

Entrevista: Mauro Grinberg, advogado especialista em Direito da Concorrência



O Sistema de Defesa da Concorrência brasileiro precisa ser aprimorado, com a especialização dos funcionários e o aumento de sua capacidade técnica. A valorização da equipe e a criação de um plano de carreira se tornam imprescindíveis para evitar a migração de funcionários para outros ministérios, atrás de melhores salários. Só assim, segundo o advogado **Mauro Grinberg**, o Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) poderá enfrentar questões mais complexas como analisar fusões entre bancos.

O Superior Tribunal de Justiça ainda não decidiu se a competência para analisar esse tipo de fusão é do Cade ou do Banco Central. A Advocacia-Geral da União acaba de produzir parecer no qual sustenta que cabe ao Banco Central analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. E também regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis. O parecer foi dado a pedido do Cade, que solicitou a revisão de outro parecer da própria AGU de 2001, no mesmo sentido. Este posicionamento tem efeito vinculante para a administração pública, como previsto nos artigos 40 e 41, da Lei Complementar 73/93, que criou a AGU.

Para o especialista em Direito da Concorrência, não há como excluir a atividade financeira do controle antitruste. No entanto, isso não pode acontecer sem os devidos cuidados. Em entrevista à **Consultor Jurídico**, Grinberg afirma que o Conselho precisa expandir a sua análise também para as questões financeiras na hora de decidir sobre um ato de concentração.

“Hoje não é possível levar uma fusão de duas grandes instituições financeiras ao Cade, pois qualquer falha vai refletir na credibilidade do banco. Uma frase mal colocada de um conselheiro pode colocar o banco em risco, provocando uma corrida dos clientes ao caixa”. A própria incerteza da tramitação pode

levar essa perda de credibilidade também. Então, é preciso atentar a preservação das instituições”, ressalta Grinberg, sócio do escritório Barcellos Tucunduva Advogados.

O advogado critica a falta de conhecimento do Judiciário. “Os juízes são pessoas inteligentes, mas não estão preparados para fazer essa análise. A tendência é nomear um perito para fazer a análise e dizer qual é o mercado relevante. Nós especialistas, fazemos isso de maneira intuitiva”, afirma.

Ele diz que o rito processual não é o melhor, porque requer nova produção de provas, novas perícias, novos testemunhos, que na fase administrativa já foram apresentados. Grinberg observa que até hoje não há qualquer decisão de segunda instância em relação a uma fusão ou concentração. Nem em relação à primeira condenação, que se deu em 1999. Esse fato, ressalta, faz com que o próprio Cade fique sem parâmetros para chegar a uma conclusão.

Especializar varas judiciais em defesa da concorrência não é uma boa saída, na opinião de Grinberg. “A previsibilidade da decisão deve ocorrer através do processo natural do Poder Judiciário. Quer dizer, até chegar na instância final. Existe sempre certa imprevisibilidade quando se recorre ao Judiciário, em relação ao juiz que vai analisar o caso, ao desembargador, a turma que vai julgar. Esse fato traz a vantagem de criar uma jurisprudência mais completa, em que todos vão participar. Mas é preciso um preparo maior de todos eles, para que cheguemos a ter uma jurisprudência confiável.”

Mauro Grinberg tem 64 anos. Além de sócio do Barcellos Tucunduva, é presidente até o final do ano do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac). Entre as atividades da entidade, está a análise crítica de projetos, consultas públicas e decisões do Cade e atos da SDE. Todo esse material é enviado aos representantes do Sistema de Defesa da Concorrência.

O advogado, que é bacharel pela Faculdade de Direito da USP, foi conselheiro do Cade de 1986 a 1990. Na época, o Conselho só analisava conduta. Grinberg guarda todas as decisões do período em que atuou como conselheiro e diz que, mais pra frente, pretende organizá-las em livro e publicá-las. “É história”, lembra. Enquanto atuava como conselheiro, o advogado também era subprocurador-geral da Fazenda Nacional, cargo do qual se aposentou para exercer a advocacia.

Leia a entrevista:

ConJur — Qual a sua avaliação sobre o sistema de defesa da concorrência no Brasil?

Mauro Grinberg — O sistema precisa ser aparelhado. É a partir disso que se inicia qualquer mudança. Hoje, quem trabalha nos órgãos que integram o sistema de defesa da concorrência não tem grandes perspectivas na carreira. É comum os funcionários deixarem as instituições em pouco tempo. Faltam pessoas para fazer pesquisas, por exemplo. Esse fato prejudica a memória da instituição. A rápida mudança de funcionários faz com que as ideias também mudem em períodos pequenos de tempo. Na SDE [Secretaria de Direito Econômico], a autoridade muda de opinião com muita rapidez. O Cade já desenvolveu uma jurisprudência. Apesar de ainda insipiente, existe alguma linha a ser seguida.

ConJur — Como os problemas de falta de incentivo na carreira e a de estrutura podem ser resolvidos?

Mauro Grinberg — Bem, aí é uma questão de verba. Hoje existem muitos funcionários públicos que

são gestores, não necessariamente vinculados ao direito da concorrência. Eles trabalham na Secretaria de Direito Econômico ou no Cade, mas se surgir uma oferta de gratificação maior, que no serviço público é chamado de DAS, eles vão para outro Ministério. Os funcionários acabam não desenvolvendo uma carreira dentro desta matéria.

ConJur — Quais são as dificuldades que a SDE como órgão administrativo tem para produzir as provas? O que eles podem fazer e o que eles não podem fazer sem a autorização de um juiz?

Mauro Grinberg — Basicamente, eles precisam do juiz para fazer uma busca e apreensão, que é feita sem aviso prévio da empresa. Um dia a equipe da SDE, acompanhada de policiais, surpreende a empresa. Eu já estive presente em uma busca e apreensão. Estávamos praticamente sob a mira de metralhadoras, como se houvesse alguma resistência. Todos os policiais estavam armados. O que a SDE pode fazer, sem autorização judicial, para coletar provas é a inspeção, que funciona como uma busca e apreensão. Mas, nesse caso, ela deve comunicar a empresa com 24 horas de antecedência. Na busca e apreensão a SDE pode levar o material que quiser. Na inspeção, só tirar cópias. Para efeito de prova, trata-se da mesma coisa. Fora isso, a SDE pode fazer perícias, análises econômicas, convocar testemunhas, como no Judiciário.

ConJur — A SDE funciona mais ou menos como um Ministério Público?

Mauro Grinberg — Vamos dizer que a SDE tem dois chapéus. Ela tem o chapéu de Ministério Público, que é um órgão acusador e investigador. E tem o chapéu do juizado de instrução, figura muito comum na Europa: o juiz faz a instrução para outro julgar, seguir o caso. Historicamente, a SDE tem pendido mais para o lado acusador do que para o lado juiz. Mas esses dois lados deveriam ser independentes. Ou seja, no momento em que ela age como juíza de instrução, deveria ser imparcial na produção de provas. E no momento em que age como investigadora ou acusadora, deve ser parcial como todo acusador é. É uma dificuldade que a SDE enfrenta e que, às vezes, os seus funcionários não percebem. Esses são problemas de uma jurisdição que ainda não está madura.

ConJur — A Justiça costuma aceitar essas provas?

Mauro Grinberg — É difícil dizer, porque não terminou nenhum caso até agora. A primeira condenação por cartel, de 1999, ainda não chegou ao final. Não há uma decisão final do Poder Judiciário em nenhum caso de cartel, sequer uma decisão de segunda instância. Existem liminares suspendendo os processos, mediante garantia. Ou depósito ou garantia bancária, que é a mais frequente.

ConJur — Por que há tanta demora? O rito processual é lento ou os juízes não estão preparados para julgar casos como esses?

Mauro Grinberg — Sempre que os processos chegam ao Judiciário eles demoram vários anos. Qualquer processo contra uma decisão do Cade começa na primeira instância e cumpre todo o rito processual. Nova produção de provas, nova análise, perícias, testemunhas. Aí vem a sentença, que está sujeita a apelação, que por sua vez pode ser alvo de recursos para os Tribunais Superiores. Esse modelo não é o melhor. Na França, por exemplo, o processo contra uma decisão da autoridade concorrencial vai direto para a segunda instância. Trabalha-se com as provas produzidas na ação administrativa. Claro que a segunda instância pode pedir que as provas sejam refeitas. Mas isso só se a autoridade concorrencial não estiver madura. No entanto, para usar soluções como essa seria necessário passar por mudanças constitucionais, não apenas legais. Se o Poder Judiciário decidisse com mais rapidez, logo haveria jurisprudência. Na medida em que nem o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal

têm decisões sobre questões concorrenciais, o Cade fica sem parâmetro para decidir.

ConJur — Mas a Justiça está preparada para analisar as questões concorrenciais?

Mauro Grinberg — Qualquer desenvolvimento do Direito Concorrencial, hoje, tem que passar, necessariamente, por uma educação do Poder Judiciário. A maioria dos juízes nunca viu isso. O Direito da Concorrência teve origem no sistema da *Common Law* e nós temos o sistema do Direito romano-germânico. Na Europa, essa questão foi solucionada, porque há uma mescla do Direito romano-germânico com o Direito anglo-saxão. Nos Estados Unidos isso não é um problema porque todo sistema é anglo-saxônico. No Brasil, ainda há conceitos econômicos, como por exemplo, o conceito de mercado relevante, que precisa ser entendido em qualquer análise concorrencial. A simples análise do Direito da Concorrência é estéril para maioria dos juízes. Quando se fala em mercado relevante, alguns pensam que é um mercado que tem importância, não é bem assim. Mercado relevante é a porção do mercado em que se dá a concorrência. Para complicar, tem a dimensão material e a dimensão geográfica. Um exemplo de dimensão material: manteiga x margarina. Tem gente que acha que um concorre com o outro, alguns entendem que são mercados totalmente diferentes. No mercado de automóveis, há o carro de luxo, o carro popular, que compõe mercados distintos. Os juízes são pessoas inteligentes, mas não estão preparados para fazer essa análise. A tendência é nomear um perito para fazer a análise e dizer qual é o mercado relevante. Nós especialistas, fazemos isso de maneira intuitiva.

ConJur — Seria o caso de especialização de varas, de câmaras nos tribunais?

Mauro Grinberg — A especialização de varas leva a outro problema. Todos os casos passariam pelas mãos de um único juiz. Quer dizer, antes de se levar ao Judiciário, já se sabe qual será a sentença.

ConJur — A previsibilidade nesse caso não seria positiva?

Mauro Grinberg — Não, porque a previsibilidade deve ocorrer através do processo natural do Poder Judiciário. Quer dizer, até chegar na instância final. Existe sempre certa imprevisibilidade quando se recorre ao Judiciário, em relação ao juiz que vai analisar o caso, ao desembargador, a turma que vai julgar. Esse fato traz a vantagem de criar uma jurisprudência mais completa, em que todos vão participar. Mas é preciso um preparo maior de todos eles, para que cheguemos a ter uma jurisprudência confiável. É difícil se chegar uma jurisprudência, mas ela foi atingida em outros países. Por que não pode ser atingida aqui? O nosso Judiciário não é pior.

ConJur — Uma das principais bandeiras da atual presidência do Cade é a análise prévia de atos de concentração. Quer saber qual é a opinião do senhor sobre essa proposta?

Mauro Grinberg — A análise prévia é importantíssima para as empresas. Hoje, nós fazemos uma operação e temos um prazo depois para levar ao conhecimento do sistema. Se houver alguma restrição, ela será posta sempre a posteriori. Passado algum tempo, ainda é possível impor restrições comportamentais, mas estruturais, do tipo, determinar a venda, a compra, a fusão entre as empresas, já é tarde. O remédio criado para impedir que isso aconteça é o Apro (Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação). É um nome meio esquisito, mas o que ele quer dizer é o seguinte: congela tudo até a decisão. Claro que esse congelamento pode ser negociado. Algumas alterações no funcionamento das empresas são necessárias. Quando o Cade percebe que uma fusão pode chegar a uma concentração de mercado perigosa, aplica o Apro. Mas não adianta chamar de análise prévia, se ela demorar muito tempo.

ConJur — Como é a atuação do Cade na análise de atos de concentração?

Mauro Grinberg —

Em matérias de atos de concentração é possível dizer no Brasil que temos um sistema maduro, que está muito preparado. A análise é técnica e normalmente bem feita. Mais de 90% dos casos são resolvidos em dois meses, três meses, em alguns casos até antes. Então, isso não geraria problema para a análise prévia.

ConJur — Não há risco quando uma empresa que está quebrando resolve fazer uma fusão para tentar se reerguer e, com a demora na análise, tornar-se inviável?

Mauro Grinberg — Todo risco. Mas isso não dá para evitar, porque faz parte da vida empresarial. Não existe pronto-socorro no sistema. Na maioria dos atos de concentração, entretanto, não há problemas. A análise prévia é uma vantagem, porque o Cade vai correr para dar uma resposta. No geral, são as grandes concentrações que causam algum transtorno. É preciso entender que o tempo empresarial é muito rápido e as empresas não podem ficar no limbo. Até porque uma empresa que está num processo de fusão, ela tem maior dificuldade de crédito, maior dificuldade no seu desempenho. Esse limbo não é bom para ninguém.

ConJur — O que o Cade leva em consideração quando analisa uma fusão, uma aquisição: ele faz análise do mercado nacional, internacional, se a empresa nacional criada vai ter potencial para competir lá fora?

Mauro Grinberg — O Cade tem se pautado pelo princípio da intervenção mínima. Se a fusão ou a aquisição não causa dano à concorrência ela é aprovada e se há qualquer tipo de restrição à concorrência vai ser analisada sobre essas deficiências. Isso para saber qual a vantagem dessa operação para o mercado.

ConJur — O caso AmBev causou danos a concorrência?

Mauro Grinberg — O Cade entendeu que essa fusão justificava a restrição à concorrência. Não estou defendendo ou atacando, mas houve uma análise de eficiência econômica. Essas operações, que podem ser discutidas sobre a concorrência, passam por uma análise das eficiências. Muitas vezes, nem passam pela análise do mercado relevante. Na primeira metade da década de 90, aconteceu um caso bastante curioso. A Gerdau comprou uma empresa. Mas a operação de fusão foi proibida. Nesse caso, a operação não passava pelo caminho das eficiências econômicas, mas pela descrição do mercado relevante. Analisando o mercado nacional, o Cade entendeu que a Gerdau teria o domínio completo em relação a determinado tipo de aço. Na época, o Cade se dividiu. Prevaleceu a tese do mercado nacional. Eu acredito que se fosse hoje, prevaleceria a tese baseada no mercado internacional. Nesse caso pensaram o seguinte: o mercado é nacional e a concentração será tão alta que se torna ruim. Se fosse internacional, não teria a menor importância.

ConJur — O Cade tem analisado o impacto de fusões e aquisições a partir do consumidor intermediário?

Mauro Grinberg — Sim. Hoje existe uma grande concentração no varejo e é um tema que precisa ser estudado, senão teremos uma concentração tão grande que toda a indústria terá de se juntar para poder enfrentar. Mas todas as concentrações refletem no consumidor que é quem paga as contas, inclusive essa de varejo.

ConJur — Fusões de escritórios também passam pelo Cade?

Mauro Grinberg — Não conheço nenhuma análise assim. Para isso, os escritórios teriam de passar por dois parâmetros previstos na lei, que é faturamento anual de R\$ 400 milhões e participação de 20%

dentro de um mercado relevante. Mercado relevante na advocacia é difícil de qualificar. Se existe mercado assim na advocacia não são mercados de nichos. Nunca ninguém analisou esse tema porque nunca houve um processo no Cade. De qualquer maneira, não acredito que haja ninguém com mais de 20% de mercado. Há uma concorrência muito grande entre escritórios. Não nos iludamos: os escritórios concorrem entre si.

ConJur — Em tempos de crise aumenta o numero de fusões e aquisições. O que muda?

Mauro Grinberg — Posso dizer que no pós-crise, o número de atos de concentração aumenta, pois muitos não sobrevivem à crise e são adquiridos por outras empresas. Esses dados são empíricos.

ConJur — Nesses casos, o método de análise pelo Cade é modificado ? A crise é levada em conta?

Mauro Grinberg — De maneira nenhuma. Nem pode. A crise passa e o Direito é permanente.

ConJur — O Superior Tribunal de Justiça está prestes a decidir de quem é a competência para analisar fusões entre bancos, do Banco Central ou do Cade. Para o senhor, quem deve fazer essa análise?

Mauro Grinberg — Não é possível excluir a atividade financeira do controle antitruste, do ponto de vista legal. Esse controle só pode ser feito pelo Cade, mas, vale destacar, que é preciso uma análise mais detalhada da capacidade técnica do Conselho em relação a essa atividade. Ela envolve nuances que outras atividades não possuem. Hoje não é possível levar uma fusão de duas grandes instituições financeiras ao Cade, pois qualquer falha vai refletir na credibilidade do banco. Uma frase mal colocada de um conselheiro pode colocar o banco em risco. Dependendo do que for discutido, o cliente vai correr para fechar sua conta, sacar seu dinheiro. A própria incerteza da tramitação pode levar a essa perda de credibilidade. Então, é preciso atentar para a preservação das instituições. Vimos que a credibilidade dessas instituições funcionou bem durante a crise. Estamos saindo dela e não houve nenhuma quebra de banco. Isso precisa ser preservado. O Cade precisa analisar, mas dentro de um sistema mais sofisticado, mais voltado para uma análise financeira mesmo. Hoje, eu não recomendaria levar uma fusão de bancos para o sistema comum, do jeito que é hoje no Cade.

Date Created

01/11/2009