

A INFLUÊNCIA DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS NAS POLÍTICAS MACROECONÔMICAS BRASILEIRAS

INTERNATIONAL CARTEL INFLUENCE ON THE MACRO-ECONOMICAL BRAZILIAN POLICIES

Junio César MANGONARO *

RESUMO

O presente estudo descreve o instituto da concorrência, com retrospectiva histórica no âmbito internacional. Através de análise comparativa, avalia a concorrência como instrumento de implantação de políticas públicas, demonstrando também a experiência da União Européia. Faz estudo de casos apontados nos cartéis do aço, da Lisina e de vitaminas. Demonstra, ao final, que os cartéis provocam distorções no comércio internacional e que as regiões consumidoras dos produtos cartelizados são naturalmente perdedoras, ao terem seus termos de troca deteriorados.

Palavras-chave: concorrência internacional; cartéis; políticas públicas.

ABSTRACT

The present study describes the institute of competition with an international history flashback. Through a comparative analysis, it evaluates the competition as a tool of establishing public policies, also showing European Union experience. It shows study cases pointed on steel, lysine and vitamins cartels. In the end, it demonstrates that cartels promote distortions on world trade and that consumption regions of cartel products are natural losers by having their changing terms deteriorated.

Key words: international competition; cartel; public policies.

* Mestrando em Direito da UNIMAR-SP, Especialista em Direito do Estado - UEL-PR. Professor em Direito Empresarial da Universidade do Norte do Paraná-UNOPAR e Faculdade Metropolitana-IESB de Londrina-PR, Advogado.

Introdução

O slogan da concorrência, embora com vasta antecedência histórica, ganha no final do século XIX e início do século XX, contornos mundiais. Aquele que detém o melhor preço e a melhor qualidade será o escolhido dos consumidores.

Entretanto, aquilo que nasceu para ser livre – a concorrência – passa a servir de pretexto para a manipulação dos grandes agentes econômicos¹ nas estruturas de mercado, ou melhor, certos agentes passam a deter o poder de definir a quantidade, qualidade e, principalmente, o preço do produto ou serviço.

O Estado é chamado, ou melhor, obrigado a intervir na ordem econômica, de forma que pudesse preservar o próprio discurso liberal, razão pela qual no Brasil as regras de livre iniciativa e livre concorrência ganharam *status* constitucional, fundadores da República Federativa do Brasil.

Ocorre, entretanto, que para a concretização de seus “espaços de dominação” certas empresas aderem de forma desenfreada a comportamentos competitivos, subvertendo a ordem econômica, acarretando infrações que na visão de Luiz Fernando Shuartz (2005), correspondem a

[...] toda conduta ou estratégia que cause ou possa causar de modo ‘artificial’ (isto é, não justificável a partir da lógica que rege o processo dinâmico de geração/diluição de vantagens decorrentes de inovações) uma redução no nível das pressões competitivas num mercado ou um bloqueio no tocante ao incremento do mesmo.²

Uma das principais práticas antitruste corresponde à formação de cartel. Caracteriza-se por um acordo entre empresas, que atuam em um mesmo mercado, com a finalidade de dividirem mercados entre si e estipularem conduta comercial concertada de preços entre os “concorrentes”, mais próximos dos de monopólio.

Por gerarem graves conseqüências aos consumidores, bem como à economia como um todo, tais práticas são combatidas internacionalmente.

Logo, pretende-se com este trabalho desenhar o perfil do cartel como conduta ilícita e, desse modo, averiguar se há ingerência dos chamados cartéis internacionais na condução das políticas públicas nacionais, aqui instrumentalizadas pelo direito da concorrência.

¹ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2000, p. 21.

² SCHUARTZ, Luiz Fernando. Dogmática Jurídica e Lei 8884/94. *Revista Discente-UFRJ*. Disponível em: <<http://www.nua.ie.ufrj.br>>. Acesso em 10. abr. 2005.

A par de uma resposta satisfatória, utiliza-se o estudo de casos concretos já descobertos e punidos pelos governos norte-americano e da União Européia.

1. Concorrência como instituto jurídico relevante

1.1 Aspectos gerais

Para iniciar qualquer reflexão acerca do Direito Econômico, mais especificamente sobre o Direito da Concorrência, mister se faz uma análise histórico-econômica do modo como se processou o nascimento da concorrência como categoria da Ciência Econômica. Igualmente, faz-se, necessário averiguar o modo como a concorrência se fixou como objeto relevante nos ordenamentos jurídicos de vários países ou, no termo utilizado por Paula Forgioni, concorrência como “valor digno da tutela de um ordenamento jurídico”³.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda⁴ concorrência corresponde ao “1. ato ou efeito de concorrer. 2. Afluência simultânea de pessoas para o mesmo lugar. 3. *Disputa, competição*” (grifo nosso). Dessa maneira, “concorrer com” abriga, etimologicamente, o sentido de competição, rivalidade, disputa. Competição exprime a sobrevivência do mais forte.

No campo econômico, concorrência é o fenômeno que ocorre sempre que há duas pessoas dispostas a negociar (sentido amplo), seja para trocar, comprar ou vender bens ou serviços⁵.

Há, assim, a formação de um processo cíclico em que referidas transações – intermediação – beneficiam os concorrentes, na medida em que prevalecerão os “mais aptos”; a economia, quando da maximização dos lucros; e, aos consumidores, quando da geração de maior quantidade, qualidade e diversidade de bens e serviços.

1.2 Antecedentes históricos

Os primeiros registros sobre temas relacionados à concorrência datam da Antigüidade grega, onde se constatavam a existência de certas regulamentações, no que tange às condutas monopolistas, em grande parte, impulsionadas pelo Estado.

³ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 25.

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 128.

⁵ VIDIGAL, Geraldo. *Apud* FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 51.

No mundo romano, o Édito de Zenão, de 483 a.C., regulamentou a política de monopólio, de acordo de preço, a fim de impedir, em suma, o abuso de preços.⁶

No sistema feudal, as atividades produtivas tinham por finalidade direta, e acima de tudo, a própria manutenção de quem as realizava. Caracterizava-se, assim, por um sistema familiar, onde a economia se calcava nas trocas de mercadorias, dentro de uma cultura subsistencial. Não havia qualquer interesse para a produção de um excedente de modo significativo.

Lentamente, os mercados, como hoje conhecidos, foram surgindo com o mínimo da produção acumulada nas terras feudais.

[...] o comprar e vender a partir de amostras dos bens, e não a compra e venda direta dos bens propriamente, assim como a aparição de intermediárias – os comerciantes – entre o produtor de um bem e o consumidor deste bem, requererem o transcurso de bastante tempo e certa especialização dos produtores em atividades diferenciadas.⁷

Contudo, a partir da primeira revolução industrial (séc. XVIII), eliminou-se a produção *direta* dos meios de vida pessoal e familiar. Generaliza-se o produzir para *intercambiar*.

A razão substituiu todo o imaginário espiritual do mundo feudal. Perde-se o temor de Deus, passando à ciência a tarefa de explicar o funcionamento do mecanismo do mundo. Lançam-se assim, as bases da doutrina do liberalismo econômico que ganhou em Adam Smith seu maior expoente.

Dyle Campello delimita as idéias liberais do início do séc. XXIX, ao afirmar que:

[...] os economistas clássicos não admitiam a interferência governamental nos mecanismos de mercado. Acreditavam que o livre jogo do sistema de preços, providencialmente conduzido pelo interesse próprio e pela *competição empresarial livre e perfeita*, substituiria vantajosamente as coordenações impostas por mecanismos artificiais. As forças imanentes do mercado tenderiam sempre a corrigir os desequilíbrios econômicos resultantes de eventuais desajustamentos entre as decisões individuais e empresariais de consumo e produção ou de poupança e investimentos. (grifos nossos)⁸

⁶ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 45.

⁷ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido*. Porto Alegre: Loivraria do Adrogado, 2002, p. 93.

⁸ CAMPELLO, Dyle. *O direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 05.

A livre concorrência passa a ser encarada como a solução para os danos causados pelos monopólios. Assim, o mercado, por si só, era capaz de auto-regular-se, ou seja, a partir do momento em que a concorrência tornou-se instituto a ser buscado, ou melhor, a ser desejado pelos agentes econômicos, as condutas prejudiciais de um mercado monopolista seriam rechaçadas, beneficiando, em contrapartida, o próprio consumidor.

Foi no século XIX, sob o prisma de uma produção em massa, que os empresários constataram, que a concorrência pura e simples, ou seja, nos moldes inicialmente sustentados, não trazia todos os benefícios inicialmente propagados (preços inferiores aos de monopólio, melhora da qualidade dos produtos etc.). Certos limites deveriam ser impostos como forma de evitar que a livre concorrência ganhasse contornos predatórios, ou seja, de que a liberdade de alguns agentes não viesse a limitar ou, até mesmo, excluir, a liberdade de outros⁹

Destarte, sob essa nova redimensão do aspecto concorrencial, restou promulgado, nos EUA, em 1890, o *Sherman Act*, considerado o marco normativo do antitruste, complementado em 1914 pelo *Clayton Act*.

No Brasil, embora o primeiro dispositivo legal seja datado de 1945, com o Decreto-Lei 7.666, foi somente com a Lei 8.884/94 que a concorrência, se tornou instituto juridicamente relevante, na acepção *stricto sensu* do termo.¹⁰

1.3 Objeto do direito da concorrência

Verifica-se, pois, que a primeira idéia da concorrência tinha como plano de fundo ideológico o fundamento da liberdade. Esta era considerada como a rainha mestra de a toda atuação dos organismos privados na economia.

Sob o enfoque darwiniano, apenas os “aptos” seriam capazes de continuar dentro de uma relação concorrencial, estando os “não aptos” fadados ao fracasso empresarial. Nas palavras de Washington Peluso de Souza, “a vitória, na concorrência, definia o Poder Econômico do vitorioso e este, por sua vez, decorria do funcionamento *natural* da economia de mercado”¹¹.

Entretanto, levado ao extremo – como o foi – referido discurso tornou-se paradoxal, na medida em que o domínio exclusivo daquele considerado “apto”, conduziria a própria anulação da concorrência no referido setor de atuação.

Assim, fizeram-se necessárias

⁹ CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas da. Apud FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 31.

¹⁰ CAMPELO, Dyle. Op. cit, p. 59.

¹¹ SOUZA, Washington peluso Albino. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Sérgio Fabris, 1997, 1612.

Regras que garantissem a lealdade de comportamento dos agentes econômicos, sem as quais a concorrência, ainda, que existente e livre, desandaria em um processo autofágico que favorecia o restabelecimento de estruturas monopolistas e oligopolistas.¹²

Portanto, diante do “desfiguramentos dos princípios ideológicos da livre concorrência”¹³, o Estado incumbiu-se na tarefa de ditar regras ao Poder Econômico Privado.

Nasce, desse modo, toda a disciplina jurídica do Direito Econômico e, em especial, o ramo do direito da concorrência, referindo-se, em suma, aos comandos estatais com destinatário direto o conteúdo do poder privado econômico, ou seja, a ação econômica praticada pelo particular.

Houve a constatação de que as limitações do mercado não levariam a sua eliminação, “mas ao acoplamento a ele de um outro centro decisório destinado precisamente a suprir as suas inoperacionalidades e a garantir adimplemento de certos objetivos, mediante a aplicação da política econômica”¹⁴. Refere-se, neste ponto, ao Estado. Cabe, neste momento, determinar que o Direito Econômico é o ramo do direito que “vai situar a empresa, na vida econômica, como agente executivo da política econômica empenhada no cumprimento dos princípios ideológicos que norteiam toda a ordem jurídico-econômica de uma nação”¹⁵.

Assim, com o cumprimento dos chamados princípios ideológicos da ordem jurídico-econômica é que se analisa a concorrência como valor em si considerado. Valor este que deve receber tutela jurídica, estabelecendo, de antemão, as condições do lícito e do ilícito, do justo e do injusto.

E, na hipótese de abuso do poder econômico, poderá o Estado atuar diretamente, cumprindo mais de perto sua função repressiva, na tentativa de deixar claros os objetivos-fins a serem perseguidos por toda a nação e não simplesmente pelo poder econômico privado.

Dessa forma, são, na expressão de Washington Peluso, os “princípios constitucionais ideológicos” que dão todo o suporte para a formulação das “regras do jogo” da concorrência, impondo-se de imediato a conduta dos legisladores ordinários, bem como às modalidades de atuação dos agentes econômicos, públicos e privados.

¹² SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencional: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

¹³ SOUZA, W. P. A. . Op. cit, p. 164.

¹⁴ NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17.

¹⁵ SOUZA, W. P. A. . Op. cit, p.181.

[...] não permanece a convicção de que o interesse social se cumpra pela garantia de equilíbrio entre os interesses particulares. Trata-se de conduzir os próprios destinos da sociedade por caminhos econômicos considerados ideologicamente como mais justos e mais desejáveis.¹⁶

Deixa-se claro que, embora o direito da concorrência tenha surgido com a finalidade precípua de evitar os efeitos “autodestrutíveis” do mercado, o fato é que hodiernamente, se deve agregar a esta concepção o entendimento de que o direito da concorrência se tornou um instrumento de consecução de política pública de que lança mão o Estado, para direcionar o sistema econômico e, por conseguinte, o próprio desenvolvimento social como um todo.

1.4 Falhas no mercado: caracterização dos cartéis

Em contraposição aos avanços surgidos com o ideal liberalizante, um desafio se tornou a mola propulsora para que a própria operacionalidade do sistema concorrencial pudesse se realizar, qual seja, o combate às imperfeições do mercado.

Na lição de Fábio Nusdeo “a mecânica operacional do sistema passava a rodar em falso, produzindo resultados também falhos, distanciados do esperado e, em muitos casos, francamente inaceitáveis”.¹⁷

Conclui-se que existiam falhas do próprio mercado, ou seja, o mercado não era, em si mesmo, viável, operacional.

Segundo a classificação utilizada pelo Prof. Nusdeo, ao estabelecer as principais falhas do mercado, elas podem ser: a mobilidade dos fatores, o acesso às informações relevantes e a concentração econômica, resta, para o presente artigo, o exame apenas desta última.¹⁸

Assim, a concentração econômica representa a própria negação de um mercado atomizado, isto é, um mercado com um bom funcionamento, eis que não se encontrará presente uma pluralidade de agentes, compradores e vendedores.

Com o acelerar-se da revolução industrial, em um número crescente de setores algumas unidades lograram antecipar-se as outras em obter as vantagens de redução de custos pelo aproveitamento das economias de escala. Mas isto implicou a elevação substancial de seu volume de produção e de vendas e, conseqüentemente, a redução do volume produzido pela demais. Es-

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 221.

¹⁷ SOUZA, W. P. A. . op. cit, p.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 139.

tas últimas viam-se gradualmente expelidas do mercado por não poderem concorrer com os preços e mesmo a qualidade das principais, que acabaram por se ver sozinhas no mercado, tornando insubsistente o pressuposto da atomização, base da concorrência. Estava, assim, instalado o processo de oligopolização de inúmeros setores da economia, o qual cria uma certa barreira à entrada novas unidades e, quanto mais ele for chegando ao monopólio, maior o seu poder de impor preços altos pelos seus produtos, apropriando-se de uma parcela da renda do consumidor. Ademais, o monopolista pode controlar não apenas o preço mas também a quantidade oferecida e, por esta forma, distorcer todos os mecanismos de autocontrole do mercado, além de adquirir, em alguns casos, dimensões tais que o tornam politicamente perigosos.¹⁹

Observa-se, dessa maneira, que a concentração econômica se configura com a formação de mercados monopolistas (apenas um único vendedor) e oligopolistas (poucos vendedores), representando uma falha na própria estrutura do mercado, reconfigurando seu mecanismo decisório.

Entretanto, essa é a conduta, em sua grande maioria, dos agentes econômicos que, atrás de supremacia de conseqüente dominação do mercado, agrupam-se para anular a competição e eliminar as eficiências necessárias para o bem-estar econômico.

Partem da premissa de que a concorrência é prejudicial a competidores e, para quem “concorre”, o ideal é afastá-la.

Dentro, pois, do ideal estruturante da falha de mercado acima denominada de concentração econômica, é que se dá uma das infrações à ordem econômica qual seja, formação de cartel, assunto central do presente trabalho.

2. Cartéis: enfoque internacional

2.1 Conceito de cartel

A concorrência é necessária, na medida em que gera benefícios em diversos segmentos como, por exemplo, menores preços, maior quantidade, maior qualidade e diversidade de bens e produtos.

¹⁹ NUSDEO, Fábio, op. cit, p. 149.

Como consequência, a competição obriga seus participantes a investirem em tecnologias e melhorias, a fim de que seus produtos, entre os semelhantes que existem, sejam os escolhidos por quem os consome.

Dessa forma, a manutenção das falhas mercadológicas não somente é querida, mas impulsionada, muitas vezes, pelos próprios agentes econômicos, a fim de manter sua supremacia, sua posição dominante dentro do mercado.

É, pois, justamente, na manutenção de um *habitat* imperfeito de concorrência que muitos competidores buscam, através da celebração de acordos, regular ou neutralizar a força concorrencial de seu oponente. “A união entre agentes pode proporcionar um poder econômico tal que permite aos partícipes desfrutar de uma posição de indiferença e independência em relação aos outros agentes econômicos”²⁰.

Tais acordos, conforme já mencionado, compreendem, *lato sensu*, decisões de associações de empresas, práticas concertadas ou orquestradas, de caráter explícito ou implícito. São horizontais, quando celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante²¹, ou verticais, em mercados diversos, isto é, quando participantes de uma mesma cadeia produtiva decidem não competir²².

Assim, é através de políticas combinadas em torno de itens como preços, cotas de produção, distribuição e divisão territorial, que *players* tentam obter maior lucratividade, por meio de anulação da competição.

Por lesivos aos princípios constitucionais norteadores da concorrência (livre iniciativa e livre concorrência), tais acordos ganham *status* internacionais de ilicitude.

Na tentativa de conquista de posição monopolística e domínio de mercados, grupos de “competidores” celebram acordos, reduzindo a própria competição entre os mesmos. E, se tais acordos se referirem ao mesmo mercado relevante (acordos horizontais), estaremos diante dos *cartéis*.

Conforme a lição de Nelson de Andrade Branco e Celso de Albuquerque Barreto:

[...] o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira. [...] o Cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na

²⁰ FORGIONI, Paula. Op. cit, 1998, p. 321.

²¹ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 218.

²² FORGIONI, Paula. Op. cit, 1998, p. 323.

aquisição da matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, dessa forma, a eliminação do processo normal de concorrência²³.

Desse modo, entende-se por cartel todo acordo firmado entre concorrentes de um mesmo mercado, normalmente estabelecendo a redução da produção ou a fixação de preços.

No contexto da legislação nacional, um acordo que não restrinja a livre concorrência ou não produza os efeitos inseridos nos incisos do art. 20 da Lei 8.888/94 não será considerado ilícito, e como tal não haverá que se falar em cartel.

2.2 Internacional cartel

Sendo uma das modalidades de cartel, o internacional cartel caracteriza-se por acordos realizados em escala mundial; envolvimento de altos executivos no conluio; uso de associações e empresas fantasmas para acobertar transações; policiamento do acordo para que hajam de forma “honesta”, o que pode incluir a figura de um auditor; uso de esquema de compensação²⁴.

A primeira punição de cartel internacional foi em 1907, U. S v. American Tobacco. Uma das condutas imputadas foi o acordo entre empresas de cigarro norte-americanas e britânicas, que estabelecia que cada uma não atuaria no país da outra e dividiria o restante do mercado mundial entre as empresas.

Entretanto, o combate aos cartéis ganhou novo fôlego a partir dos anos 90, devido à crescente globalização do comércio, que facilitou a formação desses grandes acordos ilícitos internacionais.

Segundo Paulo de Tarso, ao comentar a difusão dos cartéis em razão do processo de mundialização da economia, o único meio de deter essa tendência “é o estabelecimento de condições que tornem o risco da descoberta de um cartel, portanto, o risco da punição mais alto que a probabilidade dos lucros excepcionais obtidos com a conduta colusiva”²⁵ (idem, ibidem).

²³ *Apud* FORGIONI, Paula, Op. cit. p. 323.

²⁴ SPRATLING, Gary. *Negotiating the waters of International Cartel Prosecutions – Agreements in International Cases – Speech presented in the Thirteenth Annual National Institute on White Collar Crime at The Western St. Francis Hotel, San Francisco, California, March 4, 1999*. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches_1999.htm>. Acesso em 3 jan. 2002.

²⁵ Idem, ibidem.

Todavia, o que se busca na presente estudo, não são as formas de punição dos cartéis internacionais, assunto secundário, mas averiguar se atuações dos cartéis, em especial os internacionais, afetam os objetivos macroeconômicos de política de concorrência, no Brasil, entendida aqui como instrumento de implementação de políticas públicas, desafio que passará a ser tratado.

3. A concorrência como instrumento de implementação de políticas públicas

Restou pacífico que as normas antitrustes não podem ser consideradas como regras isoladas de conduta concorrencial entre os agentes econômicos e seu possível abuso de poder. Vai além, ao determinar que tais normas mantêm uma conotação instrumental, isto é, correspondem em mecanismo de atuação do Estado para a realização e consecução de políticas públicas.

Na lição de Forgini, as normas antitrustes são, antes de tudo, “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência.”²⁶

Observa-se, assim, da referida lição, duas conclusões primordiais, ou seja, o Direito Econômico, mais especificamente, o Direito da Concorrência pode ser utilizado – e o é – como instrumento de uma determinada política. Outrossim, tal política não estará adstrita aos meandros discricionários do poder, uma vez que deve cumprir com a finalidade precípua de combate aos abusos do poder econômico. Em outras palavras, deve corresponder à materialização dos princípios econômicos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como os objetivos fundamentais traçados na Constituição Federal (Art. 3º).

3.1 Aspectos gerais – da experiência européia ao Brasil

Todo o processo de caracterização do Direito Concorrencial como instrumento de concretização de políticas públicas é decorrente da própria revisão do papel do Estado junto à economia.

A partir do início do século XX, a interferência do Estado passou de episódica para uma atuação organizada e sistemática. Era necessário colocar um freio aos abusos capitalistas ou, nas palavras de Eros Grau²⁷, necessário “defender o capitalismo das capitalistas”, razão pela qual a intervenção estatal ganhou contornos de licitude.

²⁶ FORGINI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 81.

²⁷ GRAU, Eros, *apud* FORGINI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 8.

Nesse ponto, interessante notar que:

[...] essa atuação do Estado, incentivada pela teoria econômica da época (principalmente pelas idéias de Lord Keynes) e mesmo pela Igreja Católica (pregando que ao Estado caberia promover o bem-estar social), transmuda-se em disciplina jurídica da atividade privada, com a implementação de políticas públicas.²⁸

O Estado passa a valer-se de regras jurídicas na realização de sua política econômica.²⁹

Assim, um dos primeiros diplomas legais a tratar da concorrência como instrumento de política econômica se deu em 1951, com o Tratado de Paris (que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA), ao estabelecer um mercado comum e a proibição, dentro desse mercado, de quaisquer práticas restritivas que tendessem à sua divisão (Art. 2º). Mais adiante determinou (Art. 5º) a garantia da concorrência como uma das funções da CECA.

Já nos Art. 65 e 66 do Tratado de Paris foram estabelecidos os efetivos instrumentos para a implementação da política conforme fixado nos primeiros dispositivos do diploma³⁰, ao vedar qualquer tipo de associações que tente impedir ou falsear o funcionamento normal da concorrência, considerando nulos tais acordos, proibindo-os de ser invocados perante qualquer órgão jurisdicional dos Estados-membros.

Constata-se, assim, o combate a cartéis como um dos objetivos gerais prosseguidos pelo Tratado, lançando as bases de uma filosofia comunitária antitruste ou, em outras palavras, uma filosofia comunitária de realização de política pública concorrencial.

Tal afirmação se confirma com o Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia – CEE, em 25.03.1957, que surgiu com o objetivo de reestruturar a economia dos países signatários do Tratado do continente europeu, destruído outrora pela Segunda Guerra Mundial.

Seguindo a tradição que se iniciou com o Tratado de Paris, a proteção da concorrência na Europa é vista como um instrumento de que as autoridades devem lançar mão para implementação da política e obtenção do fim maior proposto.³¹

²⁸ Op. cit., p. 79.

²⁹ COMPARATO, Fábio KONDER. O indispensável direito econômico. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1996. Cap. 3, p. 463-467.

³⁰ FORGINI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 85.

³¹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2000, p. 1036.

Assim, o direito da concorrência ganha uma nova postura e surge como política pública com orientação para uma economia de livre mercado capaz de atender aos objetivos traçados nos diplomas legais, em geral nas cartas constitucionais.

No Brasil, assim como em toda parte do mundo, a concorrência também se insere como medida de implementação de políticas públicas sociais. Não é demais citar os ditames constitucionais inseridos nos Art. 170 e 173 § 4º, ambos da Constituição Federal.

Outrossim, interessante notar que o Art. 1º, inciso IV, da Carta Magna estatui o princípio da livre iniciativa como sendo um dos princípios fundamentais a manutenção da República Federativa do Brasil.

Logo, identifica-se como finalidade central da legislação de defesa de concorrência, à luz dos objetivos e princípios constitucionais que fundamentam a República, estruturar a atividade econômica, assegurando-lhe um nível de concorrência e cooperação entre os agentes, capaz de promover o desenvolvimento econômico e social do país, cumprindo, dessa forma, com os objetivos consagrados no Art. 3º da Constituição Federal.

Por sua vez, o Art. 1º da Lei 8.884/94, parágrafo único já diz, por si só, a quem se destina a defesa da concorrência:

Art. 1º. Parágrafo único. “A **coletividade** é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.” (grifo nosso).

Tais dispositivos demonstram que, qualquer que seja a política pública desenvolvida pelo Estado (por exemplo, urbana ou agrária, nos termos constitucionais), deverá estar ciente de que o respeito aos princípios gerais são as linhas mestras de toda atividade estatal, condicionando, nesse aspecto, toda atividade particular.

Nesse sentido, tem-se a única ementa de Ato de Concentração (nº 34/95, de 30 de setembro de 1998) que, de forma expressa, analisa a atuação do CADE como mecanismo de aplicação de políticas públicas.

POLÍTICA PÚBLICA – CONDUTA INFRATIVA SOB JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA DE OUTRO ÓRGÃO GOVERNAMENTAL – INICIATIVA DO CADE – ADMISSIBILIDADE. O CADE, como ente integrante da Administração Pública e principal advogado da concorrência no Brasil, não pode e não deve ficar à margem de discussões quando esteja em jogo o *interesse da coletividade* ou a disciplina do mercado, independentemente da área envolvida, tais como na de privatização ou de Regulação ou Comércio Exterior. Na hipótese de o Tribunal Administrativo não ser provocado por qualquer

ente ou indivíduo que se sinta lesado por infração à ordem econômica, deve ele mesmo agir de modo próprio e acionar os demais órgãos de governo competentes para que tais práticas sejam questionadas e investigadas em suas implicações concorrenciais.³² (grifo nosso).

Trata-se, pois, de decisão proferida em razão de falhas acometidas no setor de medicamentos brasileiro, demonstrando, claramente, como o direito concorrencial pode se afigurar com o instrumento de consecução de políticas públicas.

Mais significativo se torna o conteúdo do próprio voto do Conselheiro-Relator, Mércio Felsky:

[...] acho oportuno, portanto, que o CADE continue envidando esforços no sentido de se somar aos diversos órgãos da Administração Pública e da sociedade civil envolvidos com a saúde e com a defesa da concorrência, para um esforço conjunto de ações que efetivamente respondam aos interesses públicos³³.

Nesse ponto, resta averiguar se há influência nas consecuições das políticas nacionais da existência de práticas anticoncorrenciais em nível internacional, no caso os cartéis.

4. Estudo de casos

4.1 Início das condenações por cartel - Cartel do aço

Antes de adentrar ao estudo específico dos cartéis internacionais e sua influência no mercado brasileiro, mister salientar que a experiência brasileira no combate à referida prática infrativa é recente.

O primeiro cartel efetivamente condenado, no Brasil, foi o cartel do aço. Refere-se ao Processo Administrativo nº 08000.015337/94, que investigou formação de cartel pelas empresas CNS, Usiminas e Cosipa, com o intuito de fixar preços de oferta no mercado de aço plano.³⁴

Ao término do processo, restou configurada a conduta colusiva de preços das empresas investigadas, visando a aumentar os seus lucros, enquadrando-se, pois, na conduta tipificada no art. 20, inciso I, c/c artigo 21, inciso I da Lei 8.884/94.

³² Idem, p. 1037.

³³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE. *Guia Prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil*. São Paulo: CIEE, 2000, p. 41.

³⁴ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. Relatório de Atividades 2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/noticias>>. Acesso em: 23 de out. 2003.

O CADE condenou os três maiores produtores de aço brasileiro ao pagamento de R\$ 51 milhões (1% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo), ficando a decisão como marco histórico dos órgãos antitrustes brasileiros ao combate dos cartéis. Entretanto, foi com o cartel internacional da lisina que a atuação brasileira ganhou contornos internacionais, tornando-se a primeira, e a mais exemplar atuação dos órgãos brasileiros face às condutas internacionalmente ilícitas.

4.2 Cartel Internacional da Lisina

O cartel da lisina funcionou de junho de 1992 a junho de 1995. As práticas mais comuns das empresas participantes eram fazer acordos em nível mundial sobre:

- a) os preços de lisina para ração animal, assim como seus incrementos;
- b) o volume de vendas de cada participante no mercado mundial;
- c) a forma e as datas para o anúncio dos preços.

Ademais, restou apurado que os representantes das empresas mantinham reuniões periódicas, durante os encontros da Associação Internacional de Produtores de Aminoácidos (AAMIA), a fim de definir se as práticas acima mencionadas estavam sendo cumpridas.

Desse cartel resultaram condenações impostas pelos Estados Unidos (aproximadamente 90 milhões de dólares) e União Européia (impôs multas superiores a 110 milhões de euros). Ressalta-se que, todas as empresas participantes do cartel eram não comunitárias, mas atuantes no mercado comum europeu.³⁵

4.2.1 Influências no Brasil

Analogicamente às condutas norte-americana e européia, o Brasil está somando esforços no combate do cartel da lisina, ou melhor, os efeitos gerados no mercado nacional com o cartel internacional.

Corresponde ao Processo Administrativo nº 08012.004897/00-23, em que é representante a SEAE/MF e representadas ADM Exportadora e Importadora S/A, Ajimoto Interamericana Ind. e Com. e Sumitomo Corporativo do Brasil S/A.

³⁵ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. Relatório de Atividades 2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/noticias>>. Acesso em: 23 de out. 2003.

Embora não houvesse unidades produtoras de lisina, no Brasil, a conduta entrou em análise pelo Sistema Brasileiro da Concorrência, na tentativa de se averiguar possíveis impactos desse cartel sobre os consumidores brasileiros.

Observou-se que, durante a operação do cartel internacional (junho de 92 a junho de 95), ocorreram importações de lisina no mercado nacional.

Em pesquisa realizada junto à Secretaria da Receita Federal, 98% do volume importado em 1995 (4.400 toneladas) tiveram sua origem identificada, demonstrando grande participação das Representadas (ADM e AJIMOTO), conforme o gráfico abaixo, elaborado pela SEAE.

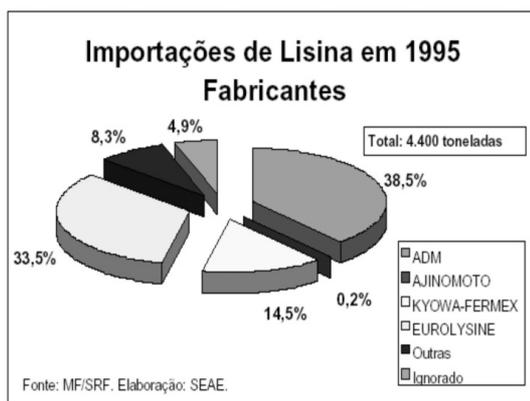


Figura 01: Importações de Lisina por firma Produtora (em quantidade)

Continuando sua análise econômica, a SEAE demonstra o faturamento dos fabricantes de lisina, decorrente de importações brasileiras, no ano de 1995. Conforme se infere do gráfico abaixo, do total de US\$ 10,7 milhões já apurados, aproximadamente US\$ 9,3 milhões foram gastos com o produto fabricado pelas empresas participantes do cartel.³⁶

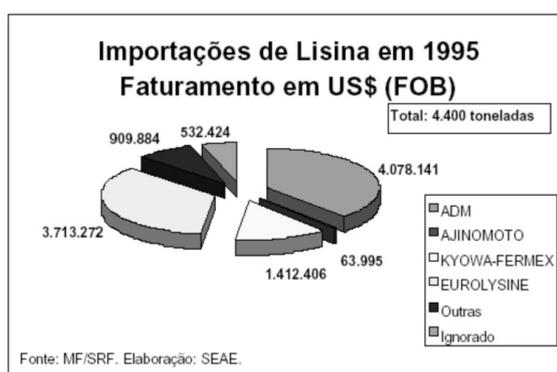


Figura 02: Importações de Lisina por firma Produtora (por faturamento)

³⁶ Idem.

Sendo o Brasil uma das áreas geográficas em que as empresas dividiram o mercado mundial, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, conclui que os consumidores brasileiros foram lesados no período em que ocorreu o cartel, uma vez que pagaram preços mais elevados do que os que vigorariam na ausência do cartel.

Desse modo, a SEAE recomendou

[...] a punição às representadas nos termos da Lei 8.884/94 por prática de cartel, que outrora restaram comprovadas em outras jurisdições e com efeitos no território nacional, uma vez que as representadas, na condição de subsidiárias e distribuidoras exclusivas das firmas do cartel tinham atuação direta no mercado interno, vendendo aos consumidores nacionais o produto fabricado pelo cartel, a preços superiores aos que vigorariam na ausência deste acordo.³⁷

Vale salientar que a conclusão da SEAE é apenas recomendativa, ou seja, tem apenas função auxiliar no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não podendo emitir decisões de cunho vinculativo, tarefa que compete ao CADE, após análises instrumentais realizadas pela SEAE e SDE.

Até o presente momento, não restou proferida decisão definitiva pelo CADE. Espera-se, ao menos, que as recomendações da SEAE sejam mantidas quando de decisão final, afirmando assim o caráter instrumental do direito da concorrência como política pública, bem como a possibilidade de efeitos negativos nessas políticas, quando influenciadas por cartéis internacionais.

4.3 Cartel das vitaminas

Caracterizado como um dos maiores cartéis internacionais da história, o cartel de vitaminas foi um dos mais duradouros e prejudiciais cartéis já investigados pela Divisão Antitruste norte-americana, lesando bilhões de dólares do comércio internacional, de 1990 a 1999.

O conluio envolveu altos executivos e recrutou poderosas empresas, ao todo sete: duas suíças, uma canadense, uma alemã e três japonesas, que formaram cartel, negociando e dirigindo suas atividades.

As empresas Hoffmann – La Roche e BASF acertaram, com outras grandes do setor de vitaminas, a eliminação da competição, nos Estados Unidos e em outros lugares do mundo. As acusações foram:

³⁷ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. Relatório de Atividades 2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/noticias>>. Acesso em: 23 de out. 2003.

- a) fixar e aumentar preços das vitaminas A, B2, B5, C, E, ácido fólico, betacaroteno e carotenóides;
- b) determinar o volume de vendas e divisão de mercados;
- c) dividir os contratos de fornecimento de vitaminas e contratos de licitações.

O cartel contava com um sistema rigoroso de controle da aplicação de seus acordos, com reuniões regulares para o acerto das condutas, sendo que em uma dessas reuniões, no Havaí, o Departamento de Justiça norte-americano conseguiu obter provas para punir o comportamento anticompetitivo das empresas em mais de US\$ 1 bilhão, tendo também condenado altos executivos à prisão.

4.3.1 Influências no Brasil

Em parecer técnico, a SEAE encaminhou ao CADE proposta de penalização de empresas farmacêuticas por participação no cartel das vitaminas.

Para a Secretaria de Assuntos Econômicos, as empresas F. Hoffmann – La Roche Ltda, Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A, Basf S/A, Aventis Animal Nutrition, Brasil Ltda e Rhône-Poulenc Anima Nutrition, causaram fortes impactos no mercado brasileiro, quando da importação dos diversos tipos de vitaminas das empresas participantes do cartel internacional.

Segundo relatório da SEAE,

Na América Latina, à época do cartel, havia apenas uma planta da Basf para síntese de vitamina B5, sendo todos os demais produtos importados. As empresas participantes do cartel chegaram a importar 80% do total de importações das vitaminas A e E. No caso das outras vitaminas estima-se que a participação seja semelhante.³⁸

Assim, a exemplo do processo contra as empresas de lisina, foi através da análise do setor importador que se concluiu, no caso das vitaminas, que o consumidor brasileiro foi afetado pelo ilícito internacional. Logo, recomendou-se a punição dos envolvidos.

Entretanto, até o presente momento aguarda-se manifestação do órgão responsável, CADE.

³⁸ Idem.

Considerações Finais

O Direito da Concorrência surgiu com a finalidade de evitar os efeitos auto-destrutíveis do mercado – as crises capitalistas – protegendo a livre concorrência.

Hodiernamente, pelo seu poder de conduzir o mercado, aditou-se àquela concepção de Direito da Concorrência o entendimento de ser um instrumento de política pública, de que lança mão o Estado para direcionar o sistema econômico.

E, constatada a interação existente entre os sistemas econômicos mundiais, fato corroborado pelo processo de globalização, é imperioso afirmar que influências existem sim, no campo nacional, quando da constatação de cartéis internacionais.

Ora, “os cartéis provocam distorções no comércio internacional. As regiões consumidoras dos produtos cartelizados são naturalmente perdedoras, ao terem seus termos de troca deteriorados.”³⁹

Desse modo, a partir do momento em que é detectada a existência de um cartel internacional e, por conseguinte, venha a sofrer a devida repressão, nas mais diversas modalidades, segundo os mais variados sistemas de controle antitruste diretamente os mercados em que atuava será, em certa medida, beneficiado, restabelecendo-se os ditames da livre concorrência.

Na lição de Danile Goldberg uma política pública consistente “deve ser capaz não só de alocar recursos de forma a gerar a maior quantidade possível de benefícios à sociedade, como também distribuir esses benefícios de forma equitativa.”⁴⁰

Pois bem, na negação desse argumento, ou seja, dessas duas variáveis – quantidade e distribuição equitativa de benefícios — encontram-se os próprios efeitos de um mercado cartelizado, onde o que menos existe será a preocupação com a quantidade, nem tão pouco com a distribuição dos benefícios de modo equitativo à sociedade, exceto, é claro, aos seus próprios agentes econômicos.

Os agentes econômicos visam a seus lucros. Entretanto, esse objetivo nem sempre coincide com o interesse público. Nesse caso, o Estado, mais do que buscar uma forma ideal de arranjo do mercado, passa a controlar a conduta do agente econômico e, em conseqüência, dirigindo e impulsionando o próprio sistema econômico.

Certo, pois, que independente do lugar em que ocorrer o antitruste, em havendo prejuízos locais, os mesmos devem ser devidamente compensados, de forma a assegurar a todos existência digna, reforçando a coesão social e, principalmente, fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

³⁹ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54.

⁴⁰ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Relatório de Atividades 2002*. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/sde>>. Acesso em: 14 de outubro de 2003.

REFERÊNCIAS

- CAMPELLO, Dyle. *O Direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro, 2001.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CARVALHO, Leonardo Arquimino. *Direito antitruste & relações internacionais*. Curitiba: Juruá. 2001.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA -CADE. *Guia Prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil*. São Paulo: CIEE. 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva. 1996. Cap. 3.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da concorrência*. São Paulo: Singular. 2000.
- NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record. 2000.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Dogmática Jurídica e Lei 8884/94. *Revista Discendente-UFRJ*. Disponível em: <<http://www.nuca.ie.ufrj.br>>. Acesso em: 10 abr. 2005.
- SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Relatório de Atividades 2002*. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/sde>>. Acesso em: 14 de outubro de 2003.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.