

Comentários sobre defesa da concorrência no Brasil*

Rubens Penha Cysne**

1. Introdução

Este trabalho divide-se em cinco seções. Na segunda, efetuamos uma ligeira digressão em torno de três artigos escritos por Simonsen sobre o tema de defesa da concorrência. Na terceira e na quarta, abordamos dois aspectos complementares às colocações de Simonsen a este tipo de política, particularmente importantes em países como o Brasil: inicialmente, a necessidade de se contemplarem também fatores de ordem macroeconômica nas análises antitruste; em adição, a necessidade de se gerar um maior questionamento dos monopólios gerados no seio do setor público, seja como produtor ou como regulador. A quinta seção apresenta as conclusões.

2. Mario Henrique Simonsen e Defesa da Concorrência: Considerações sobre Três Artigos Publicados na revista *Exame*

Mario Henrique Simonsen escreveu pelo menos três artigos, desde 1993, sobre a prática da defesa da concorrência no Brasil. O primeiro intitulou-se “A ação dos oligopólios não explica a inflação” e foi publicado na edição de 14-4-1993 da revista *Exame*. O segundo, “Monopólio em questão”, publicado em 2-8-1995 neste mesmo periódico, já se deu após a “ressurreição” do Cade, pela Lei nº 8.884/94 e pela estabilização dos preços. O terceiro, e mais enérgico, “O Cade Atrapalha”, foi publicado em 28-2-1997. Nesta seção, concentrar-nos-emos sobre estes três artigos para tentar trazer ao leitor alguns pontos da visão de Simonsen sobre defesa da concorrência.

A razão de nos atermos ao pensamento do professor Simonsen nesta área, quando talvez o mais natural fosse enveredar pela seara da macroeconomia, deve-se a três motivos. Em primeiro lugar, porque a discussão microeconômica aplicada deverá ganhar mais espaço no país, daqui para a frente, relativamente à (repetitiva) discussão macroeconômica. Segundo, porque, ao menos entre alguns militantes na área de defesa da concorrência, as colocações de Simonsen estiveram longe de se constituir na unanimidade característica de seus escritos na área de macroeconomia. Terceiro, porque pretendemos mostrar que, em grande parte, tal ausência de unanimidade provavelmente decorre daquilo que certa vez Roberto Campos colocou como grande pecado de um político: falar a verdade antes do tempo. Em particular, pretendemos

*Trabalho escrito para o número especial da RBE em homenagem à memória do Professor Mário Henrique Simonsen.

**Diretor de pesquisas da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas e diretor do CERES – Centro de Estudos de Reforma de Estado da EPGE/FGV.

registrar como alguns problemas atualmente decorrentes da atuação do Cade já eram previstos por Simonsen em agosto de 1995.

A motivação central para o primeiro artigo aqui referido, ainda anterior à nova fase do Cade, era mais de cunho macroeconômico do que microeconômico. Em 1993, os brasileiros não haviam ainda se acostumado a ler nas primeiras páginas dos jornais as discussões relacionadas às decisões do Cade. As manchetes econômicas de então eram quase que exclusivamente dedicadas ao problema do controle inflacionário. Tratava-se o artigo, na verdade, de uma enésima tentativa do professor de desfazer a confusão entre preços altos, possivelmente praticados por oligopolistas, e preços em elevação, ou seja, inflação. Em seu périplo contínuo a favor da lógica na análise econômica, Simonsen escreveu, com o objetivo de desfazer uma vez mais esta confusão entre níveis e derivadas logarítmicas: “inflação não é sinônimo de preços altos, mas de preços em elevação”, ou ainda, “a culpa da febre (da inflação) só pode ser a administração da moeda, o que nada tem a ver com as imperfeições da concorrência”.

O mote macroeconômico do artigo, entretanto, não impediu que Simonsen lançasse também algumas luzes sobre a questão de defesa da concorrência. Para atingir este objetivo, ele apontou três alternativas, fixando-se na primeira como a menos controvertida: eliminação das barreiras à entrada, seja de competidores nacionais ou estrangeiros; proibição de acordos entre produtores destinados a restringir a oferta, o que seria o objetivo da legislação antitruste; ou controle de preços, sempre com o cuidado de fixá-los acima do custo marginal.

Com relação à redução das barreiras à entrada, apresentada como a mais defensável das três alternativas, Simonsen não deixou de lembrar que “a maioria dos oligopólios malignos grassa à margem das reservas de mercado criadas pelo próprio governo”, citando como exemplo os malefícios para o país decorrentes da Lei da Informática, segundo ele, “aprovada no Brasil em 1984 pelo conluio de militares obscurantistas, esquerdistas inconseqüentes e empresários ineptos”.¹

Ao investir contra as barreiras à entrada criadas pelo próprio governo, Simonsen não levantou a questão das perdas para os consumidores decorrentes dos monopólios estatais. Sobre este ponto nos deteremos na terceira seção deste artigo.

Com relação às duas outras alternativas para fazer os oligopolistas fixarem preços como se fossem obrigados a seguir a concorrência, Simonsen mostra-se um pouco cético. No que diz respeito à aplicação da legislação antitruste, os problemas seriam dois: a nossa tradição romana do direito, onde não haveria como aplicar com eficiência uma lei antitruste, “que exige dos juízes uma liberdade de interpretação típica do direito anglo-saxão”; e a crônica inflação brasileira.

O controle de preços, por outro lado, segundo Simonsen, quando de uma das fases de sua aplicação no Brasil, “coibia abusos de preços, mas em troca dava um

¹ Não menos prolixo em adjetivos para se referir à Lei de Informática é o jornalista Elio Gaspari, que a define como “o pior dos monstros do atraso nacional, ..., essa maluquice inventada por militares delirantes, empresários astutos e protecionistas da ignorância...” (O Globo, 27-8-1997).

bom guarda-chuva aos oligopolistas”. Isto porque o CIP (Conselho Interministerial de Preços) teria garantido aos oligopolistas “razoável lucratividade, sem a necessidade de enfrentar a competição de preços com os concorrentes”.

Em agosto de 1995, quando Simonsen escreveu seu segundo artigo, o Cade já se encontrava em sua nova fase, mais ativa e presente. Para esta nova fase do Cade contribuíram pelo menos mais dois motivos além da nova lei, que lhe conferiu maior autonomia, e a estabilidade de preços alcançada com o Real: a globalização da economia e o dinamismo da sua presidência.

É interessante observar que, ao contrário do que se poderia supor à primeira vista, a globalização não tem implicado inequivocamente redução da demanda pelos trabalhos, em todo o mundo, dos órgãos de defesa da concorrência. A globalização do comércio, a primeira que vem à mente quando se fala nos reflexos da globalização sobre a necessidade de defesa da concorrência, realmente reduz a sua necessidade. Mas a globalização da produção, aumentando os graus de concentração nas indústrias, a nível mundial, objetivando a captação dos retornos crescentes de pesquisa e desenvolvimento, tem agido em sentido contrário, sendo o saldo resultante, ao menos teoricamente, de sinal ambíguo.

Em seu segundo artigo sobre este tema na revista *Exame*, “Monopólio em Questão”, Simonsen aproveita para examinar a nova legislação brasileira. Novamente, o fundador da EPGE/FGV defende aquela que para ele seria a melhor alternativa quando o objetivo é defender a concorrência: reduzir as barreiras à entrada de novos produtores em mercados relevantes, muitas vezes criadas pelo próprio governo, e as restrições às importações, sejam aquelas impostas através de cotas ou tarifas.

No caso de mercadorias homogêneas, em que um fabricante não se distingue do outro por marcas, a simples redução dos impostos de importação atenderia aos problemas possivelmente gerados pela ausência de competição. Em adição, mesmo no caso de mercados com maiores obstáculos ao ingresso, seja devido à diferenciação de marcas ou à existência de patentes, as importações poderiam, na maior parte das vezes, resolver o problema. De fato, se os custos irre recuperáveis (*sunk costs*) da produção são muito elevados, não sendo viável a entrada de mais um produtor local a curto ou médio prazo, as importações podem manter a contestabilidade, reduzindo os possíveis danos causados pela existência de poder de mercado.

Mas o ponto fundamental deste segundo artigo é outro. Com sua peculiar clareza, Simonsen diagnostica e de certa forma antecipa toda esta série de percalços do Cade que temos acompanhado através da imprensa, seja através de dissensões internas públicas entre seu presidente e cinco outros conselheiros, seja devido ao questionamento, também público, da pertinência técnica de suas decisões. Simonsen escreve, no quarto parágrafo deste artigo:

“Note-se que, na ausência de critérios objetivos, das duas uma: ou o Cade será pouco atuante, ou se transformará em um fator de mais de incerteza, num país onde os riscos estão longe de ser desprezíveis. Em tese, é preciso coibir os monopólios, mas a experiência internacional alerta para o risco de que a emenda se torne pior que o soneto”.

A clarividência de Simonsen fica patente quando se observam as recentes polêmicas envolvendo a atuação do Cade. A título de exemplo, observe-se esta passagem, na página 30 da revista *Business* de 21 de julho de 1997, semanário de grande penetração entre investidores, em editorial criticando o parecer negativo do Cade sobre uma *joint venture*, envolvendo uma empresa nacional e outra estrangeira: “now, people might refrain from joint ventures in other sectors”.

Os critérios objetivos aos quais Simonsen se refere podem ser expressos, por exemplo, pela explicitação de *guidelines* específicos para a economia nacional, relativos a procedimentos na análise antitruste, bem como das faixas de variação permissíveis de vários dos parâmetros de utilização corrente nos processos de defesa da concorrência. Dentre estes podem-se citar, para cada setor industrial, ou em geral, o índice de Herfindahl-Hirschman, as elasticidades-preços da indústria e as elasticidades para produtores específicos, as elasticidades cruzadas para determinação do mercado relevante de produto, os índices de Lerner no caso de firma multiprodutora etc.

Para se ter uma idéia dos problemas de ordem metodológica, em alguns pareceres recentes na análise antitruste brasileira utilizam-se valores de jurisprudência estrangeira para o índice de Herfindahl,² sem se levar em conta que o mercado relevante em nossa análise pode ser, para alguns produtos, de escala totalmente diversa do mercado relevante relativo à jurisprudência em questão. Uma vez determinado o tamanho ótimo da firma pela tecnologia disponível (que pode ser o mesmo nacional ou internacionalmente), países com maior escala de produção tenderão a apresentar índices de Herfindahl evidentemente mais baixos. Segue daí que a extensão da jurisprudência estrangeira (quase sempre americana) ao Brasil, se levada ao limite, poderia condenar o país a subdividir seus parques industriais em uma série de fábricas sem competitividade, operando abaixo de seu tamanho ótimo.

Em outros casos, utilizam-se jurisprudências de países com renda *per capita* quase três vezes superior a nossa, para a determinação do mercado relevante de produto, esquecendo-se que as elasticidades cruzadas costumam variar em função do nível de renda.

Isto para não falar na falta de atenção aos ensinamentos básicos de microeconomia contidos, dentre outros, em Debreu (1959), que nos lembra que, na determinação do produto relevante, fatores como data e local de entrega, além de um sem-número de especificações, devem ser levados em consideração.

Ao agrupar vários produtos em um só, sem mensuração adequada das elasticidades cruzadas, os legisladores de defesa da concorrência podem estar cometendo erros semelhantes àqueles cometidos pelos legisladores do Cruzado, que fixaram preços sem levar em conta vários outros fatores, como a qualidade, a marca etc. Este tipo de procedimento penaliza sobremaneira o consumidor, na medida em que ignora o grande benefício para este decorrente da existência de diversidade de produtos.

²O índice de Herfindahl mede o grau de concentração industrial e corresponde à soma dos quadrados das participações relativas na indústria, de cada um dos produtores. Por exemplo, se há apenas um produtor, seu valor é máximo e igual a 10.000.

A contrapartida em tornar legal e arbitrariamente não injetiva a função biunívoca que levava produtos a preços, durante o Cruzado, foi óbvia: uma severa redução nos tipos, marcas e modalidades de produtos colocados à disposição dos consumidores, todos eles nivelados pela qualidade do mais barato (e usualmente o pior), provocando quedas de bem-estar para os consumidores. Estas reduções de bem-estar não aparecem em nenhuma estatística oficial, mas são claras e perceptíveis. Pior é que, nos dois casos, utilizam-se recursos reais da economia, dados pelos custos da estrutura dos respectivos órgãos, em nome da defesa do consumidor que, em última instância, pode acabar sendo prejudicado.

No caso da defesa da concorrência, isto pode ocorrer, por exemplo, quando se proíbem fusões ou *joint ventures* de empresas, que implicariam a fabricação de um novo produto, tendo-se como base uma análise que junta este novo produto aos demais já existentes, em uma cesta que é percebida como “produto relevante” apenas pelo parecerista, mas não necessariamente pelos consumidores, sem nenhuma mensuração prévia de elasticidades cruzadas que valide tal procedimento. É curioso como alguns pareceristas podem admitir tratarem-se produtos, cuja diferença de preço chega, em alguns casos, a até 70%, como se fossem indistintos para os consumidores.

Evidentemente estes fatos não passam despercebidos à maior parte dos profissionais pareceristas que se dedicam específica e integralmente a estas questões, seja julgando, qualificando, ou apenas instruindo processos. Ocorre que há ainda muito trabalho empírico a se fazer para que, nas palavras de Simonsen, “os critérios sejam objetivos”.

O terceiro artigo “O Cade atrapalha”, como o próprio título sugere, é o mais agressivo deles, no que diz respeito à política antitruste em geral, e a nossa em particular. Neste, Simonsen escreve “O calcanhar-de-aquiles das leis antitruste é que elas inibem fusões e aquisições”. Evidentemente, Simonsen não se opõe ao fato, conhecido desde a publicação de *A riqueza das nações*, por Adam Smith, de que uma economia, para ser eficiente, deve ser competitiva, e que para isto é necessário que nenhum agente econômico possa, por suas decisões individuais, influenciar o sistema de preços. Pelo contrário, ele lembra este fato no próprio artigo. Apenas manifesta uma vez mais sua opinião de que o grande antídoto contra os abusos de preço, em um mundo globalizado, não seriam mais as leis antitruste, mas sim o comércio internacional.

Nos dois artigos anteriores Simonsen se centrava nas inevitáveis imperfeições práticas, de ordem jurídica e metodológica, da análise antitruste, para defender a maior eficiência no mecanismo de contestação pelo comércio internacional, de forma a evitar abusos de posição dominante. Neste terceiro artigo, Simonsen apresenta um novo argumento, as economias de escala. Não apenas as tradicionais, mas algumas mais suaves, que apenas mais recentemente teriam revelado com maior ênfase a sua importância. Tratam-se estas das economias de escala na pesquisa e desenvolvimento, de elevado retorno esperado, mas alto risco, bem como das economias de escala no *marketing* e na comercialização.

No primeiro caso, os produtores, ao elevarem suas escalas de pesquisa, aumentariam as suas chances de obter alguns sucessos financiadores das demais pesquisas, possivelmente infrutíferas. Um estatístico provavelmente se expressaria dizendo que, ao aumentar o número e a diversidade de pesquisas, o produtor passaria a se beneficiar mais e mais da lei dos grandes números. Em segundo lugar, maiores quantidades vendidas poderiam levar a maior diluição dos custos de propaganda, maiores descontos etc.

Dos três artigos de Simonsen, pode-se concluir que, embora reconhecendo as ineficiências decorrentes de poder de mercado, ele se mostrava cético quanto ao possível saldo positivo da aplicação de leis antitruste para controlá-lo. Primeiro, particularmente no caso brasileiro, porque a Lei nº 8.884/94 apresenta pontos falhos, principalmente no contexto de uma economia globalizada. Por exemplo, em seu art. 20, quando presume que um produtor domine um mercado quando nele participa com 20% ou mais. Segundo, devido à falta de critérios técnicos bem definidos na análise antitruste. Terceiro, devido às possíveis dificuldades de nossa Justiça no trato de um assunto altamente técnico, muito mais afeito ao *rule of reason* do que ao direito *per se*. Quarto, devido ao fato de que, ao inibir as fusões e aquisições, a política antitruste dificulta a obtenção de economias de escala particularmente importantes para o desenvolvimento científico e tecnológico.

Fiel à sua tradição de não criticar sem apresentar alternativas, nos três artigos Simonsen coloca como a melhor alternativa a contestabilidade criada por um comércio internacional sem barreiras, o que se conseguiria através de tarifas aduaneiras reduzidas e globalização de mercados (leia-se, redução dos custos de informação sobre mercados).

3. Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência

Pelo menos duas áreas costumam gerar grandes dissensões entre os economistas: macroeconomia e direito da concorrência. Em ambos os casos, os problemas decorrem da necessidade prática de se utilizar um instrumental de análise que ainda se encontra bem aquém daquele que seria desejável. Especificamente no caso de defesa da concorrência, a maior parte dos textos utilizados parte de uma visão de equilíbrio parcial que desconsidera importantes fatores de ordem macroeconômica (ou, visto de outro ângulo, de equilíbrio geral). Segue deste e de vários outros motivos, como vimos anteriormente, a indiscutível colocação do professor Simonsen acerca da superioridade da contestabilidade sobre a aplicação de políticas antitruste ou de controle de preços, quando o objetivo é contar com as benesses da competição.

Além dos problemas metodológicos e da crônica carência de recursos do CADE, implicitamente subjacentes às colocações de Simonsen acima referidas, há ainda que se fazerem pelo menos dois reparos adicionais à atuação de um órgão de Defesa da Concorrência em países como o Brasil. O primeiro diz respeito a algumas peculiaridades macroeconômicas de nosso país, que demandam ajustes dos procedimentos, usualmente importados, para a análise local de processos de defesa da concorrência.

Sobre este ponto nos deteremos nesta seção. O segundo diz respeito à assimetria do Cade no tratamento do setor estatal, *vis-à-vis* aquele dispensado ao setor privado. Embora as maiores perdas para os consumidores ainda se concentrem, ao que tudo indica, nos monopólios estatais, a atuação do Cade, inexplicavelmente (exceto pela fragilidade de nossas instituições), se concentra quase que exclusivamente no setor privado. Sobre este ponto nos deteremos na próxima seção.

Fundamentalmente, em países como o Brasil, com uma economia ainda bastante estatizada, um mercado de capitais subdesenvolvido, crédito de longo prazo monopolizado pela ação de uma agência governamental, o BNDES, cujo financiamento se efetua remunerando os credores do PIS-Pasep (atual FAT) a um valor bem abaixo daquele determinado pelo mercado, notório desequilíbrio fiscal, apego à indexação, e com uma taxa de câmbio possivelmente dissociada de seu valor social (veja-se a atual discussão sobre possível defasagem cambial ou, alternativamente, os subsídios concedidos pelo BNDES para exportações, o que eleva o valor do dólar exportado acima do valor estipulado pelo Banco Central), é necessário levar-se em consideração, nas análises da agência de defesa da concorrência, não apenas a visão das árvores (poder de mercado) e possivelmente dos bosques (eficiência produtiva decorrente de atos de fusão ou aquisição), mas também da floresta como um todo (demais aspectos macroeconômicos).³

A Lei nº 8.884/94 deixa clara a necessidade desta preocupação com a economia e com os consumidores como um todo, e não apenas com alguns mercados específicos, nos casos de atos econômicos, ao explicitar, em seu art. 54, §1º, inciso I, a possibilidade de autorização de atos que atendam à condição de “propiciar a eficiência e o desenvolvimento econômico”. Da mesma forma, o §2º deste mesmo artigo faz referência a motivo relevante de economia nacional e do bem comum, desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Não se trata de querer introduzir complicadíssimas análises em longínquos mercados no julgamento de cada caso de concentração. Mas de lembrar e frisar que este ponto é particularmente importante em economias com inúmeras distorções em relação a uma economia de mercado, e de tradição incipiente em efetiva ação do órgão de defesa da concorrência (a despeito de o Cade ter sido criado em 1962), como ocorre no caso da economia brasileira.

É preciso às agências de defesa da concorrência consciência permanente de que não estamos a apenas um passo do ótimo de Pareto. Na presença de várias distorções, temos que ter sempre em mente uma mensagem inicialmente abordada em Lypsey e Lancaster (1956), que nos lembra um fato intuitivamente trivial: uma situação de $n+1$ distorções pode levar a um maior bem estar do que uma situação de n distorções, sendo n um número natural.

³ *Diga-se de passagem, se assim não fosse, a fusão da Boeing com a McDonnell Douglas não teria sido aprovada nos Estados Unidos e na Europa. Em 23-7-1997 lia-se em manchete na Gazeta Mercantil: "na última hora, Clinton pressiona e faz ameaça", traduzindo procedimento que certamente não se encontra nos manuais de organização industrial.*

Assim como na presença da distorção de um agente poluidor um imposto indireto pode levar a uma situação de maior bem-estar, também na presença de distorções uma política que implique maior poder de mercado pode se mostrar benéfica, quando se toma o conjunto dos residentes no país como um todo. As eficiências a que se refere a Lei nº 8.884/94 devem abranger a economia como um todo, e não apenas o conjunto de atores e consumidores que se encontre em mercados próximos ou correlatos.

A análise dos atos de concentração não deve se restringir ao excesso dos *deadweight losses* sobre as eficiências observáveis apenas nos mercados diretamente afetados pelos atos de concentração industrial. Impostos indiretos também geram *deadweight losses*, mas nenhum país nunca pensou em criar a *agência de defesa de impostos indiretos*. Pelo simples fato de que eles podem se mostrar úteis para atender a outros objetivos, e evidentemente são analisados sob o ponto de vista da floresta, e não das árvores ou do bosque.

Agências antitruste operando em países de economia ainda distante da economia de mercado necessitam de cautela redobrada em seus julgamentos. Antes de definir precisamente o que seja cautela redobrada, passemos a alguns exemplos em que aumentos de poder de mercado podem levar a aumentos de bem-estar superiores (ou a reduções de bem-estar inferiores) àquelas usualmente abordadas nas análises das agências antitruste:

1. Associação de empresas gerando exportações por incorporação de tecnologia, em ambiente de câmbio fixo sobrevalorizado, onde exista clara dissociação entre o valor privado e social da divisa estrangeira. Embora as eficiências decorrentes da associação possam ser levadas em consideração ao se admitirem exportações aumentadas, dificilmente a agência antitruste considera em sua análise a dissociação entre o valor privado e social da divisa estrangeira (dissociação esta que, diga-se de passagem, costuma servir de justificativa para políticas industriais que privilegiam exportações com empréstimos subsidiados).
2. Associação de empresas gerando possibilidade de entrada de dividendos (via elevação de investimentos em mercados externos) em ambiente de câmbio sobrevalorizado, onde exista clara dissociação entre o valor privado e social da divisa estrangeira.
3. Associação de empresas, sendo uma interna e outra externa, gerando *sinialização positiva* para novos investimentos externos em ambiente de câmbio fixo sobrevalorizado, onde exista clara dissociação entre o valor privado e social da divisa estrangeira; observe-se que, nestes casos, enquanto os possíveis custos de monopólio se dão apenas sobre um ou poucos mais mercados, e envolvendo fluxos, os investimentos externos podem contemplar diversos mercados, e envolver não apenas fluxos, mas também estoques, influndo de forma importante na determinação do capital de risco de propriedade de não-residentes no país.
4. Associação de empresas possibilitando criação de colaterais externos e consequente aumento da possível captação de recursos externos, em ambiente de

câmbio fixo sobrevalorizado, onde exista clara dissociação entre o valor privado e social da divisa estrangeira, e de mercado de capitais imperfeito.

5. Associação de empresas possibilitando autofinanciamento, através da geração de lucros monopolistas, durante um certo espaço de tempo, em uma economia com mercado de capitais imperfeito e onde a única fonte de financiamento alternativa seja uma agência governamental que coleta recursos de forma parafiscal, gerando distorções claras na atividade produtiva e transferências de renda arbitrárias entre consumidores.
6. Concessão de poder oligopolista transitório, gerando transferência de renda para o governo através do mecanismo de leilão de concessões, em um país de elevados custos sociais de captação e graves problemas de ordem fiscal.

Em todos estes casos, a criação de poder de monopólio pode ou não diminuir o bem-estar geral, dependendo-se dos valores atuais de todas as distorções supostas, da função de bem-estar social escolhida, bem como da suposta taxa de preferência intertemporal da sociedade.

Toda esta constatação pode ser óbvia para alguns ou mesmo suposta como inútil para efeito de políticas práticas, tendo em vista que não se espera que uma agência de defesa da concorrência vá estimar modelos de equilíbrio geral com conjuntos de possibilidade de produção não convexos. Mas ela é introduzida aqui por três motivos.

Primeiro, porque ela pode ser óbvia para alguns mas certamente não é óbvia para todos. Segundo, é importante assinalar que esta preocupação deve ser maior em países com inúmeras distorções, como o Brasil, do que em países com maior tradição econômica, dos quais costumamos importar, muitas vezes sem as necessárias adaptações, os *guidelines* de nossa agência antitruste. Terceiro, e mais importante, estas observações são importantes por obrigar o agente oficial de defesa da concorrência a uma maior cautela e humildade operacional.

Antes de impedir, é necessário medir. E esta medição pode encontrar-se além das árvores do aumento de poder de mercado ou do bosque das eficiências produtivas. A maior cautela da agência antitruste em países com inúmeras distorções como o Brasil deve se expressar:

1. Através da responsabilidade do ônus da prova de aumento de poder de mercado e, possivelmente, quando for o caso, de conduta lesiva aos consumidores.
2. Através da demonstração de que os aspectos negativos levantados no item acima mais do que compensam não apenas as eficiências produtivas diretas, mas também todo o conjunto de outros fatos de ordem macroeconômica julgados relevantes para análise.
3. No contexto “em caso de dúvida, pró-réu”.

4. O Outro Lado da Defesa da Concorrência

Como assinalamos anteriormente, ao investir contra as barreiras à entrada criadas pelo próprio governo, Simonsen não levantou, em seus artigos, a questão das perdas para os consumidores decorrentes dos monopólios estatais. Sobre este ponto nos deteremos nesta seção.

Há pelo menos duas formas pelas quais as firmas com poder de mercado podem penalizar os consumidores: pela elevação dos preços ou pela má qualidade dos bens vendidos e/ou serviços prestados. Um mínimo de observação deixa claro, no caso brasileiro, que o consumidor tem sido muito mais prejudicado pela eliminação de concorrência gerada no seio do próprio setor público do que pelos setores produtivos privados atualmente em foco. As empresas estatais de telefonia são bons exemplos neste sentido.

O problema maior neste caso não reside na existência de estatais, mas sim na existência do monopólio estatal. A recente queda à metade das tarifas de telefonia celular em Brasília, quando da introdução de um novo provedor, na Banda B, é um exemplo peremptório das perdas para o consumidor decorrentes de estruturas estatais monopolizadas. Quanto será que os consumidores estão pagando pelos outros castelos ainda intocáveis? E os governos, federal, estaduais e municipais, quanto estarão deixando de arrecadar nos respectivos leilões de concessão que poderiam estar sendo gerados?

Outro exemplo, dentre dezenas possíveis, este em nível estadual, pode se observar pelo monopólio da Conerj no transporte marítimo da baía de Guanabara. Quem já foi a Hong Kong conhece as facilidades que uma baía como esta pode proporcionar em termos de transportes diversificados, seja pela proliferação de linhas ou de tipos de transporte marítimo. No Rio, além de clara ausência de diversificação de produtos (leia-se linhas), tal monopólio tem gerado elevadas perdas para os consumidores, seja pela má qualidade dos serviços prestados (recentemente, por mais de uma vez uma das embarcações perdeu o leme e ficou a dar voltas em círculo na baía), seja pelo tempo perdido em trânsito decorrente da sobreutilização da Ponte Rio-Niterói, bem substituto, sempre congestionada em horários de maior movimento. Com a concorrência o governo poderia não apenas arrecadar fundos fiscais na concessão, mas também permitir várias outras ligações entre bairros, incrementando sobremaneira o transporte na baía. Diga-se de passagem, o trânsito no Rio poderia também melhorar muito, não se restringindo as externalidades positivas apenas à Ponte Rio-Niterói.

A relação de restrições à entrada ou de reservas de mercado criadas artificialmente no Brasil, no setor estatal, é muito extensa para ser aqui enumerada. Há reserva de mercado até no seguro de acidentes de trabalho, que somente pode adquirido ao INSS (neste caso, no jargão de defesa da concorrência, venda casada).

Certa vez, Milton Friedman, prêmio Nobel de economia, referiu-se a três demônios: o demônio do monopólio privado regulado, o demônio do monopólio privado não regulado e o demônio do monopólio estatal. Se morasse no Brasil, provavelmente

Milton Friedman teria cunhado um quarto demônio, o demônio do monopólio corporativista. Exemplo neste sentido foi a reserva de mercado de informática na década de 80, que atrasou o país na informática e penalizou sobremaneira os consumidores. Onde estava o Cade nesta época?

Um exemplo mais recente de malefícios para o consumidor decorrente da atividade do Estado como regulador pode ser dado pelas barreiras à entrada de ordem puramente institucionais em várias linhas aéreas no Brasil, em particular nas pontes aéreas. Isto fica claro, por exemplo, quando se observa (*Jornal do Brasil*, 27-7-1997) que o preço de uma passagem Rio-Porto Alegre ida e volta custa R\$644,00, enquanto a viagem Rio-Buenos Aires-Rio pode ser adquirida por apenas R\$392,00.

O mais curioso exemplo de reserva de mercado se inicia pela própria Constituição de 1988, que em seu art. 164 destina exclusivamente ao Banco Central os depósitos da União, e a instituições financeiras oficiais as disponibilidades de caixa dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e dos órgãos do poder público e das empresas por ele controladas, ressalvados os casos previstos em lei. Em outros países tais tarefas costumam ser divididas com os bancos privados.

Porque, então, o Cade concentra sua atuação apenas sobre o setor privado, deixando de questionar inúmeros casos que obviamente teriam maior impacto sobre o consumidor?

O problema não é constitucional. Curiosamente, a mesma Constituição supracitada, que cria reservas de mercado no setor financeiro, em seu art. 173, §4º, deixa claro que *“A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”* e, em seu §1º, determina que *“a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas...”*

O problema também não reside na Lei nº 8.884/94, que regula a defesa da concorrência. De fato, seu art. 15 a torna aplicável *“a pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado... mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”*. *Os casos supracitados podem todos se enquadrar no art. 20, inciso IV, que coloca como infração à lei “exercer de forma abusiva posição dominante”*.

Seria então esta concentração de ações no setor privado falta de percepção do Cade? Documentos internos de autoria dos próprios funcionários do Cade deixam claro que não. O incansável e brilhante trabalho desenvolvido por seu presidente também não sinaliza neste sentido. O problema, evidentemente, reside em fatores políticos. Nossas instituições não se acham suficientemente fortes para ousar.

Embora particularmente nocivo no caso brasileiro, devido às diversas reservas de mercado criadas pelo setor estatal, este problema não é exclusivamente nosso. Uma declaração neste sentido de Russel Pittman, do Departamento de Justiça Americano, transcrita de interessante trabalho de Cesar Mattos, consultor do Cade, é bastante elucidativa: *“embora muitas leis de defesa da concorrência em vários países concedam ao respectivo órgão regulador competência para questionar as ações do governo que causam danos à competição, costuma haver uma cautela muito grande na ação deste*

poder, pelos possíveis embaraços que seriam causados, no seio do próprio governo, incluindo-se até mesmo a possibilidade de a agência de defesa da concorrência ser completamente ignorada”.

O Cade não questiona ainda os monopólios estatais provavelmente pelo mesmo motivo que o Banco Central não conseguiu fazer com o Banespa o que desejava no biênio 1996/97: privatizá-lo ou liquidá-lo. Ou pelo fato de a Secretaria da Previdência Complementar não conseguir enquadrar as Entidades Fechadas de Previdência Privada estatais. Ou pelo motivo de a CVM muitas vezes ditar normas que não consegue fazer cumprir. Embora contando com profissionais do mais alto nível em suas respectivas direções, tais instituições muitas vezes podem se ver diante de dificuldades de ordem política, que lhes limitam a ação.

Apenas a sociedade, conscientizando-se da necessidade e utilidade destas instituições, pode conferir-lhes autonomia *de facto*. A autonomia que já existe na lei, como vemos, não é suficiente.

De qualquer forma, o Cade terá que pautar sua atuação também pelo questionamento ao exercício abusivo de posição dominante existente no seio do próprio setor público. A sociedade começa a perceber que os custos sociais daí decorrentes podem em muito superar aqueles associados aos monopólios ou oligopólios privados atualmente em foco.

5. Conclusões

É difícil discordar do arrazoado expresso por Simonsen em seus três artigos, pelo menos com a estrutura da qual dispomos hoje em dia para implementação da defesa da concorrência no Brasil, com base na qual se deu sua redação. Que a Lei nº 8.884/94 exagera ao estipular como fronteira de um possível comportamento abusivo o limite de 20% de participação em um mercado poucos discordam. A ausência de critérios bem definidos nas análises antitruste, por outro lado, é inquestionável, já tendo sido mencionada acima; originam-se daí as inúmeras dissensões surgidas, inclusive no seio do próprio Cade, em alguns dos processos analisados. Quanto à Justiça, não parece haver dúvidas de que temos ainda um longo caminho à frente no treinamento de magistrados aptos a decidir pertinentemente sobre o assunto.

Por outro lado, relativamente ao ponto das economias de escala, é certo que a Lei nº 8.884/94 reconhece que a concentração não é proibida, desde que resulte em benefícios para o consumidor final, para isto definindo, em seu art. 58, os compromissos de desempenho. Neste caso o problema principal reside em saber até que ponto os benefícios decorrentes das inovações tecnológicas, com todas as externalidades que caracterizam este tipo de processo, a maior parte de origem tipicamente dinâmica, podem ser devidamente considerados e mensurados em tempo real e sem vieses pelas agências de defesa da concorrência. Observe-se ainda que tais externalidades podem estar, em alguns casos, bastante distantes dos mercados em

questão, envolvendo também questões de ordem macroeconômica, se não estratégicas, ou mesmo políticas.⁴

Por último, nestes três anos após o Plano Real, com câmbio nominal praticamente constante e relativa abertura ao comércio internacional, o setor de serviços, onde há baixa concentração na produção e no qual as importações não são a regra, e onde o Cade só se conhece pelas manchetes de jornais, teve os seus preços elevados substancialmente acima de setores industriais altamente concentrados. Não seria esta uma clara demonstração da eficiência da contestabilidade sobre a aplicação de leis antitruste?

Simonsen evidentemente não descarta a necessidade de se excluírem as possibilidades de agentes econômicos, isoladamente ou em grupos, influenciarem o sistema de preços. Apenas parece não acreditar, pragmaticamente, tendo em vista as inevitáveis carências de ordem prática e metodológica, que os órgãos de defesa da concorrência possam fazer muito, ou mesmo ter um saldo positivo, em adição àquele que seria o melhor dos remédios para o problema, ao menos nos setores de bens transacionáveis com o exterior: baixas tarifas aduaneiras e comércio globalizado.

Observe-se ainda, ponto não levantado anteriormente neste artigo, que, em alguns casos, os órgãos de defesa da concorrência estão envolvidos em situações de interface com pelo menos quatro outros órgãos governamentais: aqueles responsáveis pela privatização, os responsáveis pelos grupos de comércio, os responsáveis pelas tarifas aduaneiras e os responsáveis pela regulação, seja setorial, ambiental, de segurança ou de produto. É difícil acreditar que todo o conjunto de técnicos, cada um com a visão de seu bosque particular, em diferentes países, em tempo real e de forma exemplarmente coordenada, consiga implementar uma sintonia fina, com valor adicionado positivo em relação aos custos envolvidos, na grande maioria dos casos sob sua jurisdição.

Segue daí que o melhor a fazer seria tentar delimitarem-se políticas que atendessem uniformemente a todos estes objetivos, restringindo a atuação dos respectivos órgãos governamentais ao mínimo possível. Dentre tais políticas, pode-se citar pelo menos uma: *a redução coordenada, gradativa e crível dos níveis tarifários*. Coordenada para atender aos grupos de comércio, gradativa para atender às indústrias nascentes e crível para gerar os investimentos necessários ao ganho contínuo de produtividade.

Referências Bibliográficas

Cysne, Rubens P. Aspectos macroeconômicos da defesa da concorrência. Trabalho apresentado no III Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, jun. 1997.

⁴O caso da fusão da Boeing com a McDonnell Douglas, ao qual já nos referimos anteriormente, é um exemplo claro neste sentido.

Debreu, G. *Theory of value*. Cowles Foundation, 1959.

Lypsey, R. G. & Lancaster, R. K. The general theory of second best. *Review of Economic Studies*, 1956.

Mattos, Cesar. The recent evolution of competition policy in Brasil: an incomplete transition. 1997. mimeog.

Simonsen, Mario H. A ação dos oligopólios não explica a inflação. Revista *Exame*, 14-4-1993.

_____. Monopólio em questão. Revista *Exame*, 2-8-1995.

_____. O Cade atrapalha. Revista *Exame*, 28-2-1996.