
Especialistas analisam projeto da reforma do sistema da concorrência

O panorama da economia nacional que se anuncia para os próximos anos, traz reflexões importantes para o Direito Comercial. Se o país crescer a uma taxa de 5% ao ano, conforme a expectativa, quantitativamente, será despejado na economia o que equivalente ao PIB de São Paulo. A conclusão é de advogados, juízes e pessoas ligadas ao Judiciário e economia, que discutiram os desafios do Direito Comercial no século XXI. O assunto foi abordado no I Congresso Internacional de Direito Comercial, na Associação dos Advogados de São Paulo, nesta sexta-feira (25/3).

No painel sobre regulação e concorrência, o advogado e professor Celso Campilongo mencionou dados econômicos para dar uma dimensão do que os operadores do Direito poderão enfrentar. Segundo ele, 25 milhões de consumidores foram incorporados à economia. “Mas, eles ainda não ingressaram como poderiam nos órgãos de regulação e de defesa da concorrência. A defesa do consumidor é capilarizada, e ainda não temos estratégias de ação nos órgãos de regulação e de defesa da concorrência”.

De acordo com Campilongo, existe uma relação horizontal entre órgãos de regulação e de defesa da concorrência, “eles têm atuações distintas e complementares”. “Agência reguladora tem um papel quase legislador, já os órgãos de defesa da concorrência de julgador. O Cade julga com legitimidade porque não é ele que regulamenta a matéria”, afirma.

Mas algumas dúvidas devem ser sanadas, como o caso do julgado do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a compra de um banco pelo outro, na qual se discutia quem tem a competência para analisar Ato de Concentração no sistema financeiro. “Em alguns casos pode existir uma relação hierárquica, mas é difícil separar um do outro”.

Existe uma diferença entre o Direito Concorrencial e Regulação. O primeiro é intensivamente fático, já o segundo tende a ser mais normativo. “Tanto que o Direito Concorrencial se acomoda melhor no Econômico, e o Relatório no Direito Administrativo”, destaca.

Um dos desafios é que alguns nichos comportam mais de um órgão regulador, como a aviação e o portuário. Também podem envolver os órgãos de defesa do consumidor, no caso os Procons. E ainda, Arbitragem e Judiciário.

“As disputas possuem desdobramentos em vários órgãos, o que gera um esvaziamento da racionalidade jurídica. O que não significa dizer que precisamos de um novo Código ou princípios”, diz. “Os problemas estão na implementação dos princípios porque existem regras contraditórias e diferentes jurisdições. O direito se transforma ele mesmo no problema. Entretanto, as regras desempenham um papel fundamental porque sem elas não existe nada.”

O palestrante e advogado José Marcelo Martins Proença fez uma análise do projeto de lei, que trata da reforma do sistema da concorrência. De acordo com Proença, o legislador falhou em diversos pontos, que poderão trazer prejuízos para o mercado. Entretanto, destacou que a inclusão do ponto que trata da Propriedade Intelectual para o Direito Concorrencial, que prevê que o abuso da propriedade pode configurar ato de concentração, é positivo.

Proença fez parte de um grupo de discussão que destrinchou o PL ponto a ponto. Segundo ele, na parte de sanções administrativas, foi modificado o percentual da multa. “Com o novo valor, na pior das hipóteses, a empresa condenada terá que devolver o montante que ganhou ilicitamente”, explica. “O que não representa um desestímulo propriamente”, alerta.

O palestrante também apontou que a alteração do critério que obriga as empresas a comunicarem as fusões e aquisições de acordo com seu faturamento, pode causar prejuízos. Com o novo critério, que passa de R\$ 400 milhões para R\$ 1 bilhão de movimentação, exclui automaticamente quase 90% dos casos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. “Entre eles, um recentemente negado pelo Cade”, diz.

A análise prévia dos atos de concentração, uma grande bandeira do Cade atualmente, é um equívoco do legislador. Isso porque as empresas interessadas no negócio devem apresentar as informações de mercado antes de fechar o acordo e misturar os ativos, mas pra ele, dá a oportunidade para os concorrentes protelarem o quanto puderem, para evitar a fusão. “Os acordos de reversibilidade são mais efetivos do que a análise prévia”, afirma.

Ele também alerta que nem sempre a junção de empresa pode impedir a concorrência, mas competir em mercados altamente concentrados. “Nesse caso, a análise prévia poderia gerar danos para o mercado”, aponta. Outra alteração “perigosa”, segundo Proença, é permissão para negociação entre os conselheiros do Cade e os agentes econômicos.

O palestrante defende mudanças pontuais, e não uma reforma com quebra de paradigma. Além destes aspectos do PL, ele também criticou alterações sobre a existência ou presunção de posição dominante, acordos de exclusividade e aumento arbitrário de lucros.

Para o conselheiro do Cade Olavo Chinaglia, o papel do Direito na vida social é tímido, entretanto, uma transação global rende tratamentos diferentes porque diante de realidades distintas não é possível dar o mesmo tratamento. “Por exemplo, é mais difícil montar e manter um negócio no Brasil do que nos Estados Unidos”, explica. Ele deu outros exemplos de análises bem e mal sucedidas.

Buscando uma solução rápida no caso da Cielo e Visa, foi feito um acordo com as empresas proibindo a exclusividade das bandeiras de cartão de crédito. “Olhando os resultados, foi o mais bem sucedido pelo Cade. Esse impulso iniciou uma entrada de novos concorrentes, como bancos e empresas de telecomunicações”, destaca.

E como exemplo de fracasso do órgão de defesa da concorrência, ele lembrou o Ato de Concentração envolvendo a Braskem e Quattor. Segundo Chinaglia, ele é a única do mercado nacional. Mas, informou

que o custo social para reverter essa operação seria muito alto. Por isso, segundo ele, a análise prévia é essencial porque “as empresas tem total interesse em encerrar o processo”.

Outro exemplo de operação que dará muito trabalho para reverter será a das empresas de cimento envolvendo a Votorantim e a Tupi. “O conjunto de ativos foi unido e fragmentado”, apontou. “Nada me diz que a análise posterior é melhor”.

Para a professora da Faculdade de Direito da USP, Paula Andrea Forgioni, o que falta são os verdadeiros interesses serem colocados as claras nas discussões sobre o assunto. Ela identifica que o antitruste é uma política econômica importante para o país e que o determinismo econômico não pode dar todas as respostas. “É preciso uma discussão honesta sobre o papel e o objetivo desse instrumento poderoso pra o crescimento do país”, alerta. Segundo ela, existem exageros na doutrina dominante, que muitas vezes são financiadas por empresas.

Ela também concorda com a inclusão do ponto que trata da Propriedade Intelectual. “As empresas destroem mercados em nome da proteção à inovação”, assevera. A professora criticou principalmente o que ela chamou de “excessivo privatismo” que prega que sem a proteção das empresas e seus produtos faltariam estímulos para desenvolvimento de novas tecnologias. Ela acredita que é necessário uma aplicação mais efetiva da Defesa da Concorrência, assim como aconteceu do Direito do Consumidor.

Date Created

25/03/2011