

APRESENTAÇÃO

Este livro procura registrar a trajetória da defesa da concorrência no Brasil, as suas realizações e as suas limitações. *Conversando com o CADE*¹ reúne depoimentos de ex-conselheiros do CADE. Todos eles responderam à igual ordem de perguntas, para que o leitor possa ter visões distintas sobre os mesmos temas, reproduzindo assim o que ocorre em um Conselho como o CADE, onde a mesma questão é decidida a partir de visões distintas, ainda que convergentes. A seleção dos entrevistados é de responsabilidade exclusiva do Autor, e procurou trazer ao leitor o quadro recente da defesa da concorrência no Brasil.

Agradeço a colaboração dos entrevistados, sem a qual esse livro não seria possível. Os ex-conselheiros João Bosco Leopoldino e João Grandino Rodas responderam por escrito às questões formuladas, o primeiro pela impossibilidade de uma entrevista pessoal e o segundo por opção própria. Todos os textos aqui reunidos foram revistos e aprovados pelos seus autores. Registro, com pesar, a decisão do ex-conselheiro Gesner de Oliveira, que, depois de concedida a entrevista, entendeu não encaminhá-la à publicação.

Agradeço o empenho do editor José Carlos Busto e à competente colaboração da acadêmica de direito Larissa Toyomoto na preparação deste livro.

A primeira Lei de Defesa da Concorrência foi editada em 1945, ao fim da ditadura Vargas². Bem elaborada, jamais foi aplicada, porém.

¹ A fórmula *Conversando com* é de origem norte-americana e naquele país usada correntemente em livros sobre diferentes temas. No Brasil, recentemente, José Márcio Rego, sob título análogo, organizou três obras distintas e significativas: José Márcio Rego, Luiz Felipe L. Cozac e Ciro Biderman. *Conversas com economistas brasileiros*. São Paulo: Editora 34, 1996. 447 p. “Conversas com filósofos brasileiros”. José Márcio Rego e Marcos Nobre. São Paulo: Editora 34, 2000. 431 p. e José Márcio Rego e José Geraldo Vinci de Moraes. *Conversas com historiadores brasileiros*. São Paulo: Editora 34, 2002. 399 p.

² Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945, de autoria de Agamenon Magalhães. Um excelente ensaio sobre a história de legislação da defesa da concorrência até 1985 foi feito por Franceschini e Franceschini. In: José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini

Nova lei viria dezesseis anos depois – n.º 4.137, de 1962³, substituindo aquela e dando execução concreta ao disposto na Constituição Federal de 1946, que pela primeira vez disciplinava essa matéria. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – foi criado, autorizado a reprimir o abuso do poder econômico das empresas, traduzido em condutas infrativas – cartéis, preços predatórios, venda casada, recusa de venda, etc. Mas não foi o CADE autorizado a prevenir o abuso do poder econômico que decorresse de atos de integração de empresas a importar em expressiva concentração de poder econômico de mercado – aquisições, fusões, *joint-ventures*, parcerias, etc.

Essa limitação à ação do CADE foi justificada sob duplo argumento, então majoritário: a industrialização do País estava em curso (sendo natural a concentração de empresas), e o Estado era o indutor desse processo; e o combate à carestia – o contínuo aumento dos preços, como então era referido – o objetivo maior de um órgão de defesa da concorrência. A experiência mostraria serem esses argumentos bem menos consistentes do que o pensamento dominante acreditava, mas, de qualquer forma, a defesa da concorrência não se afirmou. Sobrevindo a ditadura militar em abril de 1964, a vida política e econômica do País foi posta sob o controle incontrastado do Poder Executivo, e o CADE teria, de então por diante, ação inexpressiva, embora algumas das decisões tomadas por seu conselho nesse período, a estender-se até meados de 1980, mostrem considerável refinamento técnico⁴.

e José Inácio Gonzaga Franceschini. *Poder econômico: exercício e abuso – direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 07-16.

³ Cf. Antônio C. de Azevedo Sodré Filho e Lionel Zaclis. *Comentários à legislação antitruste: direito econômico, defesa da livre concorrência*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 112-129.

⁴ Mário Martins, senador pelo estado do Rio de Janeiro e ex-conselheiro do CADE, recordou em suas memórias a pressão arbitrária exercida pelo governo sobre o CADE: “A Revolução de 64 logo procurou liquidar o Cade. (...) As pressões começaram a se avolumar contra o Cade. As empresas acusadas de *dumping* no processo da barrilha mudaram subitamente de tom. Antes respeitosas e cerimoniosas em suas petições, tornaram-se atrevidas, como se quisessem dar o recado de que os tempos eram outros, sentiam-se com as costas quentes. Quando se aproximava a data do julgamento do processo, recebemos comunicado verbal de um coronel do Gabinete Militar da Presidência da República de que nenhuma decisão poderia ser tomada antes que o governo nos desse instruções. Estranhando a advertência, procurei o chefe da Casa Civil, Luís Viana Filho, dando-lhe conta do ocorrido e cientificando-o de que, em

Sob o novo regime político, seguiu-se uma estatização sem precedentes de empresas prestadoras de serviços públicos e de indústrias de base, submetida a economia do País à condução e à autoridade incontrastadas do Executivo, na qual a concorrência, como as demais liberdades públicas, viu-se praticamente eliminada, substituída por um rígido controle de preços, reservas de mercado, isenções fiscais e a criação de monopólios e oligopólios, estatais e privados. O desenlace desse regime centralizado e autoritário, onde praticamente toda a atividade econômica (e social e política) era ditada pelo Poder Executivo exclusivamente, é conhecido: depois de um rápido aumento da oferta de serviços e bens, a beneficiar sobretudo as camadas médias e altas da população, esboroou-se em meio à ineficiência, malversação de recursos públicos e à falta de investimento.

O novo processo de redemocratização deflagrado formalmente com a edição da atual Constituição Federal em 1988, a coincidir, não por acaso, com a desintegração política das economias autoritárias na Europa, fomentou a reprivatização das empresas estatais⁵. Pouco antes,

hipótese alguma, o Conselho aceitaria qualquer interferência do Executivo em seus trabalhos. Ele declarou que devia haver algum equívoco, pois o presidente jamais se envolveria em assuntos do Cade. Pouco depois, com igual firmeza, o general Ernesto Geisel, procurado por Vítor do Espírito Santo, de quem era amigo pessoal, também nos tranqüilizou. Apesar disso, as pressões continuaram. Semanas depois, uma ordem do punho do próprio presidente da República determinou o retorno às suas repartições de origem dos funcionários requisitados pelo Cade. Como o Conselho não tinha quadro próprio de pessoal, a determinação equivalia a um decreto de morte do órgão. Diante disso, resolvemos renunciar aos nossos mandatos de conselheiros.”. In Mario Martins. *Valeu a pena: memórias de um jornalista e político de oposição que nunca foi do contra*. Organização, pesquisa e texto final de Franklin Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 208-209.

Sobre as decisões, veja o site do CADE: www.cade.gov.br. e Franceschini & Franceschini, ob. cit.

⁵ A infraestrutura dos serviços públicos no Brasil começou a ser implantada ainda no Império pela iniciativa privada, alcançando as capitais estaduais e federal e as cidades maiores dos estados mais desenvolvidos nas primeiras décadas do século passado. Cf. Urbanização e modernidade: entre o passado e o futuro (1808-1945). Nestor Goulart Reis Filho. In “Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000) – A grande transação”. Organização de Carlos Guilherme Mota. São Paulo: Senac São Paulo, 2000. A partir da década de 1950, muitas das empresas prestadoras de serviços públicos, todas em dificuldades financeiras, em boa parte devido à falta de uma regulação técnica, dotada de independência hierárquica e decisória em relação ao poder Executivo, começaram a ser estatizadas, arcando os cofres públicos com suas vultosas

em 1986, fora o CADE reinstalado⁶ devido à iniciativa ousada do então ministro da Justiça Paulo Brossard, que o viu, acertadamente, como um instrumento indispensável de defesa de uma ordem econômica democrática, que se pretendia implantar. Sob forte oposição do ministério da Fazenda, cuja burocracia relutava em abandonar os ineficazes mecanismos intervencionistas herdados do regime anterior, as condições materiais necessárias ao funcionamento do CADE não foram providas, e ele foi desativado, em 1989.

Mas por curto período. Em 1991, em curso a reprivatização e próximo o fim do processo inflacionário, foi o CADE reinstalado e, três anos depois, editada a atual Lei de Defesa da Concorrência, de n. 8.884/1994. Essa lei marca um avanço considerável na construção de um regime de intervenção democrática do Estado na economia, prevista na Constituição Federal.⁷ Ao assegurar mandato fixo aos seus conselheiros, cuja indicação pelo presidente da República deve ser aprovada pelo Senado Federal, e estipular que das decisões de seu colegiado só cabe recurso ao Judiciário, a lei n. 8.884/1994 vem possibilitando não só a sobrevivência do CADE, mas a sua crescente participação na afirmação de uma economia moderna e democrática, fato que explica o apoio a ele prestado pela sociedade.

Esses dispositivos legais não seriam suficientes, porém, se não tivesse havido uma ampla e convergente percepção por parte dos consumidores, das empresas, dos últimos titulares dos ministérios da Justiça e da Fazenda, dos funcionários do CADE e dos operadores do Direito e da Economia nele atuantes: a percepção de que a concorrência só é livre se a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico forem promovidas na forma da Lei por órgão técnico e independente do Executivo, e que a livre concorrência, assim praticada, de fato beneficia tanto o consumidor quanto o empresário decidido a disputar com os demais a preferência do consumidor. Os depoimentos reunidos neste livro mostram a evolução dessa percepção, seus êxitos e seus desfalecimentos.

dívidas. Depois da Companhia Siderúrgica Nacional na década de 1940, começaram a ser criadas as empresas estatais e na década de 1970 esse processo foi intensificado. Portanto, não é exato falar em privatização, senão em reprivatização, a privatização parcial verificada nas duas últimas décadas.

⁶ Em 1985, o CADE foi transferido do Rio de Janeiro para Brasília.

⁷ A trajetória da intervenção do Estado na economia acha-se exemplarmente descrita e analisada por Alberto Venancio Filho em *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

A intervenção democrática do Estado na economia prescrita na Constituição só pode ser feita – e só é eficaz – na forma da Lei. Ou seja, nos termos em que a Lei, votada pelo Congresso, prescrever, e não nos termos em que o Executivo – o governo federal – entender, seja o Presidente da República, ministro de Estado, ou qualquer outro servidor público. A intervenção democrática só pode se dar para regular e fiscalizar os mercados de bens e serviços, e não para o Estado concorrer com a iniciativa privada, ou a suprimir. Nesse contexto, é proibida pela Constituição a formação de monopólios privados, e aqueles estatais, além dos nela estipulados, só poderão vir a ser criados atendidos determinados requisitos legais.

A exemplo das economias democráticas avançadas, e daquelas cujos países renunciaram ao estatismo autoritário, a atual Constituição estipulou as diretrizes de um Estado fortemente interventor na economia, mas para regulá-la e fiscalizá-la, a fim de nela reprimir o abuso de poder de mercado, que reduz ou elimina a livre concorrência. Esse Estado *regulador e fiscalizador* precisa organizar a sua administração pública para que ele possa prolongar e tornar efetiva a sua atuação regulatória e fiscalizatória sobre todos os mercados de bens e serviços, pelos quais se desdobra a atividade econômica. Mas o Estado regulador e fiscalizador só conseguirá cumprir esse objetivo por meio da ação, contínua e desembaraçada, de órgãos reguladores e de defesa da concorrência eminentemente técnicos, dotados de independência hierárquica e decisória em relação ao poder Executivo, assegurado a seus titulares mandatos fixos, garantias que os colocam a salvo da influência político-partidária, que distingue a ação do governo.

A regulação é necessária nos mercados onde a concorrência não é suficiente para neles impedir condutas abusivas por parte dos monopólios e oligopólios que aí se formam naturalmente, já que pela estrutura desses mercados a oferta de serviços e bens só é economicamente viável se feita por uma ou poucas empresas. Recentemente, o avanço tecnológico registrado em alguns mercados estreitou essas duas formas de intervenção do Estado na economia.⁸ Assim, a atividade regulatória hoje se volta cada vez menos para a fixação de tarifas de serviços e mais para a promoção da concorrência nos mercados regulados. Por exemplo, a telefonia móvel oferece competição à fixa, e a internet começa a opor con-

⁸ Cf. “O controle da concentração do poder econômico de mercado e a defesa da livre concorrência”. In: Pedro Dutra. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 319-350.

corrência à televisão, onde canais abertos disputam com canais por assinatura; e os trens de alta velocidade, e mesmo autoestradas, competem com o transporte aéreo em determinadas distâncias⁹.

Essa convergência entre os órgãos administrativos de intervenção do Estado na economia é, portanto, crucial, e os depoimentos aqui registrados mostram a complementaridade existente entre a regulação de determinados mercados e a defesa da concorrência, a alcançar a todos eles.

Desde a sua reinstalação em 1991, o CADE reúne o seu Conselho em público, a portas abertas, e, a partir de 2005, foram as suas sessões – e o inteiro teor dos debates aí travados – postas na rede em tempo real e arquivadas, áudio e texto, em seu sítio¹⁰. O texto das decisões tomadas pelo CADE e a agenda de seus conselheiros são também postas na rede; e, anualmente, é publicado detalhado relatório de atividades. Essa transparência expõe a ação do CADE à crítica permanente da sociedade, dos operadores do Direito e da Economia, e à análise diária da mídia.

A publicidade dos atos da administração pública, a mais ampla possível, é dever constitucional de todo servidor e órgão público. Nesse sentido, o CADE cumpre apenas a Lei. É a Lei que torna pública a ação da administração – daí o seu nome –, e não a vontade dos servidores; e estes cabe não vedar a publicidade de seus atos, que a Lei, antes, já determinou sejam públicos. A transparência do CADE não teria significado maior se esse princípio fosse ordinariamente cumprido pelos órgãos de intervenção do Estado na economia, cuja ação ordinária afeta a toda a população do País, direta ou indiretamente.

A ação e a transparência do CADE o acreditam junto à sociedade brasileira e à comunidade internacional, mas ela não tem sido suficiente para conquistar o apoio devido por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo. O CADE e a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, esta incumbida de investigar as infrações à lei de defesa de concorrência e opinar sobre os atos de integração de empresas posteriormente julgados pelo CADE, ainda hoje não dispõem de qua-

⁹ Veja-se, por exemplo, a opção posta ao consumidor, em vários países europeus, entre o trem e o avião. Em distâncias curtas e médias, o trem é um efetivo competidor do avião; em alguns países, dependendo da velocidade permitida ou tolerada nas rodovias, como na Alemanha, as autoestradas, para determinados percursos, podem ser uma alternativa àqueles dois meios de transporte.

¹⁰ Sítio do CADE: www.cade.gov.br.

dro de pessoal próprio, e subsistem com orçamentos inacreditavelmente reduzidos. Em boa parte, a ação desses dois órgãos é antes mérito de seus funcionários, cujos salários estão entre os mais baixos da administração pública federal.

A presença efetiva do Brasil em uma economia globalizada exige uma sólida defesa da concorrência, a exemplo das economias democráticas. A experiência já provou, reiteradamente, ser a disputa entre empresas pela preferência do consumidor, na qual o abuso do poder econômico é prevenido e reprimido, um dos mais eficazes instrumentos de desenvolvimento econômico sustentado e de distribuição de renda. E, sobretudo, mostrou ser a arma mais eficaz para fortalecer empresas competitivas e, simultaneamente, proteger o consumidor, o seu direito a uma oferta ampla de produtos e serviços, a preços razoáveis e de boa qualidade.

Promover e guardar a livre concorrência é, hoje, uma política de Estado e assim deve ser cumprida.

PEDRO DUTRA