

**A nova lei de defesa da concorrência brasileira: comentários sob uma perspectiva
histórico-institucional**

**The new Brazilian Competition Law: comments under a historic and institutional
perspective**

**Vinicius Marques de Carvalho
Ticiane Nogueira da Cruz Lima**

Resumo: Partindo do pressuposto de que a concorrência não é um fenômeno uniforme e a-histórico, o artigo analisa a evolução histórica e institucional do direito da concorrência com enfoque nas mudanças ocorridas no cenário brasileiro. A análise procura contextualizar a nova lei de defesa da concorrência nesse processo, explicando os principais avanços institucionais da reforma recente.

Palavras-chave: concorrência, Lei 12.529/2011, história do direito concorrencial e institucionalismo.

Abstract: This article analyses the historical and institutional evolution of competition laws with a view of competition as an ever changing phenomenon. Focus is given to the Brazilian experience. The recent legislative reform is explained through a historical perspective as the authors expose the main institutional improvements that the new law brings about.

Key words: competition, Law 12.529/2011, history of competition law and institutionalism.

1. Introdução: direito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro

Como aponta Comparato, “A Constituição [...] declara que a ordem econômica deva assentar-se, conjuntamente, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. E assinala que o objetivo global e último dessa ordenação consiste em ‘assegurar a todos

existência digna, conforme os ditames da justiça social' (art. 170, caput)"¹. É em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os princípios expressos no art. 170, dentre os quais está o princípio da livre concorrência.

De um lado, liberdade pode ser associada à possibilidade de autodeterminação, ou, como sugere Eros Grau, trata-se da sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonegado². Por sua vez, a noção de concorrência abriga a ideia de luta, de competição em busca de vantagens, geralmente econômicas. Como sugere Pontes de Miranda: *"concorrer é tentar abrir caminho, ou alargá-lo; quem o alarga demais, crescentemente, tira espaço a quem concorria, ou poderia concorrer. A luta conta os monopólios inspira-se na necessidade de evitar ou de desfazer resultados da intensificação da concorrência, que pode negar o princípio de livre concorrência, ou da própria atividade pré-eliminadora da concorrência. Na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado"*³.

No entanto, importante ressaltar, que a concorrência não é um fenômeno uniforme e a-histórico. A sua intensidade depende de uma série de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais. A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial do século XIX de estrutura atomística e fluida. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência.

2. A evolução histórica do direito da concorrência

¹ "Regime Constitucional de Controle de Preços no Mercado". In: Revista de Direito Público, v. 97, 1991, p. 19.

² *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2004, p. 185.

³ *Tratado de direito privado*. Tomo XVII (Parte Especial). 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 179-180.

Se, para a economia clássica, o mercado apresentava-se como um processo de interação entre sujeitos privados regulado pelo pressuposto da concorrência perfeita, com o aperfeiçoamento dos mecanismos de intervenção do Estado, que caminhou *pari passu* com o movimento de concentração do capital, o mercado perde seu caráter de instituição livre. Tais mecanismos envolvem tanto medidas de cunho generalizante e global para o desenvolvimento do mercado, como ações específicas de bem-estar social para a obtenção de determinados resultados.

O conjunto das técnicas e instituições de intervenção estatal se aperfeiçoou exatamente para responder às novas tarefas que se apresentavam ao Estado. No sistema de economia política clássico, reservava-se ao Estado funções negativas em relação ao bem-estar social. O interesse público decorria da capacidade do Estado para realizar a missão de garantir o sistema de “livre mercado”, cuja prevalência asseguraria o equilíbrio econômico e social. Já no Estado pós-liberal, o principal objetivo da política econômica era a expansão da renda nacional e o desenvolvimento das forças produtivas por meio da ação propulsiva do Estado. Como afirma Comparato, em estudo pioneiro sobre o direito econômico no Brasil, “a ação do Poder Público com vistas à expansão procura atingir as próprias estruturas do sistema econômico, no sentido do seu aperfeiçoamento, ou mesmo de sua transformação, como é o caso notadamente em países subdesenvolvidos”⁴.

Nesse contexto, o mercado, enquanto instituição social, passou a ser entrecortado por uma série de objetivos de políticas públicas. Seus atores estariam subordinados a estratégias de ação pública que dificilmente consideravam os ditames da livre iniciativa e da busca do equilíbrio. Ao contrário, a própria expansão da idéia de desenvolvimento foi absorvida no debate econômico pelo aperfeiçoamento de processos de desequilíbrio. Estes eram gerados pela inovação técnica promovida por setores econômicos estimulados por políticas industriais, ou por choques de expansão na oferta de bens e serviços que desencadeavam uma onda de investimentos e direcionavam a expansão econômica.

Embora se destinem quase exclusivamente a um estudo da economia americana, as análises de John Kenneth Galbraith⁵ podem, em alguns aspectos, serem úteis às considerações de ordem mais geral feitas no presente artigo. É que para Galbraith, a causa

⁴ “O Indispensável Direito Econômico”. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo: Forense, 1978, p. 464.

⁵ GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 38-39.

das transformações na postura do Estado frente à organização econômica e ao mercado deriva da decadência de uma teoria do capitalismo, mais especificamente, do sistema de economia clássica construído em fins do século XVIII e durante o século XIX, principalmente na Inglaterra.

Na economia estruturada com base nesse sistema, todos os estímulos incitavam ao emprego de homens, capital e recursos naturais para produzir com a máxima eficiência o que a população mais desejava. O pressuposto básico para alcançar os melhores níveis de eficiência fundava-se na inexistência ou irrelevância do poder econômico privado. Restaria ao Estado o papel “insignificante” de garantir esse requisito. Diz-se insignificante porque, apesar de conter um componente normativo, o caráter pouco ameaçador do poder econômico era visto como regra geral, decorrência automática do ambiente concorrencial que prevalecia na vida econômica. Dessa forma, como havia uma coincidência, para a teoria clássica, entre o pressuposto fático e normativo, não eram exigidas maiores intervenções do Estado.

O cenário começa a mudar a partir do questionamento teórico da economia clássica, formulado principalmente por John Maynard Keynes. Para ele, a teoria econômica liberal (do *laissez-faire*) era de uma simplicidade e beleza tão grandes que frequentemente se desprezava o fato de ela não decorrer da realidade, mas de uma hipótese incompleta formulada com a finalidade de simplificação. Segundo Keynes, a idéia de que os indivíduos que agem de maneira independente para seu próprio bem produzem maior volume de riqueza estava assentada em pressupostos irrealistas. Isso ocorre porque os economistas geralmente postergam a discussão das complicações que surgem: (i) quando as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo; (ii) quando ocorrem custos indiretos e conjuntos; (iii) quando as economias internas tendem à concentração da produção; (iv) quando o tempo necessário para os ajustamentos é longo; (v) quando a falta de informação impera e (vi) quando os monopólios e os cartéis interferem no equilíbrio dos negócios. Enfim, os economistas guardam para um estágio posterior a sua análise dos fatos reais. Como afirma Keynes, “muitos dos que reconhecem que as hipóteses simplificadas não correspondem precisamente aos fatos concluem, apesar disso, que elas

representam o que é ‘natural’ e, portanto, ideal. Eles consideram saudáveis as hipóteses simplificadas, e doentias as demais complicações”⁶.

Todo o contexto descrito acima insinua que a intensificação da atuação do Estado na órbita econômica esteve associada ao questionamento não apenas teórico, mas acentuadamente prático, do que Galbraith convencionou chamar de *modelo baseado na concorrência*. No âmbito da economia real, observou-se um processo de concentração e internacionalização do capital que aumentou as formas assimétricas de desenvolvimento do capitalismo. Um número cada vez menor de grandes companhias passou a responder por uma parte substancial de toda a atividade industrial. A força desse processo era tanta que se verificou uma reviravolta na teoria econômica: a concentração de capital, que deveria ser exceção, virou regra ou, pelo menos, tendência do desenvolvimento capitalista. Como atesta José Luis Fiori, “o inquestionável movimento real do capital que, concentrando-se e centralizando as decisões por meio de movimentos cíclicos periódicos, oligopoliza a estrutura produtiva de forma crescente, altera as regras de competição e amplia a intervenção estatal na economia”⁷.

Como exemplo da criação de condições institucionais específicas tendentes a moldar o comportamento individual e de intervenção do Estado nos padrões de acumulação econômica podemos citar a própria experiência norte-americana durante o surgimento e depois na aplicação da legislação concorrencial.

O *Sherman Act* foi produto de debates políticos intensos sobre as melhores formas de controlar a aceleração da concentração econômica principalmente nos setores de telecomunicações e ferrovias, no final do século XIX, promovida pelas grandes corporações econômicas e disciplinadas por meio de um instrumento contratual chamado *trust*. Por meio desse instrumento viabilizava-se a dissociação, já aqui mencionada, entre detenção da riqueza e controle sobre ela. Tal processo era visto como ameaçador do desenvolvimento econômico e até político da nação, como o próprio Senador Sherman afirmou: “Nós temos falado apenas das razões econômicas que proíbem o monopólio; mas há outras, baseadas na crença de que grandes indústrias são inerentemente indesejáveis, à

⁶ KEYNES, John Maynard. “O Fim do Laissez-Faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). *John Maynard Keynes*. Coleção Os Grandes Cientistas Sociais, vol. 6. São Paulo: Ática, 1984, p. 117.

⁷ FIORI, José Luis. *Vôo...* Op. cit., p. 48.

parte os resultados econômicos”. Além disso, “a concentração excessiva de poder econômico gera pressões políticas antidemocráticas”.

O *Sherman Act* proibia contratos e combinações que restringissem o comércio e também as tentativas de monopolização de setores econômicos. Com base nessas regras, algumas decisões importantes foram tomadas pela Suprema Corte ainda nos primeiros anos de vigência da lei, entre elas a divisão da *Standard Oil* em trinta e quatro empresas e o desmantelamento da *American Tobacco*. Sem contar a decisão no caso *Dr. Miles v. Park & Sons*, em 1911, que tornou a conduta de fixação de preço de revenda um ilícito condenável *per se*.

A aplicação da lei concorrencial nos EUA durante o século XX esteve sujeita às mudanças de orientação da atuação do Estado na economia. Após esse início precursor, nota-se uma retração no período entre 1915 e 1936, decorrente de dois fatores: (i) o estímulo a uma cultura associativista entre Estado e setor privado reinante durante a 1ª Guerra; (ii) e a Crise de 1929, que gerou a promulgação do *National Industry Recovery Act*, instrumento francamente inibidor da concorrência.

De 1936 a 1972 a política de defesa da concorrência atingiu seu auge em termos de intervenção econômica, usando como instrumental de análise a teoria estruturalista, fundada pela Escola de Harvard, que praticamente identicava a existência de poder de mercado como condicionante primordial para a presença de efeitos anticompetitivos. A Escola de Harvard encontrava-se em sintonia com as primeiras intervenções do direito concorrencial norte-americano, que elegiam o poder econômico como empecilho para o desenvolvimento do próprio sistema capitalista. Conferia-se ênfase à análise estrutural do mercado. O comportamento das empresas era visto como uma resultante da estrutura do mercado em que ela estivesse inserida. Ou seja, a existência de um poder econômico pronunciado exigia da autoridade antitruste uma atuação rigorosa em defesa da concorrência. Como afirma Calixto Salomão Filho, para a escola estruturalista “em uma indústria concentrada, as firmas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, *know-how* escasso e diferenciação dos produtos”⁸. Nessa estrutura, em que há poucos vendedores no mercado, há uma diminuição dos custos e das dificuldades de atuação em conjunto, o que

⁸ *Direito Concorrencial: as Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 18.

proporciona acordos tácitos ou explícitos entre as empresas com objetivos de redução da produção e aumento de preços.

De 1973 a 1991, o elevado nível de ativismo antitruste, atraiu muitas críticas e fez emergir uma reação que, do ponto de vista teórico, lastreou-se na chamada Escola de Chicago, para quem a eficiência produtiva era o valor a ser buscado pelo sistema econômico, pois é ela que levava ao interesse público, entendido como bem-estar do consumidor⁹. A concorrência transformava-se em valor subjacente e instrumental, facilmente colocado em segundo plano. Nas situações em que não havia esta coincidência entre os dois valores – eficiência e concorrência - é a primeira que deveria prevalecer, pois causaria uma redução de custos a ser repassada aos preços. Para essa perspectiva, o processo competitivo é considerado como motor da eficiência, na medida em que o domínio do mercado é um resultado da superioridade em eficiência, invertendo-se a causalidade estrutura-conduta-desempenho defendida pela Escola de Harvard.

Nota-se que o período de ascesão dessa abordagem coincide com o momento em que os EUA se viam mais vulneráveis à concorrência de empresas internacionais, principalmente japonesas, que passavam a dominar o mercado interno americano. Tal circunstância foi decisiva para garantir vigor à estratégia de impulsionar grandes concentrações visando assegurar ganhos de escala e maior eficiência produtiva.

3. Cenário Brasileiro

No caso brasileiro, a análise sobre a organização histórica da intervenção do Estado na organização das relações econômicas se reflete na história legislativa referente ao papel desempenhado pela defesa da concorrência nesse processo.¹⁰

No período colonial, a relação de Portugal com o Brasil era eminentemente fiscalista, limitando-se à utilização do poder da metrópole para a imposição de impostos à

⁹ Essa associação entre eficiência produtiva e bem-estar do consumidor é considerada uma das maiores fragilidades da Escola de Chicago, na medida em que se parte do pressuposto de que há uma transferência automática aos preços da redução de custos proporcionada pelos ganhos de eficiência, como se ela fosse ínsita à racionalidade do monopolista. Para uma crítica detalhada ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as Estruturas*. Op. cit., p. 19 e ss.

¹⁰ Para um aprofundamento sobre o tema ver FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. Cap. 2.

colônia. Com a vinda de D. João VI e a transferência da Corte portuguesa para o Brasil teve início uma série de iniciativas que acabariam por fomentar o desenvolvimento do país, dentre as quais pode-se mencionar a abertura dos portos, a fundação do Banco do Brasil e a liberação da manufatura e indústria, revogando-se o Alvará de 5 de janeiro de 1785, que proibia sua instalação na colônia.

Embora a independência do Brasil tenha ocorrido sob os auspícios de lojas maçônicas, que tinham como finalidade, dentre outras, o estímulo ao livre comércio sob um regime liberal, isso não impediu que a crescente influência da aristocracia agrária no governo imperial conseguisse assegurar para si uma série de privilégios, principalmente por meio das tarifas alfandegárias.

A referência expressa à liberdade econômica aparece pela primeira vez de modo exposto na Constituição brasileira de 1934, em seu artigo 115, prevendo que a ordem econômica seria organizada conforme os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional, possibilitando a todos a existência digna, limites dentro dos quais seria garantida a liberdade econômica. As limitações à liberdade dos agentes econômicos decorriam da necessidade de fazer frente à crise econômica que teve início com a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929.

Na Constituição Federal de 1937, o primado da iniciativa privada foi colocado de maneira mais explícita no artigo 135, ressaltando-se, no entanto, a possibilidade de intervenção estatal para suprir as deficiências da iniciativa individual e para coordenar os fatores de produção, de modo evitar ou resolver os seus conflitos.

Por outro lado, o artigo 141 da Constituição de 1937 estabeleceu o princípio da proteção à economia popular, fundamentando a edição do decreto-lei 869, de 1938, que tipificou, pela primeira vez, algumas condutas como o açambarcamento de mercadorias, a fixação de preços mediante acordo entre empresas e a venda abaixo do preço de custo.

Em razão da previsão de que a intervenção do Estado na economia se daria de maneira apenas subsidiária, o decreto-lei 869 teve efeitos apenas na repressão de fraudes contra o consumidor, tendo pouca influência na defesa da concorrência.

O decreto-lei 7.666, de 1945, foi o primeiro texto normativo a tratar as infrações à ordem econômica como infrações administrativas e não penais (como o fazia o decreto-lei 869) e o primeiro documento brasileiro a estabelecer a necessidade de autorização de um

órgão administrativo, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica - Cade, para a realização de certos atos empresariais, como a formação, incorporação, transformação e agrupamento de empresas, ajustes e acordos que produzissem ou pudessem produzir os efeitos de aumentar o preço de venda dos produtos daquelas empresas, suprimir a liberdade econômica ou influenciar o mercado de modo a estabelecer um monopólio.

Adotado no Governo Vargas, por iniciativa de seu Ministro Agamenon Magalhães, num contexto de discurso nacionalista de proteção do capital e do mercado brasileiros contra ataques de cartéis e o abuso do poder econômico internacional, o decreto-lei 7.666 foi fortemente combatido e revogado logo após a saída de Getúlio Vargas.

Em que pese a revogação do decreto-lei 7.666, a repressão ao abuso de poder econômico ressurgiu no artigo 148 da Constituição brasileira de 1946, que dispunha que a lei deveria reprimir qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive a união ou agrupamento de empresas de qualquer natureza, que tivesse por finalidade a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

Durante a vigência da Constituição de 1946, foram aprovadas a lei 1.521, de 1951, que atualizava os dispositivos então vigentes relativos aos crimes contra a economia popular, incluindo algumas disposições que se relacionam à defesa da concorrência, como a vedação da prática de preços predatórios e o acordo entre empresas com o objetivo de dificultar ou impedir a concorrência, e a lei 4.137, de 1962, que regulamentou o artigo 148 da Constituição e criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

A lei 4.137 separou a proteção da concorrência da proteção da economia popular e do abastecimento, realizada pela lei 1.521 e pelas normas que criaram a Superintendência Nacional de Abastecimento - Sunab, as Leis Delegadas 4 e 5. No tocante ao controle de estruturas, a lei 4.137 previa que deveriam ser submetidos à aprovação do Cade os atos, ajustes, acordos e convenções entre empresas que tivessem por efeito a diminuição do grau de concorrência no mercado.

Em razão das dificuldades causadas pela redação da lei 4.137, que adotou uma definição bastante restritiva das infrações, bem como pelos fatos de que a atuação do Cade durante o seu período de vigência se caracterizou por surtos de atividade intermitentes e de que liminares e sentenças judiciais limitaram ou anularam a efetividade das decisões

tomadas pelo órgão, em que pese os avanços trazidos pela lei para a defesa da concorrência, esta não conseguiu produzir um efetivo controle do abuso do poder econômico.

Após a Constituição Federal de 1988, o Governo Collor, dando seguimento à sua tentativa de implementar a abertura de mercado e a liberalização da economia nacional, sentiu a necessidade de um instrumento normativo que pudesse reprimir os abusos de poder econômico em um mercado que deveria, a partir de então, se auto-regular. Com essa finalidade foi adotada a lei 8.158, de 1991, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE com o propósito de apurar e propor as medidas cabíveis para corrigir o comportamento de empresas que pudesse afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Com o auxílio da SNDE, a atuação do Cade ganhou nova importância, com a adoção de decisões técnicas em casos de grande repercussão. Esse movimento seria prejudicado, no entanto, com o enfoque dado ao combate aos “lucros abusivos” das empresas a partir de 1992.

Sobreveio, em 1994, a lei 8.884, que transformou o Cade em autarquia federal, dotando-o de orçamento próprio, implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, caracterizado pela atuação coordenada da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e do Cade, consolidou e modernizou a definição das infrações à ordem econômica e aumentou a importância da atuação da análise de atos de concentração econômica, dotando os órgãos com ferramentas mais eficazes para sua atuação.

A existência formal de uma legislação antitruste no Brasil desde pelo menos a década de 1960 não impediu que o desenvolvimento econômico brasileiro se constituísse em torno das seguintes características: (i) elevada concentração econômica e produção voltada para o exterior; (ii) dependência estrutural da economia em relação ao poder econômico; (iii) industrialização baseada no incentivo à grande empresa brasileira de capital nacional ou estrangeiro; (iv) surgimento do mercado interno apenas com a urbanização e industrialização; e (v) preponderância de estratégias de atuação concertada entre Estado e setor empresarial.

A intervenção do estado da economia foi parte integrante de um padrão de desenvolvimento capitalista cujos constrangimentos mais importantes eram o caráter incipiente do setor privado nacional e os laços de dependência estrutural em relação ao centro capitalista mundial. Trata-se, portanto, de um elemento indissociável do conjunto de fatores que define o quadro histórico-estrutural específico no qual se dá o processo de desenvolvimento da sociedade nacional¹¹. Daí a importância de sediar a discussão sobre políticas de controle do poder econômico na realidade sócio-econômica e institucional de cada país.

No Brasil a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementaridade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento das agências de regulação. O discurso da *retirada do Estado* dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal.

Tendo como pressuposto que a lei antitruste é fundamentada por uma idealização constitucional do funcionamento do mercado, que é orientada pelos princípios constitucionais da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor, garantir a livre concorrência deixa de ser um fim em si, mas um meio para se obter resultados benéficos que a ela se associam, e que são fundamentados por princípios constitucionais.

Surge um novo reequilíbrio entre as funções de poder compensatório, regulação e defesa da concorrência, que não passa despercebida e sem provocar tensões institucionais.

Nesse novo equilíbrio, o sistema de defesa da concorrência talvez seja o exemplo mais contumaz de uma política pública com incidência nas relações econômicas em que prevalece o caráter residual, reativo e eventual, típico de situações de estímulo ao processo adaptativo. Por meio dele é possível encontrar atalhos institucionais indutivos, menos custosos socialmente e adaptáveis a momentos históricos específicos.

Esse aprendizado recente em termos de *enforcement* concorrencial tem garantido espaço razoavelmente amplo para a defesa da concorrência, inclusive nos dias atuais. Foi

¹¹ABRANCHES, Sérgio Henrique. “Empresa Estatal e Capitalismo: uma Análise Comparada”. In: MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977, p. 8.

nesse contexto histórico-institucional que se iniciaram, em 2004, os debates legislativos que resultaram na aprovação, em 05 de outubro de 2011, do novo marco legal da defesa da concorrência no Brasil: a lei 12.529.

4. O novo SBDC como um desenho institucional¹² mais eficiente para a implementação da política brasileira de defesa da concorrência

A lei nº 12.529 introduziu profundas alterações no SBDC. Tais alterações foram abrangentes, e envolveram não só a mudança no desenho institucional do SBDC, como também modificações substanciais nas suas principais áreas de atuação: a análise de estruturas, a análise de condutas e o exercício da advocacia da concorrência.

Conforme se pretende demonstrar, essas modificações inauguram uma nova fase na implementação da política de defesa da concorrência brasileira.

Primeiro, porque a lei 12.529/11 consolida avanços no que tange à implementação dessa política no âmbito do SBDC propriamente dito. Aqui, trata-se tanto dos avanços que se deram na esfera institucional, como no que diz respeito a questões de direito material que eram objeto de discussões frequentes no regime da lei 8.884/1994.

Segundo, mas não menos importante, porque a nova lei abre novos caminhos para que a política brasileira de defesa da concorrência seja cada vez mais pensada para além da esfera exclusivamente administrativa, com uma maior coordenação entre a repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e, o que ainda é mais incipiente no Brasil, também na esfera civil.

Não é difícil perceber que a nova lei introduz avanços institucionais relevantes no SBDC. As mudanças são claras e significativas. Contudo, também é preciso reconhecer que a tarefa de avaliar um novo desenho institucional não é fácil. Ela pressupõe, antes de tudo, alguma reflexão sobre as finalidades das instituições enquanto instrumentos para o exercício da função pública.

Nesse sentido, é útil ter em mente que a opção por um dado desenho institucional costuma ser o resultado de escolhas entre as diferentes formas de concretizar e harmonizar três grandes objetivos fundamentais: promover o adequado e eficiente cumprimento da

¹² Fala-se, aqui, em desenho institucional não apenas no seu aspecto estático, i.e. como a opção por uma determinada estrutura administrativa, mas também tendo em vista seu aspecto dinâmico, i.e. abrangendo a escolha do regime processual que rege e disciplina sua atuação.

função pública, controlar o exercício da atividade estatal em vista do respeito aos direitos e garantias individuais e legitimar a atuação estatal face às necessidades de interferência dos indivíduos no desempenho da autoridade.

Embora tenham igual importância para a conformação de um bom desenho institucional, nem sempre é fácil harmonizar a consecução desses três objetivos. Como é de se esperar de um processo de escolha, por vezes a opção entre uma ou outra forma (e medida) de concretização desses objetivos envolve a tentativa de conciliação de interesses contrapostos. O novo desenho institucional do SBDC não foge a essa regra, como demonstram as várias modificações pelas quais passou ao longo do processo que culminou com a sua conformação.

O fato é, conforme se verá, que o desenho institucional do SBDC é um exemplo de resultado bem sucedido desse processo de escolhas. Os debates em torno do projeto contaram com a participação de toda uma geração de advogados, economistas, agentes públicos, professores, pesquisadores e empresários, e o resultado, extremamente positivo, é um reflexo coeso dessa pluralidade de visões.

4.1. As mudanças estruturais

A. Consolidação das funções de investigação e decisão no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade” ou “Conselho”)

A nova lei promoveu uma completa alteração da estrutura dos órgãos do governo responsáveis pela proteção e defesa da concorrência no país. Pelo novo sistema, as funções de investigação de casos de conduta, instrução de atos de concentração e decisão final passam a ser unificadas em uma só autarquia independente, o Cade. Essa reestruturação procurava sanar as deficiências do sistema antigo em que havia sobreposição de tarefas entre três agências distintas: a SDE e Seae – ambos órgãos encarregados da instrução e da análise preliminar dos casos – e o Cade, autarquia encarregada da decisão final.

Ainda que o SBDC tenha, nos últimos anos, conseguido avanços com uma melhor divisão de tarefas – a SDE, órgão do Ministério da Justiça, vinha se encarregando principalmente da investigação de casos de conduta, e a Seae, órgão do Ministério da Fazenda, atuava principalmente na instrução de atos de concentração e advocacia da concorrência – a consolidação de funções em uma só agência garante a tramitação mais ágil

de processos, eliminação da sobreposição de tarefas e maior especialização de áreas técnicas.

Com a entrada em vigor da nova lei, a Seae passou a ser responsável primordialmente pelas ações de advocacia da concorrência, e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE foi integrado no corpo técnico do Cade. Nessa nova configuração, o Cade se consolida como a única agência responsável pela análise de fusões e aquisições, pelas investigações nos casos de repressão às infrações contra a ordem econômica e pelo julgamento dos casos. A tendência, com isso, é que o Cade passe a funcionar de forma mais eficiente¹³.

Não obstante os esperados ganhos em eficiência, a nova estrutura também pode gerar alguma discussão.

Uma delas diz respeito à necessidade de se garantir a separação do exercício das funções de instrução e julgamento no âmbito do próprio Cade, de forma a não levantar questionamentos quanto ao respeito às garantias do devido processo legal. Embora não haja comprovação empírica de que o exercício de ambas as funções por um mesmo órgão traria de fato prejuízos à qualidade da decisão final¹⁴, potenciais críticos do novo regime poderiam argumentar que, sendo também encarregado ativamente da apuração dos fatos, o Cade tenderia a assumir postura parcial na análise dos casos.

Pressupondo que o argumento procede, em princípio não há motivos para crer que essa parcialidade será um resultado da nova estrutura. O regime estabelecido pela nova lei já estabelece e favorece essa separação funcional.

A uma, porque a nova estrutura do Cade já traça as linhas gerais dessa separação funcional. Pela nova lei, o Cade passa a ser composto de um **Tribunal Administrativo de Defesa Econômica** (integrado por um presidente e seis conselheiros e encarregado de julgar os atos de concentração e processos administrativos para apuração de infração à

¹³ Para que essa tendência se concretize, contudo, fundamental será o aumento do quadro de pessoal do Cade. O primeiro passo para tanto já foi dado pela lei, com a previsão da criação de 200 novos cargos de gestores a serem preenchidos de forma gradual tendo em vista as previsões orçamentárias. Apenas como comparação, no atual desenho institucional do SBDC, considerados os três órgãos que o compõem – Cade, SDE e Seae – atuam menos de 60 técnicos. A ampliação de quadros, quando materializada, será possivelmente o maior salto evolutivo do SBDC propiciado pela nova lei.

¹⁴ Há inclusive, no âmbito do judiciário, corrente que defende a idéia de que os próprios magistrados assumam uma postura mais ativa na instrução dos processos da esfera jurisdicional (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.64 e ss.).

ordem econômica), uma **Superintendência-Geral** (com atribuição para instruir os atos de concentração e os processos administrativos para apuração de condutas), e um **Departamento de Estudos Econômicos** (responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do Cade).

A duas, porque os procedimentos para análise dos casos, tanto em se tratando de atos de concentração como de condutas anticompetitivas, também estabelecem de forma clara a separação de funções entre o Tribunal e a Superintendência, inclusive com relação ao momentos em que cada um intervém no processo. A participação da Superintendência na aplicação de sanções pela prática de condutas anticompetitivas e na imposição de restrições/reprovação de atos de concentração se encerra com o oferecimento de impugnação a atos de concentração que entender nocivos à concorrência, e a elaboração de relatório circunstanciado opinando pela configuração da infração nos casos de investigação de condutas. Só então cabe ao Tribunal decidir, após analisar o caso e ouvir novamente as partes envolvidas¹⁵.

Assim, ao contrário do que ocorre na Comissão Europeia (foco das críticas à combinação das funções investigativas e decisórias em uma mesma agência)¹⁶, o exercício das funções de investigação e de decisão já foi desenhado de forma claramente separada pelo legislador brasileiro, ainda que tais funções sejam atribuídas a um só ente da administração pública.

B. A importância do Departamento de Estudos Econômicos

No direito da concorrência as normas jurídicas visam a atingir objetivos econômicos, o que exige do julgador um zelo cada vez maior com a fundamentação econômica de suas decisões.

¹⁵ Ainda com relação à imparcialidade das decisões, outro fator de destaque positivo, é a consolidação da autonomia do Cade, fundamental para a adequada implementação da política brasileira de defesa da concorrência, com a ampliação do mandato dos Conselheiros do Tribunal dos atuais dois anos (renováveis) para quatro anos (não renováveis).

¹⁶ Na Europa, a mesma equipe do DG Competition que investiga os casos é encarregada da redação da decisão final, que será depois adotada por maioria de votos da Comissão por sugestão do Comissário da Concorrência (WILS, Wouter. “The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in the EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”. In: *World Competition*, v. 27, Issue 2, junho 2004)

Como aponta Camila Pires Alves¹⁷ a influência entre as dimensões jurídica e econômica certamente não se dá em uma direção unívoca. Se a aplicação dos conceitos e princípios econômicos ocorre num contexto jurídico-institucional, a seleção de quais desses princípios e dos métodos desta ciência serão incorporados na lei e na prática antitruste também será feita no âmbito da própria lei e da jurisprudência a esta associada, conforme os limites impostos pelas condições institucionais e pelos agentes que atuam na sua aplicação.

Como consequência desse fenômeno, o uso de evidência econômica na solução de casos antitruste tem se expandido de forma crescente nas principais jurisdições no mundo. Esse movimento é percebido no que concerne tanto à resolução de questões referentes a condutas anticompetitivas, quanto ao controle de fusões. O uso de evidência inclui a apresentação de fatos econômicos que substanciem alegações com respeito: (i) à demonstração e cálculo para ressarcimento de danos; (ii) à identificação de mercado relevante e poder de mercado; e (iii) à avaliação de efeitos competitivos de condutas e fusões; entre outros aspectos¹⁸.

É nesse contexto que a estruturação de um Departamento de Estudos Econômicos apresenta-se como uma das inovações institucionais mais importantes da Lei 12.529/11. Além das tarefas citadas acima, o DEE poderá contribuir para que o CADE siga o exemplo de outras jurisdições e passe a se dedicar a estudar mercados específicos com o objetivo de identificar possíveis condutas anticompetitivas.

Além disso, os estudos de mercado são um bom mecanismo para aproximar a política concorrencial e do consumidor, na medida em que podem acomodar uma perspectiva mais ampla do que apenas organizar fundamentos para se iniciar uma investigação, viabilizando recomendações na área de defesa do consumidor.

Por fim, segundo estudo da OCDE¹⁹, os estudos de mercado podem ainda ser vantajosos como estratégia da autoridade antitruste porque: (i) desempenham uma função importante para a sociedade por refutar alegações de conduta anticompetitiva quando, por

¹⁷ *Métodos Quantitativos na Avaliação dos Efeitos de Fusões e Aquisições: uma análise econômica e jurídico-institucional*. Tese de Doutorado. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2010, p. 59.

¹⁸ Ibid. p. 71.

¹⁹ OECD. Policy Roundtables. *Market Studies*. Competition Committee. 2008, p. 6 e ss.

exemplo, os preços sobem como um resultado de rupturas de abastecimento e não por causa de uma estratégia empresarial ilícita. Sem essa avaliação mais pormenorizada, os governos podem estar inclinados a aplicar restrições no mercado que irão prejudicar os consumidores; (ii) uma vez um estudo de mercado é concluído e suas recomendações são aplicadas é maior a probabilidade de aumento do bem-estar dos consumidores e da eficiência econômica; (iii) sempre que práticas anticompetitivas ou ineficiências são substantivos, profundamente enraizadas e apoiada pelos beneficiários, pode levar muito tempo para sua identificação, mas, mesmo assim, os estudos se justificam.

C. A consolidação do papel da Procuradoria do Cade (“ProCADE”)

A lei mantém uma Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade com atribuição consultiva e de defesa judicial da autarquia. Contudo, à diferença do sistema da lei 8.884/1994, a nova lei abre a possibilidade de participação mais ativa da ProCADE na instrução dos processos tendo em vista às necessidades agora não só do Tribunal, mas também da Superintendência Geral. Nesses termos, além da representação judicial e extrajudicial do Cade, da apuração da liquidez dos créditos para inscrição em dívida ativa, da promoção de acordos judiciais (competências já previstas na lei 8.884/1994), a ProCADE também passa a ter competência expressa para tomar medidas judiciais para a obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos e de propor ação cautelar de busca e apreensão.

A função da ProCADE na consultoria e assessoria jurídica do Conselho também ganha contornos mais marcantes e, em consonância com essa função, a competência para emitir pareceres nos processos de competência do Cade passa a ser exercida apenas mediante solicitação.

D. Seae

Como mencionamos acima, a Seae permanece como órgão integrante do SBDC, passando a ser responsável pela coordenação das atividades relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência, concentrando-se nas discussões de marcos regulatórios *ex ante* e podendo se manifestar em qualquer caso de concentração econômica ou conduta anticompetitiva. A Seae passará a opinar sobre as normas enviadas pelas agências

reguladoras para consulta pública, elaborará estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica, poderá propor a revisão de normativos que afetem a livre concorrência. Para o cumprimento de suas atribuições, poderá requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso e celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

4.2. As mudanças nos procedimentos²⁰ que embasam a atuação do SBDC

Sabe-se que o processo deve ser concebido de forma a prestar-se ao adequado cumprimento da função pública que deve instrumentalizar. No Estado de Direito, a atuação dos agentes estatais, pautada pelo princípio da legalidade, está sempre vinculada à consecução de determinado(s) objetivo(s) de interesse público. A própria razão do agir estatal encontra-se na busca desses objetivos. Nesse contexto, os procedimentos administrativos são a expressão de um fenômeno complexo por meio do qual o direito procura instrumentalizar – e consequentemente legitimar – a formação dessa “vontade estatal”²¹ tendo em vista a consecução das finalidades legais atribuídas ao poder público e o respeito aos direitos e garantias individuais.

As alterações promovidas pela lei 12.529/2011 nessa seara demonstram essa desejada preocupação com os resultados dos processos administrativos no âmbito do Cade e dão mais condições para o adequado e eficiente provimento da atuação estatal.

Essa preocupação com os resultados revela-se não apenas na busca direta da eficiência, pela racionalização e simplificação de algumas etapas dos procedimentos, mas também pelo cuidado em garantir a permeabilidade dos procedimentos do Cade a atores com visões não raro contrapostas acerca do mérito dos casos sendo analisados. Essa

²⁰ Nesse texto, não se faz distinção entre os termos processo e procedimento. O procedimento e a relação jurídica a ele inerente são apenas duas facetas de um único e mesmo fenômeno: o processo.

²¹ Como se sabe, os agentes estatais atuam no exercício de um poder-dever, isso é, exercem função pública. A idéia é resumida de forma bastante clara por Carlos Ari Sundfeld: “*Pois bem, a soma dessas duas características das atividades estatais, constituem função (exercício de dever-poder para atingimento de uma finalidade) e resultarem em atos unilaterais que invadem a esfera jurídica dos indivíduos, provoca a necessidade de uma regulação do processo formativo da vontade estatal*” (“A importância do procedimento administrativo”. In: Revista de Direito Público. n° 84, pp. 66-7).

permeabilidade, que sempre fez parte da cultura do SBDC, além de contribuir para a qualidade do conteúdo da decisão é ínsita à noção de devido processo legal, que também permeia as ações do Conselho. São vários os pontos que merecem destaque nesse sentido.

A. A modernização do sistema brasileiro de análise de atos de concentração

O primeiro deles é, sem dúvida, a modernização do sistema brasileiro de análise de atos de concentração.

Conforme tem sido destacado nas análises da nova lei, a lei 12.529/2011 faz profundas alterações no controle de estruturas, com a introdução do sistema de análise prévia de atos de concentração, há muito recomendado pelas melhores práticas internacionais. O Brasil era um dos únicos países do mundo em que se facultava às empresas pedir a aprovação ao Cade após a consumação da concentração econômica. Tal procedimento, realizado *a posteriori*, era não só ineficiente do ponto de vista econômico como ineficaz na proteção e defesa do interesse público.

Com a entrada em vigor da nova lei, as operações passaram a só poderem ser consumadas após a aprovação do Cade, e o fechamento da operação antes de sua aprovação sujeita as partes a multas que variam de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões. Vale lembrar que na ausência de manifestação do Cade dentro do prazo legalmente estipulado para tanto, as operações serão consideradas automaticamente aprovadas. Embora o veto ao artigo 64 da lei – necessário para corrigir uma distorção que poderia levar o descumprimento de qualquer prazo processual intermediário a acarretar a aprovação automática de atos de concentração – tenha retirado a menção expressa a essa consequência, ela se manteve pela própria lógica do sistema de notificação prévia em que as possibilidades de prorrogação de prazo são expressamente limitadas e os prazos se suspendem apenas na situação de ausência de quorum no Tribunal.

Assim, de acordo com a nova lei, uma vez notificado o ato, o Cade terá um prazo de 240 dias para analisar a operação, prazo este que poderá ser prorrogado apenas por mais 60 (sessenta) dias, a pedido das partes envolvidas, ou por 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal Administrativo. Findo esse prazo sem decisão final do Cade, a operação será tida como automaticamente aprovada. Para as operações simples, que são a

grande maioria dos atos notificados, a análise vem sendo realizada de forma bem mais célere, a exemplo do que já acontecia antes²².

A combinação da atuação administrativa célere e de qualidade está na essência desse sistema. Obtém-se, assim, uma atuação estatal eficiente, que também se presta a assegurar o respeito aos direitos e garantias individuais ao contribuir para a aplicação correta do direito material e a satisfação dos legítimos interesses envolvidos na decisão estatal.

Nesse sentido, vale ressaltar que as ineficiências do sistema anterior são eliminadas sem prejuízo da manutenção de um sistema de “*checks and balances*” que era um dos seus pontos fortes. É dizer, pela nova lei, a visão da administração pública sobre os casos é consolidada por meio de processos que sempre envolvem a avaliação de fatos e argumentos por instâncias e pessoas diferentes, na linha do que recomendam as melhores práticas internacionais.

Nos casos de aprovação de atos de concentração pela Superintendência Geral, essa característica geral dos procedimentos do novo Cade é ainda mais marcante. Diante da possibilidade de avocação pelo Tribunal ou impugnação de terceiros interessados, o que se criou de fato foi uma segunda instância administrativa para a revisão de decisões em casos de estruturas.

B. Avanços nos procedimentos para análises de condutas

A análise das condutas também foi objeto de avanços procedimentais significativos, sendo possível identificar um conjunto de medidas com impactos positivos na atuação do Cade.

Em primeiro lugar, merece destaque a criação do Procedimento Preparatório. Esse procedimento supre uma lacuna do regime anterior ao regulamentar a apuração de casos em que não é clara a competência do Cade. Resolve-se, assim, um problema de realidade de formas. Instada a se manifestar sobre determinada denúncia, a administração não mais precisará instaurar procedimento para apuração de infração à ordem econômica sem que esteja, de fato, estabelecido tratar-se o fato de matéria de sua competência.

22 Segundo dados de setembro de 2012, a média de tempo de análise dos casos sumários notificados no regime da lei 12.529 tem se mantido em torno de 18 dias.

O sistema de “*checks and balances*” destacado positivamente na análise de atos de concentração também funciona aqui, com a possibilidade de avocação pelo Tribunal dos procedimentos preparatórios e inquéritos administrativos arquivados pela Superintendência Geral.

No que tange ao processo administrativo para imposição de sanções por infração à ordem econômica propriamente dito, há também novas regras que aumentam a eficiência e a celeridade do procedimento. Um bom exemplo disso é a determinação da especificação de provas já quando da apresentação da defesa e não mais no prazo de 45 dias depois da apresentação.

Também é positiva a redução dos formalismos com relação à notificação, que passa a ser feita, na via postal, por qualquer meio que assegure a certeza da ciência do interessado e não exclusivamente com aviso de recebimento em nome próprio.

Outro ponto positivo, ainda com relação à análise das condutas, diz respeito ao papel Ministério Público Federal (MPF). A nova lei abre espaço para uma maior racionalização dessa participação ao dar ênfase aos processos envolvendo a investigação de condutas anticoncorrenciais. Ao invés da competência genérica para oficiar nos processos sujeitos à aprovação do Cade, caberá ao representante do MPF no Cade emitir parecer, de ofício ou a requerimento do Conselheiro Relator, nos processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por infração à concorrência.

4.3. O novo direito da concorrência brasileiro: avanços em matérias substanciais

Em termos materiais, a nova lei introduz inovações importantes tanto na análise de estruturas como no controle de condutas.

A. Análise de estruturas

Em primeiro lugar nunca é demais realçar a importância do controle estrutural para a garantia de mercados competitivos e eficientes. De acordo com Michael Porter²³, podemos ressaltar pelo menos quatro motivos para a análise preventiva de fusões e aquisições:

²³ Op. cit. p. 939.

- (i) Fusões levantam questões quase inevitáveis para a saúde da concorrência através da remoção de concorrentes independentes do mercado. A questão não é se existe um risco para a competição, mas o quanto. Este risco decorre da diminuição potencial de pressão competitiva entre as empresas na indústria, a redução potencial na escolha de produtos e variedade, e a redução na probabilidade de inovação, devido à diminuição no número de abordagens diferentes sobre o binômio produto/processo de desenvolvimento;
- (ii) Uma fusão não requer *skill, foresight, and industry*, apenas capacidade financeira. Ela não exige nova estratégia, e não acarreta melhora automática na produtividade. Por outro lado, a introdução de um novo produto, mudando um modelo de distribuição, ou a construção de uma nova fábrica, são muito mais propensos a aumentar a produtividade. A sociedade, então, deve preferir ações independentes das empresas (crescimento endógeno) e não fusões.
- (iii) A evidência empírica é majoritária no sentido de que as fusões têm uma baixa taxa de sucesso. Uma ampla série de estudos revela que a maioria das fusões não atendem às expectativas, e a maioria dos lucros são capturados pelo vendedor, e não pelo comprador.
- (iv) A literatura sobre estratégia empresarial sugere que aquisições pequenas e focadas são mais susceptíveis a melhorar a produtividade do que as fusões entre os líderes. Quando uma grande empresa compra uma pequena empresa e a integra à sua estratégia, grandes ganhos de produtividade são possíveis. Fusões entre as grandes empresas parecem raramente assegurar tais benefícios, e ainda eliminam os principais concorrentes de um mercado.

a) Novos parâmetros de notificação

Os critérios para a notificação de atos de concentração ficam mais objetivos com a exclusão do critério de participação no mercado relevante. De acordo com os novos critérios, passam a ser de notificação obrigatória no Brasil os atos de concentração em que: (i) uma parte da operação tenha registrado faturamento bruto de pelo menos R\$ 750 milhões no país no último ano fiscal; e (ii) a outra tenha faturamento mínimo de R\$ 75 milhões no mesmo período.

Essa inclusão do critério de faturamento mínimo para o segundo participante da operação é um fator positivo que também merece destaque. Ela visa a afastar a obrigação de notificação de operações irrelevantes do ponto de vista concorrencial que, na ausência desse segundo filtro, vinham sendo submetidas para aprovação do Cade em função apenas do faturamento de um dos grupos econômicos envolvidos.

b) Definição de ato de concentração

A definição de ato de concentração na nova lei também é mais objetiva. Ao invés da linguagem aberta que tratava da notificação de “atos sob qualquer forma manifestados que possam prejudicar a livre concorrência”, e determinava a notificação de “qualquer forma de concentração econômica” agora temos uma lista das hipóteses em que se considera realizado um ato de concentração. Essa opção aumenta a segurança jurídica em torno do tipo de ato a ser notificado, mas também cria desafios para a jurisprudência do novo Cade ao limitar, por exemplo, a margem de interpretação sobre a desnecessidade da notificação de operações que, embora a princípio se enquadrem na definição geral de ato de concentração da lei, dificilmente representam algum interesse para o direito da concorrência, como, por exemplo, as aquisições a título exclusivo de investimento, reorganizações societárias e aquisição de participação minoritária.

A única exceção à obrigação de notificar expressamente prevista na lei diz respeito aos contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* criados com o propósito específico de participação em licitações públicas.

c) Mudanças nas exigências para autorização

A nova lei também introduz melhorias no dispositivo que autoriza a aprovação de atos de concentração que “impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” em determinadas circunstâncias. Pelo novo regime, a aprovação é possível se cumulada ou alternativamente tais atos acarretarem “aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou ainda o aumento da eficiência e do desenvolvimento econômico”, *desde que parte dos benefícios seja repassada aos consumidores*. Elimina-se, assim, a exigência, de

difícil aplicação prática, de que a distribuição dos benefícios fosse feita de forma equitativa com os consumidores.

Além disso, exclui-se a possibilidade de o Cade autorizar a realização de ato contrário à concorrência por motivo preponderante de economia nacional e do bem comum, alvo de críticas no sistema anterior²⁴.

B. O controle de condutas

a) Novos critérios para a aplicação de multas

As multas, que no sistema anterior variavam de 1% a 30% do valor do faturamento bruto da empresa, passaram a ser de 0,1% a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, grupo ou conglomerado no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva no ano anterior ao início das investigações.

Embora a alteração do critério do faturamento bruto por outro que supostamente aproximasse o cálculo da multa do escopo da infração tenha vindo ao encontro de uma demanda dos próprios agentes econômicos e da comunidade jurídica (a crítica era a de que não fazia sentido aplicar a multa sobre o faturamento do grupo quando, por exemplo, apenas uma das suas empresas tinha cometido infração em dado mercado específico) a redação final da lei nesse ponto tem sido alvo de críticas. O motivo seria a insegurança jurídica gerada pela adoção do conceito de “ramo de atividade” como novo parâmetro para aferir o faturamento, tendo em vista não se tratar de um conceito técnico do ponto de vista concorrencial. Em resposta a essas críticas, o desafio do Cade será estabelecer uma rotina em torno da aplicação desse conceito, a partir da resolução já editada com definições sobre a matéria.

Para as pessoas físicas, os critérios também foram alterados: de 10% a 50% da multa aplicável à empresa, a multa passa a variar de 1% a 20% da multa aplicada. A

²⁴ O ponto é discutível, mas foge ao escopo desse texto. Sobre as críticas, ver, por exemplo: José Franceschini: “*A finalidade da legislação de defesa da concorrência, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e viabilização do princípio maior da livre-concorrência (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo Estado para alcançar objetivos diversos*”. (“Introdução ao direito da concorrência”, in *Revista de direito econômico*, n.21, 1988, p. 81). Calixto Salomão Filho, ao referir-se especificamente à disposição do art. 54 § 2º, também critica: “*Com essa fórmula atribui-se ao Cade competência para decidir sobre a política industrial brasileira...*”. O autor segue criticando: “*... competência essa muito pouco compatível com seus objetivos, sua composição e sua desejada independência do Poder Executivo*”. (*Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 44).

mudança é grande, principalmente tendo em vista a alteração na base de cálculo, que fica muito mais razoável com a consideração da multa efetivamente aplicada à empresa. Já a multa aplicável a associações, consultorias e outras pessoas físicas envolvidas nas aumentou e pode chegar até 2 bilhões de reais.

No caso das sanções não pecuniárias, merece destaque a inclusão da proibição de exercer o comércio em nome próprio ou representando pessoa jurídica pelo prazo de até 5 anos, e da previsão de recomendação aos órgãos competentes para que seja determinada licença compulsória de propriedade intelectual quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito.

b) *Avanços no programa de leniência*

A nova lei também introduz alterações positivas no programa de leniência com destaque para a ampliação das hipóteses de concessão de leniência aos crimes previstos em outros estatutos criminais, como é o caso das fraudes em licitações e a formação de quadrilha. A regra anterior que proíbe a concessão de leniência ao “líder” do cartel, de pouca aplicação tendo em vista as dificuldades de caracterizar essa situação de liderança na prática, foi excluída.

c) *Persecução civil e criminal de cartéis*

O combate a cartéis no Brasil deve incrementar, cada vez mais, seus resultados, e sensibilizar um maior contingente da sociedade, e para isso é preciso garantir ações estruturantes em três eixos: administrativo, criminal e civil.

Para a persecução dos cartéis no eixo administrativo, o incremento de resultados é possível por meio da intensificação das investigações, da melhoria da gestão dos processos e da detecção dos setores mais propícios à prática do conluio.

No eixo criminal, cumpre pontuar que a Lei nº 12.529/11 alterou a tipificação dos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/90²⁵ e manteve a regra de competência atualmente vigente²⁶. Até 2010 contabilizou-se que 250 pessoas, entre donos e diretores de empresas, respondiam a processos por formação de cartel, sendo que ao menos

²⁵ Lei nº 8.137/90, artigo 4º.

²⁶ Veto ao artigo 120 da Lei nº 12.529/11.

29 executivos já haviam sido condenados em decisão final – de primeiro ou segundo grau – por crime de cartel, a penas que superaram os cinco anos previstos na lei específica, em vista de aplicação de agravantes previstas no Código Penal.

Outros países também reconhecem a importância da persecução criminal para o combate efetivo a cartéis. Nos Estados Unidos, por exemplo, um administrador pode ser condenado a até 10 anos de prisão e ao pagamento de multa de até US\$ 1 milhão. A pena média aplicada para cartéis nos Estados Unidos é de 31 meses de prisão, sendo que desde 2000 mais de 150 executivos já cumpriram pena no país por prática de cartel, inclusive executivos estrangeiros.

Paralelamente, no eixo civil, se aposta em um salto de qualidade que pode advir do estímulo à cultura da reparação de danos causados por cartéis. Essas ações privadas de ressarcimento permitem que pessoas prejudicadas por cartéis sejam ressarcidas pelos prejuízos sofridos, via ação reparatoria de iniciativa do Ministério Público, de entidades de defesa do consumidor ou dos próprios consumidores (Lei 12.529/11, art. 47).²⁷

²⁷ Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.