

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#)

A indesejável punição da eficiência

Cade não comportará o número de inquéritos que serão abertos se o PL 4.063/2019 for convertido em lei

Em equivocada hora, um Deputado Federal, munido certamente de intenções nobres e elogiosas, apresentou o Projeto de Lei 4.063/2019, que acrescenta o § 4º ao art. 36 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC): “Sempre que uma empresa ou grupo de empresas controlar um terço ou mais de mercado relevante, será instaurado inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica por parte desta empresa ou grupo de empresas, sem prejuízo de outras ações de defesa da concorrência”.

Lembremos que o art. 36 da LDC é o que trata das condutas contrárias à livre concorrência e consequentemente passíveis de sanções. Aliás, o seu § 1º registra uma (aparente?) incompatibilidade com o texto proposto ao dizer: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”. O aludido inciso fala em “dominar mercado relevante de bens ou serviços”.

A ideia que transparece na redação do § 1º é a de que o crescimento orgânico não pode constituir infração; nesta situação, a empresa cresce porque é melhor, mais eficiente, mais competente, etc., e não porque pratica qualquer espécie de infração. Temos muitos exemplos de empresas e empresários bem sucedidos.

Todavia, o que o Projeto de Lei aqui comentado terá como consequência, se transformado em lei, é fazer com que o crescimento – qualquer crescimento – de qualquer empresa, ainda que orgânico e fundado na eficiência, seja considerado possível infração se a participação no mercado relevante ultrapassar um terço. Entretanto, no regime capitalista o que a maior parte das empresas e dos empresários quer é o crescimento. E não pode haver penalização ou desestímulo para a eficiência. Não se pode sinalizar que não é importante cortar custos, usar novas tecnologias, criar empregos, etc.

Dir-se-á que o Projeto de Lei aqui comentado determina apenas a abertura de Inquérito Administrativo e não constitui condenação apriorística. No entanto, a simples abertura de um Inquérito Administrativo já constitui um pesado ônus para qualquer empresa face não só à necessidade de contratação de advogados como também ao trabalho de preparação de informações a serem fornecidas. Mais ainda, as empresas eventualmente precisam criar contingências contábeis, o que constitui ônus financeiro. A tudo isso deve ser acrescentado o ônus do acompanhamento; a experiência indica que isso por vezes dura anos.

Enfim, a consequência prática será a conversão da eficiência em mais uma forma de infração contra a ordem econômica.

Pior ainda, o texto contém flagrante inconstitucionalidade; de fato, estabelece o § 4º do art. 173 da Constituição Federal: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Assim, para que a dominação de um determinado mercado seja objeto de investigação, é fundamental que se demonstre previamente a existência de um abuso do poder econômico (ou, na linguagem da LDC, infração da ordem econômica).

Há ainda uma dificuldade prática de enorme importância. A estrutura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, já tão assoberbada, não comportará o número de inquéritos administrativos que deverão ser abertos se este Projeto de Lei for transformado em lei. Embora não haja estatísticas oficiais para se saber em quantos e quais mercados relevantes há empresas dominantes com mais de um terço de participação, a estimativa se demonstra assustadora para a estrutura do órgão.

Imagine-se, por exemplo, um supermercado de bairro que seja considerado único ou que tenha um ou dois concorrentes e, por essa característica, tenha contra ele aberto Inquérito Administrativo no Cade. É até difícil calcular de quantos mercados e de quantas situações estamos tratando. Fica também difícil calcular a dimensão da verdadeira avalanche de denúncias que chegarão ao Cade para que sejam abertos inquéritos. Estes, face ao acúmulo, vão demorar períodos de tempo incalculáveis, onerando não só as empresas eficientes – que precisarão fazer o acompanhamento e ficar permanentemente à disposição da autoridade para prestar informações – como também a própria organização estatal encarregada das investigações.

Por este motivo, é muito importante que este Projeto não prospere.

Artigo publicado no site de informações Jota em 5 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-indesejavel-punicao-da-eficiencia-05092019