

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 3

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2008

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 3 Julho/Dezembro de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^ª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof^ª. Salete Maria Polita Maccalóz, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenque-ner de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenque-ner de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:

**A EFETIVIDADE DO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA: ESTUDO COMPARATIVO¹**

**THE EFFECTIVENESS OF COMPETITION LAW:
A COMPARATIVE APPROACH**

José Gabriel Assis de Almeida

Resumo: O direito da concorrência tem por propósito direto o bem-estar social, sendo importante determinar se tal resultado é atingido. O propósito deste trabalho é tentar realizar essa avaliação do ponto de vista jurídico e não econômico. Essa avaliação jurídica será realizada por comparação entre os direitos da concorrência brasileiro e português. Para tal, este texto examina primeiro as semelhanças e diferenças entre os conteúdos dos direitos da concorrência no Brasil e em Portugal (item 2) para, em seguida, analisar a estrutura administrativa existente em cada um dos Países, encarregada da aplicação desse direito (item 3). Ao final, a conclusão é que os resultados não apresentam uma discrepância tão grande como se poderia esperar e que grau de efetividade do direito da concorrência aparenta ser elevado.

Palavras chave: Concorrência. Efetividade. Brasil. Portugal.

1 O presente texto serviu de base à exposição feita pelo autor sobre o mesmo tema no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado pelo Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, no Rio de Janeiro, entre 25 e 27 de setembro de 2006.

Abstract: The competition law aims for the social welfare, thus being important to determine if such goal is achieved. The purpose of this article is to try to evaluate the results of competition law from a legal (and not an economic) point of view. This legal evaluation will be carried by comparison between Brazilian and Portuguese competition law. For such, this text examines the similarities and differences between the contents of competition law in Brazil and Portugal (item 2) and subsequently analyzes the existing administrative structure in each one of the Countries in charge of the enforcement of competition law (item 3). This paper concludes that the results do not show an important difference between the two countries and in both the degree of effectiveness of competition law seems to be high.

Keywords: Competition. Evaluation. Brazil. Portugal.

Sumário: 1. Introdução. 2. O conteúdo do direito da concorrência no Brasil e em Portugal: A dimensão constitucional. A dimensão infra-constitucional. As infrações. Algumas particularidades do direito da concorrência português. 3. A estrutura de aplicação do direito da concorrência no Brasil e em Portugal: A estrutura dos sistemas de defesa da concorrência. A estatística relativa a concentrações. A estatística relativa a condutas. O custo do sistema para o usuário. Os orçamentos das autoridades de defesa da concorrência (ou o custo para o cidadão). A taxa de sucesso. 4. Conclusão

1. Introdução

O direito da concorrência é um ramo peculiar do direito, pois é, talvez, um dos poucos que tem por propósito direto o bem-estar social. Com efeito, o direito da concorrência nada mais é do que um instrumento estatal de produção de bem-estar social.

Tal característica está presente em todos os aspectos do direito da concorrência.

Uma vez que em matéria de interpretação das normas o método privilegiado é o teleológico (segundo o qual a norma deve ser interpretada de acordo com os fins a que se destina), as normas de direito da concorrência devem ser interpretadas tendo em vista a produção de bem-estar social.

Esta característica leva o direito da concorrência até a aceitar a violação da concorrência quando tal violação pode traduzir-se em bem-estar social. Nesse sentido, o art. 54 da Lei 8.884 de 1994 admite que atos restritivos à concorrência sejam praticados – com a expressa aprovação da autoridade de defesa da concorrência – desde que impliquem em aumento de produtividade, melhorem a qualidade de bens ou serviços ou propiciem eficiência e desenvolvimento tecnológico, com benefícios para os consumidores e usuários finais ou que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Por conseqüência, é importante determinar o grau de efetividade do direito da concorrência, ou seja, avaliar se o direito da concorrência produz efetivamente bem-estar social.

A efetividade do direito da concorrência pode ser mensurada economicamente. No entanto, o propósito deste trabalho é tentar realizar essa avaliação do ponto de vista jurídico. Essa avaliação jurídica pode ser realizada considerando-se o direito da concorrência de um só país ou por comparação entre os direitos da concorrência nacionais. O presente texto – uma vez que se está no quadro de uma conferência organizada pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro — procura comparar a eficiência jurídica dos direitos da concorrência brasileiro e português.

Para realizar esta comparação e permitir que sejam tiradas algumas conclusões, é importante examinar primeiro as semelhanças e diferenças entre os conteúdos dos direitos da concorrência no Brasil e em Portugal (item 2) para, em seguida, analisar a estrutura administrativa existente em cada um dos países, encarregada da aplicação desse direito (item 3).

2. O conteúdo do direito da concorrência no Brasil e em Portugal

A dimensão constitucional. O Brasil certamente é um dos países da América Latina que tem a mais antiga tradição em matéria de defesa da concorrência.

Esta tradição encontra-se refletida nas diferentes Constituições brasileiras. Assim, se as Constituições de 1824 e de 1891 traduziam o espírito do liberalismo radical que então se vivia, já a Constituição de 1934, no art. 115, estabelecia que a ordem econômica era organizada pelo Estado e que este garantia a liberdade econômica no mercado.

A partir da Constituição de 1937, a tendência acentuou-se, pois a norma constitucional expressamente dispôs que o Estado tem a missão de coordenar os fatores de produção de forma a evitar conflitos, introduzindo na concorrência os interesses da nação. O art. 114 desta Constituição expressamente previa a regulamentação da “*economia popular*”.

Posteriormente, a Constituição de 1946, no art. 148, ordenou a regulação da concorrência por lei específica.

Atualmente, o regime jurídico da concorrência no Brasil tem inspiração em vários dispositivos constitucionais. Por exemplo, o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil tem a livre iniciativa como um dos seus fundamentos.

Por seu lado, o art. 170, inciso IV, determina que a ordem econômica seja fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, e elenca, entre os princípios dessa ordem econômica, a livre concorrência. Ainda no art. 170, o parágrafo único assegura a liberdade do exercício de qualquer atividade econômica.

Logo a seguir, o art. 173, § 4º, determina que a lei deverá reprimir o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Em Portugal, a defesa da concorrência também é matéria constitucional. Com efeito, o art. 81, alínea f, da Constituição de 1976 inclui, entre as incumbências prioritárias do Estado, no âmbito econômico e social: “*f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.*”

Mais adiante, no art. 99, a mesma Constituição determina serem objetivos da política comercial, entre outros: “*a) A concorrência salutar dos agentes mercantis; [...] c) O combate às actividades especulativas e às práticas comerciais restritivas.*”

A dimensão infraconstitucional. Na esteira dos dispositivos constitucionais, surgiram, desde cedo, no Brasil, normas infraconstitucionais visando a disciplina da concorrência. Por exemplo, em aplicação do art. 114 da Constituição de 1937 foi publicado o Decreto-Lei 869 de 18/11/1938, que criou a figura dos crimes contra a “*economia popular*”, estabelecendo, no art. 2º, III, ser crime o obstáculo à concorrência.

Em seguida, o Decreto-Lei 7.666 de 22/06/1945 transformou os crimes contra a economia popular em crimes contra a “*ordem moral e econômica*”.

Na linha da Constituição de 1946 foram adotados três importantes textos legais. O primeiro foi a Lei 1.521 de 26/12/51, que rege os crimes contra a economia popular, revogando as normas anteriores. O segundo foi a Lei 1.522, também de 26/12/51, que criou o órgão que veio a se tornar na SUNAB Superintendência de Abastecimento e Preços, primeiro órgão que tinha por função, ainda que de modo indireto, promover a livre concorrência. O terceiro foi a Lei Delegada 4, de 26/09/62, que veio regular a intervenção do Estado no domínio econômico.

No entanto, o texto mais importante da época, em matéria de defesa da concorrência, foi certamente a Lei 4.137/62, que cuidava

exclusivamente da ordenação das relações de concorrência e criou o CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo encarregado de aplicar os princípios consignados na dita Lei 4.137/62. A Lei 4.137/62 foi regulada, sucessivamente, pelo Decreto 52.025/63 e pelo Decreto 92.323/86.

A Lei 4.137/62, no entanto, conheceu muito pouco sucesso. Com efeito, nas décadas posteriores, o Brasil acentuou o modelo de desenvolvimento econômico baseado na substituição das importações e na formação de empresas nacionais. Este modelo assentava na formação de grupos industriais onde o Estado participava com o capital, o empresariado brasileiro com a administração e as empresas estrangeiras com a tecnologia, quando necessário.

Ou seja, o modelo de desenvolvimento econômico adotado afastava a concorrência externa do mercado nacional e, no plano interno, a forte intervenção do Estado e o estímulo às alianças empresariais, tornaram inviável a aplicação da Lei 4.137/62.

Esta situação modificou-se a partir de 1990, com a liberalização da atividade econômica no Brasil, iniciada com a Constituição de 1988 e aperfeiçoada com as diversas emendas constitucionais da década de 90.

Em obediência a esta tendência várias leis foram promulgadas, entre as quais se destaca a Lei 8.884/94, que atualmente rege a defesa da concorrência no Brasil, modificada posteriormente pela Lei 9.021/95 e pela Lei 10.149/00.

Ainda a assinalar a Lei 8.137/90, que cuida dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e define, nos arts. 4º, 5º, e 6º, os crimes relativos às relações de concorrência.

Em Portugal, a legislação infraconstitucional foi profundamente afetada por um acontecimento de outra natureza: A adesão de Portugal às então Comunidades Europeias. Esta adesão fez com que Portugal ingressasse no movimento de integração europeu que levou à

formação da União Européia, passando pela criação de um mercado único europeu.

Ora, um mercado único europeu somente é possível se, nesse espaço, a concorrência for livre. Assim, desde o Tratado de Roma de 1957, as regras comunitárias zelaram pela livre concorrência, dando origem ao direito comunitário da concorrência, um importante ramo do direito comunitário.

Este movimento influenciou o direito da concorrência português. Com efeito, não teria sentido que a ordenação da concorrência a nível local, encarregada de assegurar a livre concorrência a nível nacional (que se limita ao espaço geográfico composto pelo território português), obedecesse a princípios distintos do direito comunitário da concorrência, disciplinador da concorrência a nível comunitário (a que diz respeito às trocas intracomunitárias).

Atualmente, em Portugal, a lei de defesa da concorrência vigente é a Lei 184/2003, de 11/06/2003, que veio substituir o Decreto-Lei 371/1993, de 29/10/1993. Há ainda a assinalar a Lei 39/2006, de 25/08/2006, que criou o Estatuto da Clemência, um sistema semelhante ao acordo de leniência.

As infrações. Hoje, no Brasil, a concorrência é disciplinada em três planos: O administrativo, sendo os comportamentos considerados infrações administrativas que atingem o bem comum, com o conseqüente direito e dever do Estado – enquanto representante da coletividade — de prevenir e sancionar a violação da concorrência, tendo por base a Lei 8.884/94, que contém a tipificação legal e cria o processo administrativo correspondente. O plano cível, sendo os comportamentos considerados infrações privadas que atingem o bem individual de certa e determinada pessoa natural ou jurídica, com o conseqüente direito subjetivo de o lesado pela violação da concorrência procurar autonomamente a reparação pelo dano sofrido, através de uma ação judicial privada junto aos tribunais, com base no art. 29 da Lei 8.884/94. O plano penal, sendo os comportamentos considerados infrações penais, com o conseqüente direito e dever do Esta-

do de sancionar a violação da concorrência, com apoio na Lei 8.137/90.

No entanto, por razões de espaço, o presente trabalho versará apenas sobre as infrações de caráter administrativo.

A Lei 8.884/94 tipifica as infrações no art. 20, segundo o qual: *Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*

- I — limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*
- II — dominar mercado relevante de bens ou serviços;*
- III — aumentar arbitrariamente os lucros;*
- IV — exercer de forma abusiva posição dominante.*

Em seguida, o art. 21 da mesma lei descreve uma série de comportamentos exemplificativos de infrações. Ou seja, os comportamentos apontados no art. 20 somente serão considerados infrativos à livre concorrência se, concomitantemente, estiverem preenchidos os requisitos previstos no art. 20.

Por seu turno, o art. 54 da Lei 8.884/94 estabelece que: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

A redação deficiente da Lei 8.884/94 pode gerar alguma confusão sobre a relação entre o art. 20 e o art. 54.

Principalmente, dois equívocos são possíveis: O primeiro consiste em afirmar que os atos potencialmente lesivos à concorrência descritos no art. 54 não são os mesmos atos descritos no art. 20. Tal raciocínio conduz à conclusão que a Lei 8.884/94 conteria dois tipos de infrações: as do art. 20 e as do art. 54. Assim, por exemplo, o ato

que pudesse levar a um aumento arbitrário dos lucros estaria excluído dos atos a serem submetidos à autoridade de defesa da concorrência. Este raciocínio é equivocado, pois a tipificação feita no art. 20 não faz, *a priori*, uma distinção entre as práticas ou condutas e as concentrações. Assim, as concentrações proibidas serão apenas aquelas que puderem resultar em uma das infrações tipificadas no art. 20.

O segundo equívoco é considerar que — por força do art. 54 — somente podem ser submetidos à apreciação das autoridades de defesa da concorrência as concentrações. Na verdade, nada na redação do art. 54 autoriza tal conclusão, pois este dispositivo em momento algum se refere apenas a concentrações, mas descreve os atos em questão de forma muito abrangente. Deste modo, um acordo de caráter conjuntural entre operadores independentes e que assim o permaneçam — pois não há submissão de um ao controle do outro — pode perfeitamente ser submetido (na realidade, deve ser submetido) às autoridades de defesa da concorrência.

Além destes dois equívocos, a defeituosa redação da lei brasileira tornou mais difícil a classificação tradicional das infrações em matéria concorrencial em infrações de comportamento (as condutas que se desdobram nos acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas) e as infrações estruturais (as concentrações).

Já a lei portuguesa, de forma muito mais didática e clara e com melhor técnica legislativa, faz expressamente a distinção entre as condutas proibidas (as práticas descritas no art. 4º e o abuso de posição dominante previsto no art. 6º) e as concentrações (regidas pelo art. 8º).

Segundo o art. 4º da lei portuguesa: “1 — São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, [...]”

Em seguida, o art. 4º da lei portuguesa exemplifica em sete alíneas alguns comportamentos considerados infrativos, tal como o faz o art. 21 da lei brasileira.

Por seu lado, o art. 6º da lei portuguesa determina: “1 — *É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.*”

Em tema de concentrações, o art. 8º estipula: “1 — *Entende-se haver uma operação de concentração de empresas, para efeitos da presente lei:*

- a) No caso de fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes;*
- b) No caso de uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas.”*

De qualquer modo, da comparação dos dispositivos da lei portuguesa acima indicados com os dispositivos da lei brasileira, também acima transcritos, resulta claro que existe alguma semelhança entre os dois sistemas, pois ambos atacam tanto as condutas como as concentrações.

Algumas particularidades do direito da concorrência português. Neste ponto, cabe destacar algumas particularidades da lei portuguesa.

A primeira diz respeito à possibilidade — prevista no art. 5º da lei portuguesa — de justificar as práticas proibidas, ou seja, a possibilidade de determinadas práticas, apesar de infrativas da concorrência, serem toleradas ou mesmo expressamente autorizadas pela autoridade de defesa da concorrência. Para tal é necessário que tais práticas “[...] *contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens*

e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou econômico desde que, cumulativamente:

- a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;*
- b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;*
- c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.”*

Esta possibilidade seria inexistente no Brasil, da forma como é comumente encarada a lei brasileira. Com efeito, conforme indicado acima, o art. 54 é habitualmente considerado como tendo aplicação apenas às operações de concentração. No entanto, tal como visto acima, nada impede que uma conduta (ou seja, um comportamento que não seja de concentração) seja submetida à apreciação da autoridade de defesa da concorrência e aprovado, desde que implique em aumento de produtividade, melhore a qualidade de bens ou serviços ou propicie eficiência e desenvolvimento tecnológico, com benefícios para os consumidores e usuários finais ou que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Ainda assim, uma diferença subsistirá, pois, consoante a lei portuguesa, a prática em questão não necessita obrigatoriamente ser submetida à aprovação da autoridade de defesa da concorrência (v. art. 5º, nr. 2), enquanto que a lei brasileira impõe a submissão da conduta à autoridade de defesa da concorrência.

Uma segunda particularidade do direito português é a tipificação do abuso de dependência econômica como uma infração autônoma do abuso de posição dominante. Segundo o art. 7º, nr. 1, da lei portuguesa: *“É proibida, na medida em que seja susceptível de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência econômica em que se encontre relativamente a elas qualquer em-*

presa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.”

No direito brasileiro, o abuso de dependência econômica existe apenas e tão somente enquanto modalidade do abuso de posição dominante. Ou seja, não existe abuso de dependência econômica se a empresa infratora não tiver uma posição dominante no mercado.

Alternativamente, poder-se-ia tentar caracterizar o abuso de dependência econômica por via do tipo do art. 20, III, da lei brasileira, que considera infração o aumento arbitrário dos lucros. Assim, havendo abuso de dependência econômica que resultasse em aumento arbitrário dos lucros, estaria caracterizada a infração.

Uma terceira particularidade da lei portuguesa é a inclusão de disposição expressa sobre os auxílios de Estado. Nos termos do art. 13º, nr. 1: “*Os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.*”

A lei brasileira não contempla diretamente as intervenções anticoncorrenciais do Estado. O art. 15 da Lei 8.884/94 afirma: “*Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*”

No entanto, apesar da expressa dicção legal, a autoridade de defesa da concorrência já se manifestou no sentido que a lei brasileira não pode alcançar o comportamento do Estado no exercício dos seus poderes de império, ainda que lesivos à concorrência, e que a Lei 8.884/94 visa apenas “*os agentes econômicos em sentido estrito, i.e. os ofertantes e demandantes de bens e serviços em um mercado*”².

2 AP 08000.013661/97-95, voto do relator Cons. Luis Fernando Schuartz proferido em 13/09/06; v. ainda PA 08012.002605/97-52, voto do relator Cons. Marcelo Calliaria proferido em 20/01/99.

Assim, a solução não seria a aplicação da Lei 8.884/94, mas poderia ser considerar tais auxílios ou subsídios de Estado inconstitucionais, por violarem o princípio da livre concorrência assegurado pelo art. 170 da Constituição da República: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV — livre concorrência,*”

3. A estrutura de aplicação do direito da concorrência no Brasil e em Portugal

A estrutura dos sistemas de defesa da concorrência. No Brasil, a defesa da concorrência, do ponto de vista administrativo, é assegurada por um grupo de três órgãos: A SDE — Secretaria de Direito Econômico do Ministério de Justiça, dirigida por um Secretário e com competência para dar início ao processo e instruí-lo, a SEAE — Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico, dirigida igualmente por um Secretário, e que tem função de análise econômica e que deve opinar nos processos conduzidos pela SDE e o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, composta por seis Conselheiros e um Presidente e que tem por função julgar os processos investigados pela SDE.

No quadro desta estrutura, a SDE é responsável, de ofício ou mediante representação de terceiros, pela abertura das investigações relativas às condutas ou práticas e pela instrução do processo administrativo. Durante a instrução, a SEAE é consultada para que proceda à análise econômica do comportamento em causa. Tendo encerrado a investigação e pronunciando-se ou pela constatação de infração ou pela inexistência de infração, a SDE remete o processo para o CADE para julgamento.

Em matéria de concentrações, o procedimento é sensivelmente o mesmo, devendo, contudo, as empresas interessadas notificarem diretamente o CADE da concentração a praticar ou já praticada.

Já em Portugal, a estrutura não se dispersa em três diferentes entidades, mas encontra-se concentrada em uma só, a AdC — Autoridade da Concorrência, criada em 2003 e composta por três Conselheiros (sendo um deles o Presidente) e um Fiscal. Subordinados ao Conselho, encontram-se três departamentos: Departamento de Controle de Concentrações, Departamento de Práticas Restritivas e Departamento Jurídico e do Contencioso. No entanto, descrever a estrutura das autoridades de defesa da concorrência não permite aferir a efetividade da aplicação do direito da concorrência. A este propósito, uma forma fácil de aferir o funcionamento das autoridades de defesa da concorrência é pela estatística dos assuntos por elas tratados³.

A estatística relativa a concentrações. No período de 2004 a 2005, a AdC examinou 130 notificações de concentração e proferiu 125 decisões, sendo apenas 2 no sentido de proibir a concentração e 9 pela aprovação com condições. As demais foram aprovadas sem restrições.

Já no período de 2005, o CADE julgou 497 atos de concentração, sendo que 345 foram aprovados sem restrições, 74 com restrições, não tendo havido nenhuma proibição. Comparativamente, em 1994, ou seja, no último ano da vigência da lei anterior, o CADE julgou apenas 17 casos de concentração.

Constata-se, portanto, uma enorme diferença entre o número de concentrações apreciadas pela AdC e pelo CADE (mais de 350% de casos). No entanto, esta diferença não se traduz nos resultados que são semelhantes: O CADE impôs restrições em 14,88% dos casos e a AdC em 8,46% dos casos.

3 Os dados a seguir foram extraídos dos relatórios relativos aos anos de 2005 da AdC e do CADE, disponíveis no sites www.concorrência.pt e www.cade.gov.br acessados em novembro de 2006; uma vez que o relatório da AdC não indica o tempo médio de duração dos processos administrativos e atos de concentração, a comparação não levará em conta este importante fator. O relatório do CADE indica que, em 2005, o tempo de decisão foi de 82 dias para as concentrações, 461 dias para as condutas e 359 dias para as averiguações preliminares.

Esta discrepância de volume de concentrações pode se explicar pelo fato da AdC ter competência apenas para examinar os casos estritamente nacionais, pois os casos de maior porte estão sujeitos ao controle das autoridades comunitárias. Assim, nem todas as concentrações praticadas em Portugal ou que geram efeitos em Portugal são examinadas pela AdC. Já o CADE tem competência para examinar todos os atos de concentração praticados no Brasil e que geram ou possam gerar efeitos no Brasil.

Por outro lado, é interessante observar que o percentual de casos aprovados com restrições ou não aprovados é muito pequeno tanto em Portugal quanto no Brasil. No Brasil, esta situação gera a crítica habitual que o CADE perde muito tempo e recursos com o exame desnecessário de concentrações que não criam riscos para a concorrência. Ou igual crítica deve ser feita ao sistema português (cujo percentual de casos aprovados com restrições ou não aprovados é ainda menor) ou deve se considerar que o padrão brasileiro é aceitável.

A estatística relativa a condutas. No tocante a condutas ou práticas, no mesmo período de 2004 a 2005, a AdC indicava ter em andamento 65 casos, tendo julgado 9. Em paralelo, existiam 12 estudos de mercado concluídos e 9 estudos de mercado em curso.

Comparativamente, no ano de 2005, o CADE indicava o tratamento de 63 processos administrativos relativos a condutas, sendo que 37 foram arquivados, 25 foram concluídos e 1 reaberto.

Novamente, vê-se uma razoável similaridade nos números que é difícil de explicar, pois seria natural, pelas razões de competência apresentadas acima, que o CADE tivesse apreciado um número muito maior de condutas. Talvez a razão para esta situação seja o fato de que o CADE, à época, ainda julgava os processos encerrados na SDE alguns anos antes, ou seja, em 2004 e 2003. Ora, a SDE somente mudou o enfoque da sua atuação, que passou a incidir mais fortemente nas condutas, em 2003, pelo que os processos resultantes desta nova atuação foram transmitidos ao CADE a partir do final de 2004,

sendo assim o impacto nos julgamentos do CADE sentido apenas a partir do final de 2005.

O custo do sistema para o usuário. As similitudes entre as duas estruturas de concorrência são atenuadas quando se comparam as taxas cobradas dos “usuários” do sistema. Uma empresa brasileira que submetesse em 2005 uma concentração à apreciação do SBDC pagaria pelo menos R\$ 45.000,00 de taxas. Já uma empresa que submetesse uma concentração ao exame da AdC pagaria uma taxa variável entre 7.500,00€ 25.000,00€ (ao câmbio da época, entre R\$ 18.750,00 e R\$ 62.500,00). Assim, apesar dos valores médios serem semelhantes (R\$ 45.000,00 e R\$ 40.625,00), a modulação das taxas praticada pela AdC torna menos onerosa a tramitação das concentrações.

Os orçamentos das autoridades de defesa da concorrência (ou o custo para o cidadão). Os orçamentos das duas autoridades de defesa da concorrência demonstram alguma discrepância.

O orçamento da AdC para 2005 foi 7,8 milhões de Euros (R\$ 19,5 milhões, ao câmbio da época), para uma estrutura de 74 funcionários.

Já o orçamento do CADE executado em 2005 foi de R\$ 7.619.113,00⁴. Certo é que o SBDC é ainda completado pela SDE e pela SEAE, pelo que uma comparação adequada deveria levar em consideração os orçamentos destas duas secretarias.

De qualquer modo, a relação entre o orçamento e o número de assuntos tratados (concentrações e condutas) demonstra que o orçamento do CADE é bastante inferior ao da AdC.

4 Dados obtidos no site do Ministério da Justiça, www.mj.gov.br na página <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ5F415D03ITEMID8697EB6B91ED40F28C7E10E5D1AB2AB1PTBRIE.htm>, acessada pela última vez em 14.11.08; o orçamento do CADE executado no ano de 2007 foi de R\$ 5.537.527,00 e o orçamento da SDE executado no mesmo ano de 2007 foi de R\$ 2.322.099,00.

Por outro lado, se a comparação for entre o orçamento do CADE e da AdC com o PIB do Brasil e de Portugal a diferença será igualmente importante.

A taxa de sucesso. Finalmente, cabe tentar medir a “taxa de sucesso” do direito da concorrência, ou seja, a efetividade jurídica da defesa da concorrência. Trata-se, portanto, de medir o número de vezes em que o direito da concorrência foi adequadamente aplicado, isto é, em conformidade com a lei.

Para medir esta “taxa de sucesso”, o critério deveria levar em consideração a efetividade administrativa e a efetividade judicial. Para medir a efetividade administrativa, seria necessário analisar o percentual de decisões proferidas pelo CADE que foram mantidas ou anuladas pelos tribunais. Para medir a efetividade judicial, seria necessário analisar o percentual de decisões proferidas pelos tribunais que não foram modificadas por um tribunal de instância superior.

Em Portugal, segundo o relatório da AdC para 2005, 6 decisões sancionadoras, de um total de 20, foram objeto de recurso. Sendo que 2 decisões da AdC foram confirmadas e as demais 4 ainda dependiam da conclusão do processo judicial. Em paralelo, 3 medidas cautelares contra decisões da AdC foram ajuizadas, sendo todas decididas em favor da AdC.

Estes dados da AdC demonstram uma razoável efetividade administrativa da defesa da concorrência, pois indicam (i) um baixo nível de oposição dos jurisdicionados às decisões da AdC, (ii) a inexistência de decisão judicial desfavorável à AdC.

Infelizmente, não foi possível encontrar uma fonte com relação ao Brasil que já tivesse levantado estes dados nem localizar uma fonte que os permitisse apurar. No entanto, o relatório anual do CADE indica que esta autarquia figurava como ré em 125 ações judiciais, sendo que 99 delas diziam respeito a decisões sancionadoras.

Uma pesquisa no site do STJ⁵ indicou um total de 25 decisões, sendo 4 desfavoráveis ao CADE. Já uma pesquisa no site do Tribunal

Regional Federal da 1ª Região⁶ – com competência territorial para julgar ações intentadas em face do CADE — apresentou um total de 88 decisões judiciais, sendo 19 contrárias ao CADE, no todo ou em parte. No entanto, estes resultados devem ser considerados com cautela, pois abrangem tanto decisões sobre matéria processual (tipo de recurso cabível, etc.) quanto decisões sobre direito substantivo⁷ e o universo da pesquisa não representa o universo das ações judiciais nas quais o CADE está envolvido.

3. Conclusão

Do que fica exposto, resulta que a lei portuguesa parece ser tecnicamente mais aprimorada do que a lei brasileira, além de – como é natural, pois tem menos quase dez anos do que a lei brasileira – tratar de questões mais atuais, como o abuso de dependência econômica, os auxílios de Estado, etc.

No entanto, em termos de efetividade, os resultados não apresentam uma discrepância tão importante como se poderia esperar em uma abordagem superficial. Na verdade, ambas as autoridades de defesa da concorrência tratam de um número de casos razoavelmente similar, fazendo-se os ajustes devidos à conjuntura em que atuam.

Por outro lado, o número de decisões judiciais contrárias às autoridades de defesa da concorrência é relativamente baixo, tanto em Portugal quanto no Brasil, o que demonstra que a atuação dessas autoridades de defesa da concorrência tem encontrado respaldo no Poder Judiciário.

5 Site www.stj.gov.br, acessado pela última vez em 14.11.08.

6 Site www.trf1.gov.br, acessado pela última vez em 14.11.08.

7 A maioria das decisões contrárias ao CADE são no sentido de redução de multa por intempestividade na apresentação de atos de concentração, tendo o TRF 1ª Região considerado o valor da multa desproporcional à infração.

Inobstante, é necessário considerar que a análise realizada no presente trabalho é, em grande parte, empírica e, necessariamente, incompleta e imperfeita.

Por um lado, o método empregado tem diversas deficiências, como por exemplo, não cobrir um número maior de anos e não fazer a correlação entre as decisões proferidas pelas autoridades e os processos judiciais, ou seja, não vincular cada processo judicial à decisão administrativa que o originou.

Por outro lado, seria necessário analisar o conteúdo das decisões judiciais, para determinar não apenas a matéria delas objeto, mas também qual o resultado definitivo, isto é, quando não mais couber recurso. Basta apontar que a maioria das decisões judiciais analisadas era composta por decisões interlocutórias ou decisões das quais ainda cabia recurso.

Espera-se, contudo, que o presente trabalho estimule novos estudos sobre a matéria.