SDE, a Advocacia Geral da União (AGU), Tribunal de Contas da União (TCU), Ministério Público Federal, Controladoria Geral da União e órgãos de controle externo dos Estados e Municípios. Dessa forma, pode-se identificar os setores econômicos mais sensíveis a cartelização e as modalidades de licitação mais suscetíveis à infração.

Outra importante medida prevista no PL é a criação de duzentos cargos de especialistas em políticas públicas os quais irão compor os quadros dos dois órgãos do sistema. A formação de um quadro técnico estável com experiência em defesa da concorrência agilizará os trabalhos realizados pelos dois órgãos pois, entre outros benefícios, proporciona a memória institucional necessária a consolidação de uma jurisprudência antitruste a qual gerará maior segurança jurídica para os agentes econômicos os quais a considerarão quando formularem suas estratégias empresariais.

Por fim, tem-se a previsão da adoção de guias com os procedimentos a serem observados nas análises feitas pelos órgãos antitruste. Estes guias servem para traçar as diretrizes que norteiam a análise econômica a que se prestam, mediante o aprofundamento e a sistematização das etapas de análise, de forma a garantir a homogeneização de conceitos,

critérios e procedimentos, a consistência com os fundamentos econômicos e a racionalização do processo analítico como um todo.(BARBOSA, 2007, p.2).

4.3 CRÍTICAS À PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO

A principal crítica à proposta diz respeito ao fato de que a proposta não dispõe sobre medidas destinadas a possibilitar uma harmonização das políticas de defesa da concorrência no Mercosul.

Sobre este tema, Mattos (1998, p.77) propõe que o processo de harmonização deve se basear nos seguintes eixos: a) incorporar na aplicação das legislações locais de defesa da concorrência, os efeitos de condutas anticompetitivas intrafronteiras sobre o bem estar de outros países; b) estipular um entendimento comum acerca do *trade off* entre políticas de concorrência e políticas industriais, evitando ações ou omissões de governo que constituam protecionismo nessa área; c) harmonizar conceitualmente os instrumentos de política de concorrência e comercial, com maior foco dessa última para o consumidor; d) abrir a possibilidade de estrangeiros recorrerem ao poder judiciário local a respeito de práticas anticoncorrenciais nacionais com efeitos danosos em seus mercados, assegurando que um sistema de resolução de disputas imparcial esteja disponível.

Os órgãos antitruste enfrentam alguns desafios institucionais que podem ocasionar problemas significativos caso não sejam resolvidos. São eles: a) definir o âmbito de atuação da legislação; b) como obter mais autonomia face ao poder executivo; c) melhorar a infraestrutura dos órgãos e sua efetividade.

Em relação ao primeiro desafio, tem-se que a precisa definição do âmbito de atuação reduz os conflitos institucionais os quais provocam o descrédito dos órgãos antitruste. Além disso, tal definição evitará que tais órgãos gastem tempo e recursos com casos de menor relevância. Este desafio está superado desde a edição da Lei 8884/94 a qual estabelece

como âmbito de atuação do SBDC, todo o território nacional

O segundo desafio diz respeito a como diminuir a dependência face ao poder executivo. As possíveis soluções são: mudar o sistema de nomeação retirando a indicação do Presidente da República ou do Ministro da Justiça (SDE e SEAE), mandatos não coincidentes com os mandatos do poder executivo, autonomia financeira dos órgãos, ingresso na carreira via concurso público, entre outras. A proposta de reformulação soluciona parte dos problemas posto pelo desafio uma vez que prevê o ingresso via concurso público e aumenta a autonomia financeira. Entretanto, não resolve os problemas da indicação dos conselheiros pelo Presidente da República.

O terceiro desafio diz respeito a necessidade de contar com uma maior capacidade técnica e base analítica de modo a rivalizar com a enorme capacidade das empresas que estão sujeitas à fiscalização. Em relação ao aumento da efetividade, Paredes (2007, p. 19) sugere a adoção das seguintes medidas: i) deve-se definir e avaliar os processos realizados buscando aferir o número de casos analisados e resolvidos, a complexidade destes, o tempo requerido e a taxa de êxito; ii) os órgãos devem emitir informes das decisões descrevendo o procedimento e técnica utilizados bem como editar guias gerais de procedimento com os critérios seguidos de forma a gerar uma maior certeza jurídica sobre a forma de atuação de tais órgãos e redução dos custos de transação para os agentes econômicos. Visando solucionar este problema é que a proposta de reformulação prevê a criação de 200 vagas para o cargo de especialista de políticas públicas.

Outro desafio que não foi contemplado pelo projeto diz respeito a informatização e construção de um sistema de consulta à jurisprudência eficiente e eficaz, tanto para a comunidade, quanto para o próprio SBDC. Isto porque não é concebível que em plena terceira revolução tecnológica os órgãos do SBDC não se beneficiem dos avanços na área da telemática para melhor desempenharem as suas funções.

CONCLUSOES

As empresas buscam garantir interesses próprios, em geral movidas pela busca da maximização de seu lucro e/ou de posições que permitam maior concentração de mercado e eliminação de concorrentes ou potenciais entrantes. Esta atitude pode se chocar com interesses maiores da sociedade na busca do bem estar coletivo. Por isso, o Estado atua de forma a coibir abusos e procurar regular a concorrência nos mercados tendo como norte que os ganhos de eficiência auferidos no processo produtivo devem ter nitidamente impactos na melhoria das condições de vida dessa Sociedade e não reverter exclusivamente em ganhos das empresas. Esta forma de atuação do Estado brasileiro é a desempenhada pelo SBDC.

O fundamento para a aplicação da defesa da concorrência é a assimetria entre os atores econômicos, que, para alguns, é resultado inevitável da própria concorrência. Fossem todos - fornecedores, processadores, distribuidores e consumidores - numerosos e equivalentes em sua capacidade de influenciar os mercados, não haveria motivos para o controle do poder de mercado. Entretanto, raramente este é o caso. Daí a importância de um sistema que, quando possível, preserve as condições de concorrência entre as empresas e entre consumidores.

Um sistema eficaz de defesa da concorrência é um dos avanços institucionais necessários para a conquista do crescimento econômico e do bem-estar social razão pela qual os países em desenvolvimento, como o Brasil, devem incorporar tal preceito ao seu rol de políticas públicas. Um sistema eficaz pressupõe a existência de um aparato regulatório eficiente. Um marco regulatório eficiente é uma das condições para atração de investimento pois é fundamental para inspirar confiança e gerar previsibilidade aos investidores e consumidores e em conjunto com a estabilidade das variáveis macroeconômicas, com as reformas microeconômicas, aumenta a eficiência da atividade produtiva e proporciona um crescimento de longo prazo.

Essa modernização e reforma de Estado que está em curso no âmbito da política ora

estudada, faz parte de uma série de medidas que compõem a chamada “agenda microeconômica” a qual uma vez implementada ensejaria a criação de um ambiente propício aos negócios o qual serviria para atrair investimentos estrangeiros diretos, ou seja, aquele que vem para produzir, gerando emprego, renda e maior arrecadação de tributos. Enfim, levando o país ao propalado “crescimento sustentável de longo prazo”.

A demora na análise dos atos submetidos aos órgãos antitruste introduz um elemento de incerteza sobre o funcionamento das empresas envolvidas no ato de concentração afetando as decisões e o planejamento levados a cabo por elas. A proposta de reformulação surge para contribuir na resolução deste problema e o faz através da racionalização da atuação do órgãos do SBDC de forma unificar os trabalhos e acelerar as análises empreendidas para com isso reduzir os custos de transação. Nesse sentido, advogou-se neste trabalho que caso as inovações institucionais previstas no projeto de reformulação do SBDC estivessem vigentes, os custos de transação como os descritos ao longo do trabalho seriam reduzidos integralmente ou, pelo menos, parcialmente.

Ressalte-se que, para a redução dos custos de transação, é necessário a adoção de medidas complementares às previstas no projeto de reformulação. A título de exemplo, cita-se o fortalecimento dos órgãos governamentais, como o INMETRO, que fixam e fiscalizam a adoção de padrões de medida, avaliação e qualidade dos produtos os quais geram externalidades positivas para os agentes econômicos uma vez que reduzem os custos de transacionar tais produtos.

Para que a proposta de reformulação e em geral, a política de defesa da concorrência sejam exitosas é necessário haver uma política de Estado e não apenas de governo pois esta geralmente diz respeito aos interesses do governo em questão e desenhada e implementada sem que haja um debate legitimador no Congresso Nacional em suas comissões técnicas. A idéia é dar uma continuidade à implementação de um programa previamente definido de forma a gerar uma maior previsibilidade aos investidores.

Deve-se salientar também que o sucesso da política de defesa da concorrência e mais

especificamente, da reformulação do SBDC depende não somente do desenho desta, mas também das instituições políticas e de governança sob as quais ela foi desenhada e será implementada. Isto porque os mecanismos de governança tais quais o desenho de uma agência (CADE) ou de um sistema regulatório (SBDC) que são variáveis de escolha dos formuladores de política, estão restringidos pela dotação institucional do país, ou em outras palavras, a escolha de governança regulatória é determinada pela dotação de fatores institucionais tais quais a forma de governo, as regras políticas, judiciais, a divisão de poder, etc.

Dessa forma não basta que uma política seja bem desenhada e implementada para se obter um resultado satisfatório. É essencial que esta política seja compatível com as instituições de políticas e de governança vigentes no país. Assim, a melhor forma de organizar o processo regulatório é compatibilizá-lo com as instituições políticas, econômicas e sociais do país.

Por fim, deve-se salientar que a política de defesa da concorrência não é solução para todas as mazelas econômicas que assolam a população brasileira logo não poderá, de forma independente, resolver problemas como o desemprego. Para isso, deve ser conjugada com outras políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ARAGAO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e governança no Brasil. IN: SALGADO, Lucia Helena. MOTTA, Ronaldo Seroa (org). **Marcos regulatórios no Brasil**: o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 125-162.

AZEVEDO, Paulo Furquim. A defesa da concorrência e o judiciário. **Conjuntura Econômica**. Rio de Janeiro, v. 61, n. 4, p. 82, abril, 2007.

BARBOSA, Nelson. **Entrevista ao CADE informa**. Disponível em: www.cade.gov.br/Informativo/CadeInforma.asp. Acesso em: 14/06/2007.

BENJÓ, Isaac. **Fundamentos de Economia da Regulação**. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

BLIANCHERIENE, Ana Carla. Defesa comercial x defesa da concorrência: o que triunfará nas relações comerciais internacionais?. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 14, p. 71-89, 2007.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents**. Disponível em; www.puc.cl. Acesso em: 10 nov. 2006, 15:00.

_____. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **Yale law journal**, v. 70, 1961.

COASE, Ronald. **The nature of the firm**. Disponível em: < www.People.bu.edu/vaguirre/courses/bu332/nature_firm >. Acesso em: 10 jul. 2006, 16:00.

_____. **El problema del costo social**. Disponível em: www.cepchile.cl. Acesso em: 14 maio 2007, 19:00.

CONCEIÇÃO, Octávio A.C. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. **Revista de Economia Contemporânea**. Rio de Janeiro, v. 6, p. 119-146, Jul.-Dez., 2002.

CONSIDERA, Cláudio. O início da recente experiência brasileira em regulação econômica. IN: SALGADO, Lucia Helena. MOTTA, Ronaldo Seroa (org). **Marcos regulatórios no Brasil**: o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 29-40.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. 1º ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1998.

DIAZ, José Gregório Bahamonde. **Análisis económico del Derecho**. Material de classe. Pontificia Universidad de Chile. Disponível em; www.puc.cl. Acesso em: 10 out. 2006.

FARINA, Elizabeth. **Entrevista ao CADE informa**. Disponível em: www.cade.gov.br/Informativo/CadeInforma.asp. Acesso em: 02/06/2007.

O governo vê perda de R\$ 40 bi com cartéis. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Dinheiro, p.b3, 31 maio 2007.

FURTADO, Celso. Estado e empresas transnacionais na industrialização periférica. **Revista de Economia Política**, v.1, n.1, p. 41-49, 1981.

FUJIWARA, Thomas. OLIVEIRA, Gesner. MACHADO, Eduardo Luiz. A experiência brasileira com agências reguladoras. IN: SALGADO, Lucia Helena. MOTTA, Ronaldo Seroa (org). **Marcos regulatórios no Brasil**: o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 163-198.

GIAMBIAGI, Fábio. ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

GREGORIO, Jose de. Crecimiento económico en Chile: evidencia, fuentes y perspectivas. **Estudios Públicos**. Santiago, n. 98, p. 20-82, abril-jun, 2005.

IBRE, Carta do. Em defesa da concorrência. **Conjuntura Econômica**. Rio de Janeiro, vol. 60. p. 6 – 9, out., 2006.

KAYSEN. **Antitrust Policy: an economic and legal analysis**, Cambridge, Harvard University Press, 1959.

KLAJMIC, Magali. Política legal da concorrência. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, jan – jul, p.79-94, 1998.

LETHBRIDGE, Tiago. A Nestlé vai aos Tribunais. **Exame**, São Paulo, n. 10, ed. 843, p. 74, 25 maio 2005.

MATTOS, César. Harmonização das políticas Antitruste. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, jan – jul, p. 62-78, 1998.

MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 97-145.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Projeto de Lei de Reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14 maio. 2007, 19:20.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Reformas microeconômicas e crescimento de longo prazo**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 10 maio.2005, 18:00.

MITNICK, Barry. **La economía política de la regulación**.1º ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1989.

NETO, Caio Mario Pereira. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Reforma do sistema brasileiro da livre concorrência. **Conjuntura Econômica -FGV**, São Paulo, v. 59, p. 20-21, setembro 2005.

PAREDES, Ricardo. *Desafios para la institucionalidad antimonopolios em Chile*. Disponível em: www.cepchile.cl. Acesso em: 21 Março 2007, 17:00.

POSSAS, Mario Luiz. FAGUNDES, Jorge. PONDÉ, João Luiz. Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. In: POSSAS, Mario Luiz.(Org.). **Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p.189-208.

_____. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David. HASENCLEVER, Lia (Org.). **Economia Industrial**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 415-430.

RICHTER, Rudolf. *The new institutional economics: Its start, Its meaning, Its prospects*. Disponível em: www.uni_saarland.de/fak1/fr12/richter. Acesso em: 13 abril 2007, 10:00.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 859.

TAVARES, José Araújo. A regulação econômica nos setores de infra-estrutura no Brasil. IN: SALGADO, Lucia Helena. MOTTA, Ronaldo Seroa (org). **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 91-124.

WEBER, MAX. **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura, 1984.

WILLIAMSON, Oliver. **The New Institutional Economics: taking stock, looking ahead**. Disponível em: www.uv.es/fatas/ipei/williamson. Acesso em: 20 abril 2007, 16:00.

ZYLBERTSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia** – análise econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Campus, 2005.

ANEXO

ANEXO 1 – QUADRO COMPARATIVO

CONTEÚDO	DISPOSIÇÃO LEGAL SOBRE O TEMA (Lei 8884/94)	Projeto de Lei 5877/05
Âmbito de aplicação	A lei é aplicável a qualquer prática cometida no território nacional (mercado relevante geográfico) ou que nele produza efeitos. Para tais fins, reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante	Não houve alteração
Autoridades do SBDC	CADE, SDE e SEAE	CADE e SEAE
Composição dos órgãos	CADE = Presidente e seis conselheiros, cidadãos entre 30 a 65 anos com notável saber jurídico ou econômico SDE = Secretário é indicado pelo Ministro da Justiça. SEAE = Secretário é indicado pelo Ministro da Fazenda.	CADE = Superintendência-geral, o departamento de estudos econômicos, procuradoria-geral e um tribunal administrativo. Duzentos especialistas em políticas públicas irão compor os quadros dos dois órgãos.
Atribuições dos órgãos do	A SEAE tem como atribuições	O CADE realizará a

SBDC	<p>delinear, coordenar e executar as ações do Ministério, no tocante à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica, de forma a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico, entre outras.</p> <p>A SDE é responsável pela formulação, promoção, supervisionamento e coordenação da política de proteção da ordem econômica, nas áreas de concorrência e defesa do consumidor, entre outras atribuições.</p> <p>O CADE tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão do mesmo.</p>	<p>instrução (parte do SDE) e o julgamento de tais atos.</p> <p>À SEAE caberá a análise e adoção de normas setoriais. Além disso, caberá a este órgão o papel de harmonizar a política de defesa da concorrência com as outras políticas públicas.</p>
Conduas vedadas de forma genérica	Atos que possam produzir os seguintes efeitos: 1) limitar a livre concorrência; 2) dominar mercado relevante salvo quando for resultado de maior eficiência; 3) aumentar arbitrariamente os lucros; 4) exercer de forma abusiva posição dominante	Não houve alteração

Sanções previstas	<p>1) Empresa = aplicação de multa</p> <p>2) Administrador = aplicação de multa de 10 a 50% do valor aplicado a empresa.</p> <p>3) Proibição de participar de Licitações e de contratar com instituições financeiras públicas.</p>	Não houve alteração
Medida Preventiva	Determinar a imediata cessação da prática e quando possível, retorno à situação anterior. Prevê uma multa diária para o descumprimento	Não houve alteração
Ato de concentração	Ato que implique em participação de 20% ou mais da empresa no mercado relevante ou que envolva empresa com faturamento igual ou maior que R\$ 400.000.000,00.	<p>Atos de concentração em que,</p> <p>cumulativamente:</p> <p>I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de</p>

		reais); e II - pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta milhões de reais).
Análise do Ato de Concentração	Controle antes ou até 15 depois da consolidação do ato	Controle passa a ocorrer antes da operação ser concluída. O CADE terá 25 dias para analisá-la e poderá autorizá-la de imediato ou solicitar mais informações, se entender que esta oferece riscos
Autorização dos atos vedados de forma genérica	O CADE pode autorizar atos lesivos a concorrência desde que: 1) tenham por objetivo aumentar a qualidade, produtividade ou aumentar a eficiência. 2) os benefícios sejam	I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b)

	<p>distribuídos equitativamente entre os participantes do ato e os consumidores</p> <p>3) não implique em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado</p> <p>4) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados</p> <p>Obs: Caso seja necessário por motivo preponderante de economia nacional, os atos podem ser autorizados desde que cumpram com três das condições e não prejudiquem o consumidor.</p>	<p>melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;</p> <p>II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;</p> <p>III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; ou</p> <p>IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.</p>
--	--	---

Acordo de Reversibilidade da Operação (APRO)	Procedimento que visa preservar as condições de mercado, prevenindo as mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer na estrutura do mercado até o julgamento do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar eficaz o resultado do julgamento.	Não houve alteração
Acordo de Leniência ou delação premiada	Permite a redução da pena a ser imposta ao agente econômico se este entrega informações que reduzam o custo da investigação. Este procedimento é de grande valia nos casos de colusão de preços (Ex: cartel).	Não houve alteração
Consultas	É a possibilidade dos agentes econômicos, interessados em realizar um ato (Ex: fusão) potencialmente à concorrência, obterem informações sobre a legalidade deste antes de efetivá-lo.	Não houve alteração
Compromisso de cessação de prática sob investigação (Lei 11.482/07)	Acordo através do qual a empresa se compromete a acabar com a prática lesiva a concorrência sob pena de pagar uma multa que pode ir de 1 a 30% do faturamento anual.	