

Entrevista: José Del Chiaro, advogado especializado em Direito Econômico

spaca



O Brasil passa por um momento importante de seu desenvolvimento. Recém-alcançou o posto de sétima economia do mundo, está em obras para receber a Copa do Mundo em 2014 e os Jogos Olímpicos, em 2016, e é destino da grande maioria de investidores e empresas internacionais.

Isso chama a atenção para a necessidade de fortalecimento da economia e da iniciativa privada internas e da expansão da capacidade de fazer negócios dos empreendedores locais. Nesse contexto, também chama a atenção a necessidade de haver órgão reguladores fortes e ações econômicas contundentes, por parte do governo.

Segundo estudo da consultoria PricewaterhouseCoopers, foram registrados 787 fusões e aquisições de empresas em 2010. Dessas, 89 foram apenas em dezembro. Isso representa um crescimento de 22% em relação aos negócios fechados em 2009.

É justamente por isso que o advogado José Del Chiaro, especialista em Direito Econômico, acredita que o país precisa de instituições fortes que possam controlar e regular a atuação das empresas no mercado. Em entrevista concedida em julho deste ano, às vésperas da aprovação, com ressalvas, da fusão entre Sadia e Perdigão, Del Chiaro defendeu posições nem sempre polêmicas, mas nem por isso pacíficas.

Para ele, falar em aquisições concentradoras “é bom para o investidor do mercado de capitais, mas péssimo para o consumidor”. Mas operações de concentração de mercado não são ruins na essência. Só que elas não podem atrapalhar o desenvolvimento de determinado setor, ou a entrada de novas empresas nele, diz o advogado.

Del Chiaro também não poupa críticas às agências reguladoras e ao modelo brasileiro de regulação econômica. Em sua opinião, os órgãos de controle “confundem o papel de órgãos de Estado — que deveriam ter — com o papel de órgãos de governo”. Acabam, para ele, interpretando a lei “em favor do governo em mandato”.

Mas não faltam elogios ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Cade, que para ele é uma entidade “séria” e de “decisões muito acertadas”. É preciso, apenas, entender o seu papel: “quando o Cade chega com uma decisão dura, eu acho que é importante que se saiba que essa decisão não é uma decisão só dada, é a melhor decisão possível para o mercado e é a decisão que menos prejudica as empresas. O Cade não está lá para prejudicar as empresas, está lá para defender o mercado”.

José Del Chiaro é um dos expoentes da advocacia de defesa da concorrência, ou antitruste no Brasil. É

integrante do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), do Associação de Advogados de São Paulo (Aasp) e sócio fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac). Em 1990, foi o primeiro secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Leia a entrevista:

ConJur – Quando se fala em fusões e aquisições, sempre aparecem os argumentos de que a concentração de mercado prejudica o consumidor. Como o senhor vê isso?

José Del Chiaro – Você tocou o dedo na ferida. Existe uma grande confusão do que seja eficiência, do que seja lucratividade. O que é bom para o mercado, que a gente fala no âmbito do direito da concorrência, é a eficiência que traz benefício para o consumidor, que vai dar escala e condição para a empresa se tornar competitiva. O que tem acontecido muito no mercado, hoje? O pessoal, principalmente, do mercado financeiro, entende que a boa fusão é aquela que vai ter as eficiências todas voltadas para ela, para uma lucratividade excelente, para dar dividendo, lucro, mas não está preocupado se fecha mercado, se tem condição de entrar concorrente. Pelo contrário, ele prefere que seja um monopólio, mas um monopólio no sentido da dificuldade de haver a entrada de outros. Essa operação não pode ser aprovada. E aqui que entra a especialidade do escritório, é aqui que a gente consegue separar o joio do trigo, é aqui que a gente senta antes para falar: “Olha, isso pode ser entendido dessa forma e isso é perigoso”.

ConJur – O senhor já atuou em alguma defesa de monopólio?

José Del Chiaro – Teve um caso EM que a gente criou um monopólio com o apoio do Cade, que foi o caso da Acesita [empresa do setor de aço, hoje Arcelor Mittal]. Eram clientes da Acesita, todos eles em situação financeira difícil. Eles faziam tubos de aço inoxidável e tinham dificuldade para sobreviver, porque todos faziam quase todos os tipos de tubo. Então, o escritório ajudou a criar, junto com a Acesita e junto com uma empresa de estudo de mercado, uma logística para viabilizar a concentração dessas empresas, que eram pequenas, mas para criar uma estrutura lógica. Então, se criou uma fusão de todas elas e algumas, alguns maquinários ficaram vocacionados para fabricar tubo de uma certa espessura e de uma certa qualidade, outros de outra certa espessura e de outra qualidade, outras de outra certa espessura e de outra qualidade. Então, você criou escala, tamanho e eficiência. Essa operação foi aprovada sem problema. A gente também aprovou com impugnação uma operação para Hypermarchas importante na área de adoçantes.

ConJur – Como foi esse?

José Del Chiaro – Eles já eram donos da marca de adoçantes Doce Menor. Quando compraram o Finn, teve uma concentraçãozinha aí, de 64% do mercado. Teve impugnação [na Justiça]. Conseguimos aprovar essa operação mostrando que tinham eficiências no mercado, mostrando que o mercado comportava concorrência, comportava novas marcas, comportava evoluções tecnológicas, comportava novos princípios ativos. Essa é a diferença, é mostrar o que o mercado comporta, é mostrar que você não está chegando ali para fechar mercado.

ConJur – Como um monopólio afeta o consumidor?

José Del Chiaro – Ele reflete de alguma forma em pequenas empresas que produzem com preço caro e que passam a produzir com um preço mais barato ou que poderiam até desaparecer. O que o Cade não pode aprovar é operação que não resulte em uma eficiência que vai resultar em um ganho repassável ao

consumidor, seja no seu modelo produtivo, seja no seu modelo de reduzir o seu custo efetivo, para lhe dar margem para competir. Quando esse monopólio foi criado, nada impediu que outra empresa chegasse para concorrer com ele. Mas todas as empresas que estavam no mercado, estavam fazendo aço, todas. A própria vendedora de aço estava com dificuldade de vender, porque não tinha recebimento, as empresas não estavam em boa situação. Quando conseguiu juntar as empresas, criou uma empresa forte, apta a trabalhar no mercado, a atender aquelas demandas específicas.

ConJur – Às vezes vemos argumentos de que as empresas vão se fundir para criar uma companhia forte, com mais condições de competir no mercado internacional. Como fica o consumidor nessa conta?

José Del Chiaro – Isso é falácia. Isso é bom para o investidor do mercado de capitais, mas é péssimo para o consumidor. Isso não é argumento. O argumento para o consumidor é: se a empresa é forte no mercado, ela permite concorrência contra ela. Se ela for boa lá fora, ótimo. Agora, concorrer lá fora não pode ser justificativa para criar um monopólio ou um quase monopólio aqui dentro, porque você tem que proteger o mercado interno. Não adianta você querer fazer um grupo forte para brigar lá fora, você tem que proteger o consumidor que está aqui, em primeiro lugar. Foi assim no caso da Vale do Rio Doce, foi assim em todas as outras operações que esse argumento entrou.

ConJur – O senhor tem chamado a atenção para as dificuldades das investigações de casos de cartéis.

José Del Chiaro – Esse é um dos problemas das ações de indenização no Brasil. O Cade viveu um momento, no passado, de entender que aquelas ações mereciam uma resposta à sociedade e passou por cima – ainda que justificadamente, dentro da convicção dos conselheiros – de alguns princípios fundamentais do Direito. Houve um certo cerceamento do direito de defesa.

ConJur – Por que acha isso?

José Del Chiaro – Porque aqui no Brasil as ações de indenização de cartel são um ilícito de Responsabilidade Civil. No caso de Responsabilidade Civil é preciso provar o dano, sob pena de você criar um enriquecimento indevido. Esse dano pressupõe conhecer exatamente qual foi cada operação, para cada transação objeto do cartel, o efetivo sobrepreço daquele cartel, aquela compra e venda. Sem isso, não tem como calcular quanto aquele cartel te prejudicou. Além disso, precisa provar que você não repassou esse sobrepreço a terceiros. Porque se repassou isso para o seu cliente, você deixou de ser titular daquele direito, já que não absorveu aquele prejuízo. Então, é uma ação extremamente difícil. Lá fora, os cartéis internacionais que atuaram no Brasil dão margem para você, se somar a ações que estão acontecendo lá fora, ir buscar a sua indenização com um pouco mais de facilidade.

ConJur – Como funciona fora do Brasil?

José Del Chiaro – Já caracterizado que houve cartel, você não precisa provar mais a existência, você não precisa fazer mais o nexo de causalidade do dano, o que já facilita muito os procedimentos de correr com o processo. A única coisa é que a empresa precisa ter um escritório, que seja, na Inglaterra ou em outros Estados da Europa que admitam esse tipo de coisa.

ConJur – Mas o Cade tem hoje um reconhecimento internacional

José Del Chiaro – O Cade ganhou o prêmio de melhor agência das Américas, dado pela Global Competition Review. Entendo que o Cade mostrou firmeza muito grande e um acerto muito grande nas

decisões que vem tomando. Não está se intimidando com a imprensa, está com uma postura firme nas negociações com as empresas.

ConJur – Como assim?

José Del Chiaro – Repudio as matérias que saem, principalmente em veículos estrangeiros, dizendo que o Cade é submisso ao BNDES. O Cade tem a sua personalidade, se afirma dia após dia como uma agência madura, séria, técnica, com conselheiros qualificados e com conhecimento diversificado, o que dá um todo heterogêneo e é isso que se busca: pluralidade de conhecimento. E que não coincide, como não pode coincidir, com o mercado financeiro. E sinto, infelizmente, que alguns veículos de imprensa, no primeiro momento, compram aquela notícia do mercado financeiro, de “o Cade está dificultando”, “o Cade está atrapalhando”. Ou compravam, porque hoje já sabem que o Cade tem um papel fundamental. A prova disso está nas operações Sadia/Perdigão, Pão de Açúcar/Casino, onde houve um respeito ao papel do Cade.

ConJur – E qual é esse “acerto muito grande” do Cade?

José Del Chiaro – Eles respeitam o caso. Por isso, eles ganharam o título das Américas pela Competition Review. Isso explica um pouco o porque do momento da Sadia/Perdigão. Houve o primeiro turno da negociação. Quando se abriu de novo a negociação, a empresa talvez tenha entendido que precisava negociar. Então, quando o Cade chega com uma decisão dura, é importante que se saiba que essa é a melhor decisão possível para o mercado, e a que menos prejudica as empresas. O Cade não está lá para prejudicar as empresas, está lá para defender o mercado. E a gente sente nos conselheiros uma profissionalização e um esforço contínuo de aprimoramento. Quer dizer, houve uma mudança de turno, houve uma mudança de conselheiros, e positivamente. Continua crescendo a excelência do órgão, não houve uma piora. Então, no dia das audiências os advogados são recebidos, a pauta é pública para dar transparência, não é feito nada escondido. Tem os termos de compromisso das condutas, tem os acordos.

ConJur – E por que as decisões do Cade vão parar no Judiciário?

José Del Chiaro – Porque muitas vezes a decisão do Cade não é a que as partes esperam. E quando não se chega a uma decisão que se entende que é a correta, todos têm o direito de recorrer. O escritório mesmo tem vários casos representados no Judiciário contra o Cade.

ConJur – E como a Justiça tem reagido? Naturalmente não deve ter a mesma profundidade de análise que o Cade ou a SDE.

José Del Chiaro – Eu não posso dizer isso. Tenho visto que o Judiciário, principalmente a Justiça Federal, em Brasília, em função de ser responsável pelos casos do Cade, está cada vez mais especializada no Direito da Concorrência. É uma Justiça que também está se aprimorando na especialização do Direito antitruste. Mesmo com todas as dificuldades que o Poder Judiciário tem, está evoluindo em todos os tipos de caso. A gente só lamenta que falta uma maior estruturação do Poder Judiciário.

ConJur – O ministro Gilmar Mendes, uma vez, sugeriu que seria melhor que as decisões do Cade que vão parar no Judiciário fossem analisadas por colegiados ou em uma segunda instância, por exemplo. O senhor acha que isso seria uma forma de melhorar essas decisões?

José Del Chiaro – Primeiro, precisaria mudar a lei. Mas tem muita coisa que diz respeito à observância do devido processo legal. E muitas vezes, a ida ao Judiciário se dá em momento até mesmo anterior ao

processo de decisão do Cade. Muitas vezes, você vai para tentar corrigir um desvio de rumo no decorrer do processo.

ConJur – Existe um embate entre o Cade e o Judiciário?

José Del Chiaro – Não, pelo contrário. O Cade tem se saído muito bem no Judiciário. Eu diria que o Cade tem uma advocacia da concorrência no Judiciário muito boa, hoje. Existe uma procuradoria atuante, junto com a AGU, muito bem estruturada para representar o posicionamento do Cade junto ao Judiciário. Mais uma vez, mostra que é uma estrutura pequena, muito eficiente e muito aguerrida. O Cade é um órgão de excelência na Administração Pública Federal.

ConJur – Quais foram os casos mais importantes na sua carreira?

José Del Chiaro – São vários casos, alguns deles paradigmáticos. Um caso bastante importante do escritório foi o da sugestão de preços da Kibon. O escritório teve a condição de mostrar que a tabela de sugestão de preços não impunha um preço obrigatório. Era de fato um preço facultativo, uma sugestão. E ele usou de tabelas da Sunab [*Superintendência Nacional de Abastecimento*], das pesquisas de preços que a Sunab na época fazia para provar que havia uma variação de preços efetiva em relação aos estabelecimentos que comercializavam o sorvete. E que produtos que não tinham a tabela de preços, como o iogurte, refrigerantes, cerveja, tinham o preço mais estável e mais alto do que o próprio sorvete. Então, esse foi um caso paradigmático do escritório. Era um caso tido como de condenação certa, porque era uma tabela de preços. Mas o escritório conseguiu mostrar que a tabela não surtia o efeito que se pressupunha que poderia surtir, com uma tabela do próprio governo, pesquisa de preços do próprio governo.

ConJur – O senhor atuou pela Kraft?

José Del Chiaro – Eu atuei pela Kraft [*empresa da indústria de alimentos, dona de marcas como Oreo, Laka, Lacta e Bis*]. A Lacta que foi a impugnante.

ConJur – Como foi esse processo?

José Del Chiaro – Foi o primeiro caso que teve um Apro, o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação. No caso da Nestlé/Garoto, o Cade criou o chamado Apro, onde as partes, Nestlé e Garoto, concordavam em juntar os ativos e tal. Foi o começo de uma nova fase no Cade. Isso tudo começou porque a Kraft impugnou a operação. Foi um processo árduo, de difícil convencimento. Mas mostrou-se que a junção das duas empresas mataria a condição de concorrência, porque a junção da segunda e da terceira maiores empresas eliminaria a possibilidade de ter um novo concorrente. Então, seria criado um monopólio muito negativo no mercado, muito desfavorável. Foram dadas oportunidades de negociação na época e a Nestlé/Garoto não foi tão favorável a ceder. Então, acabou vindo uma ordem de desfazimento total. Eu estou falando de casos antigos, mas são casos marcantes.

ConJur – Então vamos falar do presente.

José Del Chiaro – Um caso recente veio do Shopping Center Iguatemi para o Shopping Eldorado, por causa da cláusula de raio [*que proíbe o lojista de shopping de abrir outra loja igual num raio de 2,5 quilômetros*]. O Shopping Center Eldorado estava em uma situação difícil, ele iria perder um processo de anos no Cade. Um lojista do Eldorado procurou a direção do shopping para dizer que foi notificado pelo Iguatemi [onde também tem loja] para fechar a loja no Eldorado. O shopping Eldorado nos procurou. Nós chegamos no Cade e conseguimos virar esse processo e o Cade condenou, a chamada

cláusula de raio e a cláusula de exclusividade.

ConJur – O que são essas cláusulas?

José Del Chiaro – Deixa eu explicar: os dois shoppings são próximos, e aqui o escritório fez um trabalho de campo que uma boutique faz. O Eldorado está a um raio de menos de 2 km do Iguatemi. Então, o Iguatemi no contrato dele que dizia que o lojista que estava no Iguatemi não podia abrir uma loja a menos de 2 km do Eldorado. E também tinha uma cláusula de exclusividade: quem estava no Shopping Iguatemi não pode abrir loja em outro shopping. Para o Cade, o Shopping Iguatemi dizia: “Não são todos os contratos que tem essa cláusula” e “não são todos os contratos que tem a cláusula dos 2 km”, “nós estamos acabando com essa cláusula”. Tudo bem. E nessa época, estava surgindo o Shopping Cidade Jardim, do outro lado da marginal [do rio Pinheiros, em São Paulo]. O que nós fizemos como boutique? Trabalho de campo! Fomos no Iguatemi, conversar com os lojistas e com o próprio lojista que estava saindo. Descobrimos que o Iguatemi registrava os contratos dele no cartório de títulos e documentos. Encontramos todos os contratos de aluguel do Iguatemi registrados naquele cartório de títulos e documentos, todos, sem exceção. Conseguimos provar para o Cade: 1) Que eles de fato estão mudando o contrato. Vão retirar a cláusula para aumentar para 5 quilômetros o raio; e 2) Que a maioria dos contratos novos ainda tinha essa cláusula, diferentemente do que estava sendo alegado. Resultado: foram condenados. Esse é o trabalho de campo do escritório, fora a tese, fora a argumentação jurídica, fora demonstrar o dano, fora demonstrar que o consumidor era prejudicado porque não existia fundamentação para que outro shopping não pudesse ter aquele loja.

ConJur – Como o senhor avalia o desempenho das Agências Reguladoras?

José Del Chiaro – Essas agências precisariam ser repensadas, revisadas. Infelizmente, elas deixam a desejar. A sociedade merecia agências com mais atuação, mais força, mais capacidade de ação, mais preocupadas em atender o mercado. Falta a essas agências, primeiro, modernidade; segundo, transparência; terceiro, eficiência; quarto, um choque de gestão. Ou seja, elas são órgãos quase inoperantes no papel que deveriam ter. Se a gente fala que o nosso Judiciário precisaria ser mais eficiente, essas agências precisariam ser muito mais eficientes, muito mais atuantes, muito mais dinâmicas. Até porque o papel delas era exatamente desafogar o Executivo, dar gestão, dar transparência, dar autonomia técnica, isenta da vontade política. Elas são órgãos de Estado, não órgãos de governo. Muitas vezes, elas confundem o papel e isso causa muita confusão.

ConJur – Quer dizer que elas têm um papel mais político do que técnico?

José Del Chiaro – Existe uma confusão de papel, por isso que eu falei que precisa de um choque de gestão. O papel delas não é político, é de gestão de uma lei já instituída. E o que elas acabam fazendo? Elas tentam fazer política de um governo, quando tinham que fazer política de Estado. Elas tinham que seguir a lei e não interpretar a lei de acordo com a vontade do governo em mandato. Acho que existe essa confusão.

ConJur – Quem é que vai fazer esse choque de gestão?

José Del Chiaro – Tem gente no governo, hoje, que parece que entrou para resolver isso. A Dilma chamou um comitê de excelência. Será que o governo realmente vai querer acabar com isso? Nós só vamos conseguir acabar no Brasil com escândalos de corrupção, de tudo isso, com agências de Estado fortes, autônomas e de excelência.

ConJur – O senhor acredita nisso?

José Del Chiaro – Eu acredito nisso, um dia a gente chega lá.

Date Created

28/08/2011