

---

# HISTÓRICO DA INTRODUÇÃO DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES NO BRASIL

---

*Ana Paula Martínez*

*Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica e Secretária Adjunta da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça de maio de 2007 a setembro de 2010*

*Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito pela Harvard Law School e em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

*Doutoranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

RESUMO: Hoje muito se discute sobre o controle de concentrações econômicas no Brasil pelas autoridades de defesa da concorrência. Poucos, contudo, têm ciência de que a possibilidade do controle de acordos de cooperação e concentração entre agentes econômicos não é uma inovação da atual lei de defesa da concorrência – Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Mais do que isso, que a análise prévia – há muito pleiteada no projeto de lei que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – já foi contemplada pelo legislador no passado. Com isso em mente, o presente artigo objetiva apresentar um histórico da introdução do controle de concentrações econômicas no Brasil desde a década de 30 até os dias atuais.

PALAVRAS-CHAVE: antitruste. Concorrência. Fusões e Aquisições.- Controle de estruturas - concentrações econômicas - artigo 54 - Lei n. 8.884/94

Hoje muito se discute sobre o controle de concentrações econômicas no Brasil pelas autoridades de defesa da concorrência. Operações como Sadia/Perdigão e Nestlé/Garoto ocupam a imprensa, tendo sua análise antitruste passado a preocupar empresários com atuação no país. Poucos, contudo, têm ciência de que a possibilidade do controle de acordos de cooperação e concentração entre agentes econômicos não é uma inovação da atual lei de defesa da concorrência – Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 – mas que já estava prevista em nossa legislação, ainda que sem regulamentação, desde a década de 30. Mais do que isso, que a análise prévia – há muito pleiteada no projeto de lei que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – já foi contemplada pelo legislador no passado.

As Constituições brasileiras de 1934<sup>1</sup> e 1937 faziam referência à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico sem, contudo, prever de forma expressa a repressão ao “abuso do poder econômico” (a Constituição de 37 fazia referência à intervenção estatal para suprir as “deficiências da iniciativa individual”<sup>2</sup>). Em seguida, foi promulgado pelo Presidente Getúlio Vargas o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938,<sup>3</sup> de autoria de Nelson Hungria, que tratava dos crimes contra a economia popular, incluindo ilícitos anticoncorrenciais como a venda de mercadorias abaixo do preço de custo “com o fim de impedir a concorrência”. Era também crime inafiançável, punível com pena restritiva de liberdade de 2 a 10 anos e multa, “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”.<sup>4</sup>

Há, portanto, uma preocupação com a concentração empresarial desde ao menos 1938, período em que o controle se dava *a posteriori* e no campo criminal, a cargo do Tribunal de Segurança Nacional. O referido Decreto-Lei teve pouca ou nenhuma efetividade. Nelson Hungria chegou a afirmar que: “o Decreto nº 869 [...] foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente.”<sup>5</sup> Na mesma linha,

1 “Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

*Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.*

2 Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

3 Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País”.

2 “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

3 Publicado na CLBR, 31.12.1938. Posteriormente reproduzido pela Lei nº 1.521, de 26.12.1951.

4 Decreto-Lei nº 869, art. 2º, III.

5 *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 9.

notícia Shieber que: “*um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou um só caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil*”.<sup>6</sup>

Em seguida, o então Ministro da Justiça e Negócios Interiores Agamemnon Magalhães redigiu o anteprojeto do que veio a se tornar o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945,<sup>7</sup> que dispunha sobre os atos “*contrários à ordem moral e econômica*”, dando caráter de ilícito *administrativo* aos atos anti-competitivos contrários ao “*interesse da economia nacional*”. O referido Decreto-Lei (por vezes referido como “Lei Malaia”) criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE),<sup>8</sup> diretamente subordinada ao Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.<sup>9</sup> O Decreto-Lei nº 7.666/45 previu instrumental para o controle obrigatório e *prévio* de estruturas em determinados setores da economia (bancário, de mineração, transportes, alimentos, entre outros):

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
- b) restringir, cercar ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
- c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

[...]

V – a *incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.*

6 Benjamin M. Shieber, *Abusos do poder econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 6. A *Standard Oil Company of Brazil* (posteriormente *Esso Brazil*) integrava o grupo econômico que teve que se desintegrar por ordem da primeira decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos contra os *trustes* (*Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911), disponível em <http://supreme.justia.com/us/221/1/case.html> (acesso em 07.12.2007)).

7 Publicado na CLBR, 31.12.1945, p. 256.

8 Em 1942, havia sido criada a Comissão de Defesa Econômica (CDE) pelo Decreto-Lei nº 4.807, de 07.10.1942 (publicado na CLBR em 31.12.1942, p. 42), composta por membros dos seguintes Ministérios: Fazenda, Relações Exteriores, Justiça e Negócios Interiores, Guerra e Trabalho, Indústria e Comércio, todos nomeados pelo Presidente da República. Entre as funções da CDE estava “*resolver, por solicitação ou “ex-officio”, a rescisão ou forma de liquidação dos contratos em que sejam partes pessoas cuja atividade econômica se torne necessário reprimir*”.

9 Os demais membros eram o Procurador Geral da República, o Diretor Geral da CADE, um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, um representante do Ministério da Fazenda, um representante das classes produtora e distribuidora e um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência.

Parágrafo único. Para os efeitos dêste Decreto-lei a palavra “empresã”, abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.

#### DA FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER ECONÔMICO

*Art. 8º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver, sem prévia autorização da C.A.D.E.:*

- a) os estabelecimentos bancários;
- b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios;
- c) as empresas que operem em seguros e capitalização;
- d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea;
- e) as empresas editôras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade;
- f) as indústrias bélicas, básicas, de interêsse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos;
- g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos;
- h) as indústrias de tecidos e calçados;
- i) as empresas de mineração;
- j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral;
- k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública.

*Art. 9º A partir da data da publicação dêste decreto-lei, o Departamento Nacional da Indústria e Comércio e as Juntas Comerciais não poderão registrar alterações nos contratos ou estatutos de quaisquer firmas ou sociedades das espécies referidas no art. 8º, nem atos relativos à fusão, transformação ou incorporação das mesmas, sem a prévia audiência e autorização da C.A.D.E.*

Parágrafo único. *São nulos de pleno direito os registros feitos com inobservância dêste dispositivo.* (grifo nosso.)

Com relação à necessidade de controle prévio estrutural, o autor do anteprojeto, inspirado na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso da *Standard Oil*<sup>10</sup>, esclareceu na exposição de motivos transcrita abaixo que era importante a intervenção do Estado na economia de modo a “impedir a formação de ‘trusts’ e outras formas de agrupamentos”, que poderiam

<sup>10</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

causar efeitos deletérios para as classes média e trabalhadora e para as pequenas indústrias. Vê-se que longe de evidenciar uma preocupação com o incremento do bem-estar agregado (eficiência econômica), o Decreto-Lei nº 7.666/45 tem em sua razão de ser fundamentos voltados à proteção das classes rurais e menos abastadas (*defesa da economia popular*), em linha, aliás, com a política altamente intervencionista do Estado Novo. Curioso ainda notar que a notificação prévia resulta da convicção de que o Estado deveria primeiro manifestar-se a respeito da licitude de tais concentrações para então lhe garantir a validade – em linha com sua política econômica, evidenciando alto grau de discricionariedade (e, não com base em fundamentos *à la* “*scrambled eggs*”, como foi em outros países):

[...] A concentração do poder econômico gerou o capitalismo financeiro. A paixão pelo lucro substituiu o senso da utilidade e do serviço. Os valores, em vez de servirem ao homem, passaram a contribuir para o seu aniquilamento. Os “trusts”, desorganizando a pequena indústria, colocaram as classes médias e as classes trabalhadoras à sombra da indigência econômica. [...]

Novas medidas se impõem. Lucros extraordinários provocados de nossos latifúndios. Acelera-se o êxodo dos campos em benefício das cidades, onde se levantam faustosos arranha-céus, com dinheiro arrancado, muitas vezes, da zona rural depauperada. E os latifúndios não vão formar-se nas zonas desertas. Não vão beneficiar as regiões áridas. Invadem centros mais populosos e prósperos. Desmantelam as pequenas propriedades criando para os trabalhadores uma situação moral e econômica inferior à dos escravos do tempo do império.

Esses fenômenos constituem conseqüências fatais do exercício abusivo do poder econômico contra o qual se tem sistematicamente insurgido a opinião pública [...].

Vale salientar, a este propósito, as conclusões votadas pelo I Congresso Brasileiro de Economia, reunido no Rio de Janeiro, em 1943, pela Conferência das Comissões de Desenvolvimento Interamericano, realizada no mesmo ano, recomendando aos governos providenciar no sentido de *impedir a formação de “trusts” e outras formas de agrupamentos prejudiciais ao comércio e à população.*

Particularmente significativo é o fato de que economias bem mais sólidas do que a nossa já se têm valido de medidas legislativas de defesa contra os efeitos desastrosos do abuso do poder econômico, em todas as suas variadas formas. Os Estados Unidos vêm se aparelhando, desde 1890, para o combate a essas instituições de opressão econômica, através do seu Federal Anti-Trust Act (Lei Sherman)[...]

Partindo do fato, unanimemente reconhecido de que nem todos os agrupamentos são contrários ao interesse público, de vez que os há inofensivos e, até mesmo, benéficos à economia nacional, as legislações

existentes, via de regra, têm procurado caracterizar a nocividade das coalizões ou dos agrupamentos, com base na natureza ilícita, imoral ou prejudicial dos objetivos ou intenções que as uniram. Esse critério subjetivista criou as maiores dificuldades práticas, no momento da aplicação da lei e determinou oscilações e indecisões da jurisprudência, altamente perturbadoras dos intuitos dos legisladores, conforme o atesta a crítica unânime dos estudiosos do assunto.

Ora, parece evidente que, sob o ponto de vista econômico, *o aspecto lícito ou ilícito da intenção animadora dos ajustes ou coalizões é, muitas vezes, irrelevante. Neste particular o que importa, realmente, é a nocividade do resultado, ainda mesmo quando não desejado ou não previsto, no momento da celebração do ajuste.*

Por isso, o projeto que ora tenho a honra de submeter à apreciação de vossa excelência procurou afastar-se, no que tange à caracterização da nocividade das coalizões, dos critérios seguidos pelas leis similares estrangeiras, baseando as suas distinções na natureza dos efeitos alcançados por tais entendimentos. Todavia, *como julgamento sobre a natureza lícita ou ilícita do ajuste se inclui entre as funções privativas do Executivo, porque decorre da política econômica por ele seguida, a validade dos entendimentos lícitos fica na dependência da aprovação do Poder Público.*(grifo nosso)

Por suas previsões inovadoras à época e pelo momento político peculiar, o ato foi revogado antes mesmo de sua regulamentação por meio do Decreto-Lei nº 8.167, de 9 de novembro de 1945.<sup>11</sup> No ano seguinte, foi promulgada nova Constituição, que dispunha em seu artigo 148 que “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, *inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais*, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” (grifo nosso)<sup>12</sup>

A despeito da previsão da nova Constituição, foi apenas duas décadas depois que o Brasil adotou, após extensas discussões legislativas<sup>13</sup>, sua primeira lei antitruste efetiva: a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.<sup>14</sup> Referida lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com competência para reprimir o abuso ao poder econômico. Na justificativa da Lei nº 4.137/62, que teve como inspiração a experiência norte-americana, encontram-se trechos de autoria de Agamemnon Magalhães, em que se afirma que:

11 Publicado na CLBR, 31.12.1945, vol. 7, p. 90.

12 A Constituição Brasileira de 1967 seguiu a mesma linha, ao prever em seu artigo 157, VI, que “*A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.*”

13 Agamemnon Magalhães apresentou o Projeto de Lei nº 122/48. Com sua morte em 1952, o projeto perdeu força. Em 1955, seu filho Paulo Germano de Magalhães apresentou o Projeto de Lei nº 3/55, reprodução do projeto anteriormente apresentado.

14 Regulamentado primeiramente pelo Decreto nº 52.025, de 20.05.1963, e, posteriormente, pelo Decreto nº 92.323, de 23.01.1986.

[...] na luta contra os trustes não há legislação perfeita tal a soma de artifícios de que dispõe o poder econômico. V. Exa. até propôs figurar o poder econômico como um dos quatro poderes da República.

Sr. Presidente, está explicado que o projeto se inspirou na legislação norte-americana, servindo-se do seu sistema em combinação com o nosso e levando em conta as adaptações resultantes da organização judiciária brasileira.

Justificado o projeto em suas linhas gerais, quero declarar à Câmara que não há lei mais oportuna ou mais urgente do que esta ora apresentada à consideração dos meus pares. [...]

A América do Norte só conseguiu dominar os trustes de petróleo depois que a Suprema Corte em 1911 decretou a dissolução da “Standard Oil”. [...]

Essa lei emancipa não só a nação brasileira, mas o Governo atual e os futuros. Como disse Wilson, o governo invisível, formado pelo abuso do poder econômico, é um poder de corrupção, em matéria econômica e política. [...] Essa lei será a carta, será a nova liberdade – liberdade do consumidor brasileiro e liberdade do Governo, porque com ela não estará sujeito às influências de grupos econômicos. [...] para que o Estado brasileiro seja um Estado que comande, que dirija, deve pairar acima de qualquer poder econômico.<sup>15</sup>

Percebe-se que da preocupação em se proteger as classes médias e rurais, refletida no Decreto-Lei de 1938, passou-se a uma preocupação com o consumidor e em se preservar a política determinada pelo Governo. Nesse contexto de preocupação com a formação dos trustes e o abuso do poder econômico, foram inseridos os artigos 2º e 74 da Lei nº 4.137/62 que previam o controle estrutural:

Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de:

[...] b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;

Art. 74. *Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:*

a) equilibrar a produção com o consumo;

b) regular o mercado;

15 Diário do Congresso Nacional, 16.04.1948, p. 2.444.



- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção. (grifo nosso)

Portanto, determinados tipos de concentrações e cooperações econômicas estavam sujeitas a dois tipos de controle: um *prévio*, no âmbito do controle de estruturas previsto no artigo 74,<sup>16</sup> e outro *a posteriori*, no âmbito do controle de condutas anticompetitivas previsto no artigo 2º.<sup>17</sup> Não era qualquer tipo de ato entre empresas que exigia o *controle prévio*, mas apenas aqueles que preenchessem as condições (subjativas, há que se dizer<sup>18</sup>, sem presunção de lesividade) do artigo 74. Como os efeitos esperados de uma concentração não são aqueles enumerados nas alíneas do artigo 74,<sup>19, 20</sup> e no juízo de discricionariedade do CADE, a jurisprudência

16 Operação entre empresas do mesmo grupo não tinha o potencial lesivo previsto no artigo 74. O então Conselheiro-Relator Olympio José de Abreu do Processo Administrativo 20.654/68 (Representante: Chefe de Gabinete do Presidente do CADE; Representadas: Indústria Brasileira de Embalagens S.A. e Fábrica Nacional de Tambores Ltda.) concluiu que “Não se constatou no processo nenhuma dessas hipóteses [do artigo 74 da Lei nº 4.137/62] posto que a fusão aprovada que foi pela COIFE verificou-se no âmbito de empresas que possuem idêntica composição societária. O que ocorreu foi a integração de uma subsidiária com a que lhe detinha o controle acionário. Não se trata, pois, de um procedimento tendente a fraudar a lei”. Apud José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., pp. 59-60.

17 De modo a facilitar o controle *a posteriori*, foram incluídas as previsões do artigo 73 da mesma lei:

“Art. 73. O Departamento Nacional da Indústria e Comércio as Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados, enviarão ao CADE quando solicitado, um resumo de cada um dos atos, contratos, estatutos ou alterações que hajam arquivado ou registrado, com as informações a que se refere o artigo anterior.”

18 Tércio Sampaio Ferraz Junior, “A Concentração Econômica e a Fiscalização Administrativa: Entendimento do art. 74 da Lei nº 4.137/62, segundo a redação do art. 13 da Lei nº 8.158/91”, in *Revista de Direito Administrativo* vol. 193, 1993, p. 68, indica que “a experiência foi demonstrando que as práticas mencionadas no caput abrangiam de fato todos os expedientes concentracionistas habituais, enquanto os efeitos apontados nas alíneas a) até f) não exauriam, por si só, as técnicas econômicas capazes de efetivá-los. Daí resultou um alto grau de discricionariedade que implicava uma verdadeira permissão para o CADE intervir na política econômica dos entes privados”.

19 Por exemplo, em voto no Processo nº 20.218/71, de 24.03.1971 (Requerente: Ciba-Geigy Química S.A., DOU de 18.04.1972, Seção I, Parte I, pp. 3.423 e ss.), o Conselheiro-Relator Gratuliano Brito afirmou que: “Ora, é de ver-se que um simples negócio de fusão ou incorporação de empresas pelo só fato dessa fusão ou incorporação não se inclui na sistemática específica de controle prévio instituída no artigo 74 da Lei n. 4.137, de 10.09.1962.” Apud José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., p. 394.

20 Previa o Decreto nº 52.025, de 20.05.1963, DOU de 21.05.1963, p. 4.946, primeiro a regulamentar a Lei nº 4.317/62, que “Art. 96, §1º Independem de registro os ajustes previsto neste artigo quando visem realizar operações normais aos usos e praxes comerciais para contratos da mesma natureza.” O mesmo artigo ainda fixou um prazo (curto) para a apresentação dos acordos contados de sua data de assinatura (e que por previsão legal não teriam validade até

foi evoluindo<sup>21</sup> para o registro prévio restrito essencialmente a cooperações econômicas entre concorrentes, contratos de distribuição que impunham restrições a concorrentes<sup>22</sup> e de exclusividade.<sup>23</sup> A implementação de tal lei foi muito aquém do esperado, em vista do contexto econômico (política de substituição de importações, tabelamento de preços e proteção da indústria nacional)<sup>24</sup> e pouco se viu de resultado para a promoção da concorrência. Tal ambiente protecionista era inclusive refletido nos julgamentos do CADE.<sup>25</sup>

Com a Constituição de 1988, a ordem econômica ganha um novo status e a livre concorrência passa a ser um de seus princípios balizadores,

---

a concessão do registro pelo CADE): “§2º Os atos, ajustes, acordos e convenções previstos neste artigo não terão validade senão depois de aprovados e registrados pelo CADE. §3º O registro não impede o CADE se positivado posteriormente o intuito fraudulento do pedido, de promover processo para verificar abuso de poder econômico. §4º O pedido de registro deverá ser submetido ao CADE no prazo de dez (10) dias, contados da data do ato, ajuste, acordo ou convenção.” O Decreto nº 52.025/63 foi revogado pelo Decreto nº 92.323, de 23.01.1986, DOU de 24.01.1986, p. 1.296.

- 21 O Conselheiro-Relator J. C. de Mendonça Braga (Processo nº 20.080/70, de 18.04.1970, Requerente: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, Requerida: Flumipesca Indústria Fluminense de Pesca S.A.; DOU de 13.05.1970, Seção I, Parte I, p. 3.523) incorporou em seu voto o entendimento de Benjamin Schieber: “a) que a alínea primeira do art. 74 da Lei do CADE refere-se a ‘acordos entre concorrentes para limitar a produção, em vez desta limitação ocorrer em resposta à operação da lei de oferta e procura no mercado’; b) que a alínea segunda cogita ‘do estabelecimento’, por meio de acordos entre empresas, de normas concernentes ao funcionamento do mercado, v.g., o estabelecimento de normas para dar crédito a compradores; c) que a alínea terceira trata de ajustes que fixam ‘standards de qualidade de produtos e de medidas e pesos’; d) que a alínea quarta admite a substituição da lei de oferta e procura, como o agente determinante de preços, por acordos entre empresas que tenham por efeito estabilizar preços; e) que a alínea quinta permite a aprovação de acordos que objetivem a partilha do mercado em base de especialização da produção ou distribuição; f) que a derradeira alínea versa sobre ‘acordos que visem o estabelecimento de vendedores exclusivos, isto é, vendedores que não possam vender produtos do mesmo gênero ou destinados a satisfação de necessidades conexas, produzidos por outras empresas concorrentes’”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., p. 396.
- 22 Por exemplo, em voto no Processo nº 20.247/76, de 25.04.1977 (Requerente: Cia. Vidraria Santa Marina, DOU de 23 de maio de 1977, Seção I, Parte I, pp. 6.197 e ss.), o Conselheiro-Relator Geraldo de Rezende Martins afirmou que: “a nosso ver, os termos dos instrumentos de fls. e fls. configuram um daqueles ajustes de restrição para a distribuição de mercadorias, cuja validade ficou condicionada à aprovação e ao registro neste E. Conselho, por força do art. 74 da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., p. 388-389.
- 23 Por exemplo, em voto no Processo nº 40.016/75, de 09.09.1976 (Requerente: Petri do Brasil S.A., DOU de 19.10.1976, Seção I, Parte I, pp. 13.852 e ss.), o Conselheiro-Relator Hamilton Bittencourt Leal afirmou que: “No referido contrato, a concedente dá à concessionária a exclusividade de distribuição dos volantes esportivos, em todo o território nacional pelo prazo de um ano. [...] Assim, voto no sentido de ser aprovado e registrado o contrato de concessão apresentado, porquanto, na espécie, não se verifica abuso do poder econômico”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., p. 389-390.
- 24 Infelizmente não há dados do número de atos e contratos que foram registrados perante o CADE nos termos do artigo 74 no período de vigência da Lei nº 4.137/62. Contudo, é esperado que esse número tenha sido bastante reduzido. Como indicativo, de 1963 a 1990 o CADE instaurou 117 processos administrativos, que resultaram em apenas 16 condenações (todas suspensas no Judiciário). Vide Lúcia Helena Salgado, *A economia política da ação antitruste*, São Paulo: Singular, 1997, p. 176. Segundo Arthur Badin, *Prestação de Contas da Procuradoria do CADE*, 2007, 302 processos foram julgados pelo CADE no período 1962-1993.
- 25 Por exemplo, em voto nas Averiguações Preliminares nº 112, de 14.12.1981 (Representante: Bombril S/A Indústria e Comércio; Representadas: Colgate Palmolive Ltda. e Colgate Palmolive Co., DOU de 24 de dezembro de 1981, seção I, p. 24.765 e ss.), o Conselheiro-Relator Feres Osraia Nader do processo afirmou que o: “Estado-Nação, para sobreviver como tal, tem de ser poderoso, também, fora das suas tradicionais fronteiras. Tem de fomentar, apoiar, empurrar financeira, técnica e logisticamente, as suas multinacionais, as multinacionais de raiz interna. [...] há que se proteger as empresas brasileiras de modo a que possam desabrochar para o mundo, em expansão de mercados, de técnica, de grandeza financeira. Assim, temos de interpretar a nossa Lei 4.137/62 no sentido do conhecimento desses fatos. Repito: sem denegir a multinacional estrangeira que aqui, no Brasil, atua legalmente, ajudando ao progresso, mas tendo sempre em vista que, no corpo do art. 160 da Carta Constitucional está bem vincado o fim do desenvolvimento nacional”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., pp. 19-20.

prevista no artigo 170, IV. Ademais, o artigo 173, § 4º, CF estabeleceu que “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*” A isso se soma o novo contexto político e econômico do Brasil, em um movimento de liberalização e abertura da economia, com controle da inflação. Nesse contexto, foi adotada a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, resultado da Medida Provisória nº 204, de 2 de agosto de 1990 e suas reedições<sup>26</sup> (com poucas alterações).<sup>27</sup> Na Exposição de Motivos da referida Medida Provisória, os então Ministros da Justiça e da Economia, Fazenda e Planejamento apontavam para as insuficiências do quadro legislativo para a tutela da concorrência:

Num passado recente, a forte tutela econômica exercida pelo poder público, estabelecendo e aplicando mecanismos de controle de preços, bem como a facilidade com que paralelamente se estimulavam práticas indesejáveis de cartelização e de dumping criaram no País um comportamento empresarial que acabou por prejudicar o justo equilíbrio das forças de mercado.

*Tal situação, que deita raízes em nossa cultura, ensejou a providencial liberação do controle de preços, no contexto da atual política industrial que Vossa Excelência em tão boa hora houve por bem implantar. Essa liberação, imprescindível para viabilizar uma saudável concorrência, voltada para o aumento e aperfeiçoamento da produção e comercialização de bens, para se tornar eficaz necessita, com redobrada urgência, de um mecanismo legal capaz de prevenir distorções e corrigir abusos. E esta é a razão pela qual temos a honra de encaminhar a Vossa Excelência a presente proposta de medida provisória.*

*A legislação brasileira pertinente, em particular a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, vem merecendo de longa data críticas acerbadas da doutrina, sobretudo pela ineficiência dos procedimentos ali estabelecidos, em razão dos quais até mesmo os processos mais simples chegam a consumir anos de infrutífera discussão, sem nenhum senso prático. As alterações que nesta proposta são sugeridas visam, nuclearmente, a conferir eficiência e rapidez à atuação do poder público neste relevante aspecto.*<sup>28</sup> (grifo nosso)

Foi com base nessa mesma fundamentação que a Lei nº 8.158/91 foi sancionada. Tal lei, ao criar a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)<sup>29</sup> e introduzir mudanças na Lei nº 4.167/92, munuiu a sociedade

26 Medida Provisória nº 218, de 03.09.1990, DOU de 03.08.1990, p. 16.807; Medida Provisória nº 246, de 13.10.1990, DOU de 15.10.1990, p. 19.509; Medida Provisória nº 276, de 05.12.1990, DOU de 06.12.1990, p. 23.464.

27 Tércio Sampaio Ferraz Junior, “Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional”, in *Arquivos do Ministério da Justiça* nº 180, ano 45, 1992, p. 181, afirma que “a Lei nº 4.137/62, de raízes relativamente frágeis, tornou-se largamente inoperante. Neste quadro desagregador, a proposta de liberalização da economia trazida por um novo Governo, em março de 1990, tinha dois objetivos básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos ‘cartórios’. E com essa finalidade, a ressurreição da lei antitruste era uma peça fundamental”.

28 Diário do Congresso Nacional, 22.08.1990, Seção Conjunta, p. 3.661.

29 Órgão subordinado ao Ministério da Justiça com a função de “apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e

de um instrumental mais eficaz e adequado à regulação do mercado.<sup>30</sup> O artigo 74 da Lei nº 4.137/62 ganhou nova redação dada pelo artigo 13 da Lei nº 8.158/91.<sup>31</sup> O controle de estruturas passou a ser feito *a posteriori* e pela SNDE (que hoje corresponde à Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça). O objetivo de tal mudança passa ser a criação de um ambiente propício à atividade econômica, com intervenção mínima no mercado. Caso houvesse um ato de concentração que de fato se mostrasse lesivo à concorrência e que não pudesse ser aprovado com base em fundamentos outros como eficiência e interesse nacional, então a SNDE interviria (o que era visto como notória exceção). Outra mudança é que os atos que deveriam ser apresentados para aprovação da SNDE eram todos aqueles com potencial lesivo à concorrência, fugindo-se do rol das alíneas da antiga redação. Foi também incluída uma presunção de lesividade, qual seja, a detenção de participação de ao menos 20% do mercado afetado pelas partes de uma operação, caso em que a notificação era obrigatória.<sup>32</sup>

Ainda no bojo dessa mesma reforma legislativa foi aprovada a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990,<sup>33</sup> que prevê em seu artigo 4º que o abuso do poder econômico mediante concentração empresarial de qualquer natureza (coalizão, incorporação, fusão, integração, concentração de ações, aquisição de acervos de empresas ou quotas, ações, títulos e direitos) é crime contra a ordem econômica, punível com reclusão de dois a cinco anos ou multa. Quis-se, assim, assegurar tratamento dos mais severos (de ordem criminal) para aqueles atos concentracionistas que possam lesar a concorrência.

As Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91, com suas respectivas regulamentações, passaram a coexistir, por vezes com previsões contraditórias e sem a criação

*controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”.*

30 A Lei nº 8.158/91 foi regulamentada pelo Decreto nº 36, de 14.02.1991 (publicado no DOU de 15.02.1991).

31 Nova redação: “Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;

b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;

) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;

d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no “caput”, quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

[...] § 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; [...]

§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima. [...].”

32 “Art. 74, §2º Incluem-se nos atos de que trata o “caput”, aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.”

33 Publicada no DOU de 28.12.1990, p. 25.534.

da noção de um sistema. Além disso, havia outras legislações esparsas – como a Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990, que estabelecia tratamento criminal a determinadas condutas anticompetitivas<sup>34</sup> – que dificultavam ainda mais a aplicação coerente do direito da concorrência. Para sistematizar e consolidar os novos conceitos e procedimentos, foi promulgada então a Lei nº 8.884, em 11 de junho de 1994.

A Lei nº 8.884/94 instituiu o CADE como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e composto por seis conselheiros e um presidente. Foram também estabelecidas competências em matéria antitruste para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE)<sup>35</sup> que, juntamente com o CADE, formam o que se convencionou chamar “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”. Três pilares básicos foram estabelecidos: atuação preventiva, via controle de concentrações, atuação repressiva, via controle de condutas, e atuação educativa, via promoção da cultura da concorrência. A nova lei revogou as Leis nº 4.137/62, 8.158/91 e 8.002/90, e alterou a Lei nº 8.137/90, dando unidade e sistematicidade ao tema da defesa da concorrência no país. Passou-se de um sistema antes baseado na defesa da economia popular (ainda que transvestido do nome “concorrência” no período 1962-1988) para a promoção da concorrência propriamente dita (a partir de 1994), tendo havido um período de transição a partir da promulgação da nova Constituição e com a tomada de posse do Presidente Fernando Collor em março de 1990. A aplicação dos novos conceitos em um ambiente econômico propício gerou uma verdadeira *revolução antitruste* no Brasil.

Com relação ao controle de estruturas, optou-se por um sistema de notificação obrigatória e *a posteriori* dos atos de cooperação ou concentração econômica com potencial lesivo à concorrência – sendo estabelecidos critérios objetivos de notificação obrigatória para os casos de concentração econômica no artigo 54 da nova lei. Nos primeiros cinco anos de aplicação da Lei nº 8.884/94, um considerável percentual de concentrações foi reprovado – como Rockwell do Brasil/Álbarus<sup>36</sup> e Brasilit/Eternit<sup>37</sup> – ou

34 Publicado no DOU de 14.03.1990, p. 5.167. Previa que: “Art. 1º Fica sujeito à multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

I - recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

II - condicionar a venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviço acessório, pelo próprio vendedor ou por terceiro que ele indicar ou contratar, quando o comprador se dispuser a transportá-la por sua conta e risco.”

35 Instituída em 01.01.1995, como desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

36 AC nº 1/94 (Conselheiro-Relator: Marcelo Monteiro Soares). A operação consistia na aquisição da Divisão Braseixos da empresa Rockwell do Brasil S.A. pela Álbarus Indústria e Comércio S.A (segmento de auto-peças). Ementa: “Por maioria, o Colegiado manifestou-se contrariamente à operação de aquisição da Divisão Braseixos da Rockwell do Brasil S.A. pela Álbarus Indústria e Comércio S.A.”, de 01.12.1994. Em 24.01.1995, o ato foi rerepresentado (Ato de Concentração nº 26/95) e aprovado em 19.12.1995 mediante a assinatura de um TCD (disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPIIntranet/temp/t131200819595528.pdf>).

37 AC nº 6/94 (Conselheira-Relatora: Neide Teresinha Malard). A operação consistia na associação da Eternit S.A. e Brasilit S.A. para a formação de uma nova empresa chamada Eterbrás Sul Ltda. Ementa: “Por unanimidade, o Colegiado negou autorização às Requerentes Brasilit S.A. e Eternit S.A. para se associarem na criação da empresa Eterbrás Sul Ltda.”, de 25.11.1994.

sofreu restrições estruturais, – como Rhodia/Sinasa,<sup>38</sup> Gerdau/Pains,<sup>39</sup> Kolynos/Colgate,<sup>40</sup> Brahma/Miller,<sup>41</sup> e Antarctica/Anheuser Bush<sup>42</sup>). A média de operações que sofriam restrições superava 10% do total de atos apresentados, sendo que a maioria das restrições foi além da mera restrição de eventual cláusula de exclusividade e estavam condicionados ao quanto estabelecido nos chamados “Termos de Compromisso de Desempenho” (TCD)<sup>43</sup>. Havia um óbvio *viés de seleção*: no início de vigência da lei apenas as operações que envolviam grandes concentrações eram apresentadas. Ao poucos, o CADE foi afirmando sua competência para analisar atos de concentração com potenciais efeitos lesivos no país. O CADE enviou, principalmente em 1998 e 1999, “*cartas-alerta*” às empresas integrantes de operações para que elas tomassem conhecimento da lei antitruste e apresentassem o ato, caso este preenchesse os requisitos de notificação obrigatória estabelecidos na lei.<sup>44,45</sup> O objetivo era difundir a existência do

38 AC nº 12/94 (Conselheiro-Relator José Matias Pereira). A operação consistia na formação de uma *joint venture* entre Rhodia S.A. e Sinasa S.A. Administração, Participações e Comércio denominada Rhodia-Ster S.A.

39 AC nº 16/94. Em 29.03.1995, o Plenário do CADE decidiu, por maioria, “*pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Korl Gmbh (Cia. Siderúrgica Pains), determinando-se às Requerentes [...] a DESCONSTITUIÇÃO dos atos pertinentes à incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau*”. Em novembro de 1995, o grupo Gerdau pediu ao então Ministro da Justiça Nelson Jobim que modificasse a decisão do CADE que vetou a compra da siderúrgica Pains. O Ministro Jobim suspendeu a decisão, o que gerou grande desconforto, sendo que os conselheiros que votaram contra a Gerdau não foram reconduzidos para os seus mandatos. Essa interferência, não prevista em lei, foi altamente polêmica e gerou inclusive questionamento ao Ministro da Justiça por parte da Câmara dos Deputados (Requerimento de Informações nº 1.170, de 26.10.1995). O CADE flexibilizou as restrições impostas no momento de execução da decisão.

40 AC nº 27/94.

41 AC nº 58/95.

42 AC nº 83/96.

43 Os TCDs são previstos na Lei nº 8.884/94 como condição à aprovação de atos de concentração que levantem preocupações concorrenciais:

“Art. 58. O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do Cade, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.”

O instituto é regulamentado pelo artigo 131 da Resolução nº 45, de 28.03.2007, DOU de 12.04.2007.

44 Por exemplo, conforme ata da 97ª sessão ordinária do CADE, de 07.10.1998 (publicada no DOU de 16.10.1998, n.º 198-E, seção 1, pp. 1-2), o “*Presidente do C.ADE, Gesner Oliveira, submeteu ao Plenário o teor de Cartas-Alerta endereçadas às empresas Tirreno e Comércio Derivados Plásticos Ltda., Petroquímica União e Branco Peres Citrus S.A.. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta, que correspondem aos Ofícios/CADE no 1744/98, 1745/98 e 1746/98.*” Ainda, ata da 100ª sessão ordinária do CADE, de 28.10.1998 (publicada no DOU de 06.11.1998), dá conta que “*O Presidente submeteu ao Plenário o teor de duas Cartas-Alerta, endereçadas às empresas Bosch S.A. e Café Seleto. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta. [...] O Presidente do C.ADE, Gesner Oliveira, levou ao conhecimento do Plenário as incorreções apresentadas na reportagem publicada no jornal Gazeta Mercantil, em 26.10.1998, “Cade questiona Grupo Pão de Açúcar”, afirmando que o C.ADE não questionou ou denunciou a referida empresa. As Cartas-Alerta resultam de competência legal do Plenário do CADE, expressa no inciso XVIII do artigo 7º da Lei 8884/94 (“Compete ao Plenário do C.ADE: instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”), e buscam trazer informações relevantes ao cumprimento da Lei.”*

45 Há registro de que o CADE, em sessão de 26.02.2003, decidiu encaminhar aos bancos “*cartas-alerta*”, informando sobre a necessidade de as instituições financeiras apresentarem todas as fusões e incorporações ocorridas no sistema financeiro à apreciação do órgão.



controle estrutural e assegurar que a lei fosse cumprida, com a aplicação de multas por apresentação intempestiva (que chegou a 20% dos casos, em 1999 e 2000)<sup>46</sup>.

No afã de implementar a lei antitruste, foi adotada interpretação extensiva do critério do faturamento constante do artigo 54, § 3<sup>o</sup><sup>47</sup>: todos os atos em que os grupos econômicos das partes envolvidas apresentassem faturamento mundial no ano anterior à operação igual ou superior a R\$ 400 milhões deveriam ser apresentados ao SBDC. Se por um lado isso aumentava a visibilidade da lei, por outro fazia com que um crescente número de atos sem potencial lesivo fossem apresentados às autoridades brasileiras, principalmente após 2000, ano a partir do qual o CADE passou a ter reputação nacional e internacional.<sup>48</sup>

De 1994 até julho de 2010, mais de seis mil atos de concentração foram apresentados para a análise das autoridades de defesa da concorrência no Brasil. Apesar de todos os esforços das autoridades – eliminação das sobreposições, refinamento dos critérios de notificação, criação de institutos como o “*Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação*” (APRO), emissão de guias de análise – o sistema mostrou-se altamente inefetivo por ser *a posteriori*. Em sistemas em que a notificação é obrigatória e a posteriori, as partes não têm incentivo em compartilhar com as autoridades as informações sensíveis. O processo de análise é mais demorado, menos cooperativo e ao final, passou-se tanto tempo, que se estará diante do problema dos “ovos mexidos”: uma vez misturados, fica difícil separar a gema da clara. Exemplo mais claro dessa limitação foi a proibição pelo CADE da aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé S.A.<sup>49</sup>, até hoje discutida perante o Poder Judiciário. Não por outro motivo, dos oitenta e

46 Gesner Oliveira & Bruno Werneck, *Roteiro para análise de atos de concentração: uma proposta para o quadro institucional brasileiro*, EAESP/FGV/NPP: Núcleo de pesquisas e publicações, sem data.

47 Prevê o artigo 54 que “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. [...] § 3o Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

48 Em linha com o planejamento estratégico estabelecido pelo CADE em 1997: “A consolidação dos avanços fartamente ilustrados neste Relatório Anual 1997, aliada à formulação criteriosa e realista da nova agenda que se vislumbra com a modernização da economia brasileira, permitirá ao CADE se credenciar como instituição que almeja a maturidade institucional no ano 2000.” (CADE, *Relatório Anual 1997*, Brasília, 1998, p. 20).

49 AC nº 08012.001697/2002-89; Requerentes: Chocolates Garoto S.A./Nestlé Brasil Ltda., julgado em 04.02.2004). A decisão do CADE foi questionada no Judiciário. Em 19.03.2007, o Juiz da 4ª Vara Federal do Distrito Federal julgou procedente o pedido dos autores, declarando “aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15.03.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da antarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação”. (Processo nº 2005.34.00.015042-8). Em 28.05.2007, o CADE interpôs recurso de apelação perante o TF-1ª Região. Em setembro de 2009, a 5ª Turma do TRF-1ª Região, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação “para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento pelo CADE do pedido de repreciação, a fim de que outro julgamento proceda na devida forma”. Em março de 2010, o processo permanecia no Tribunal, aguardando julgamento de embargos de declaração.

oito países identificados como possuidores de controle estrutural<sup>50</sup>, apenas o Brasil, Egito e Paquistão tem controle obrigatório e *a posteriori*.

O sistema encontra-se hoje, portanto, diante de um novo desafio, que é a introdução de um controle prévio de concentrações. Desde 2000, o assunto é especificamente discutido.<sup>51</sup> Em 2005, foi a vez de nova tentativa para emplacar a reestruturação do sistema. A Exposição de Motivos nº 107-A MJ/MF/MP, de 1º de setembro de 2005, deu grande destaque à necessidade de reforma do controle de estruturas:

[...] 18. O controle de concentrações não é prévio, o que significa que as partes podem consumir a operação antes da decisão do Sistema. Isso as incentiva a tentar postergar a análise o máximo possível, ao mesmo tempo em que reduz substancialmente as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente aventados. Vale observar que a grande maioria de condicionantes impostos para a aprovação de operações foi de caráter comportamental, em oposição aos condicionantes de caráter estrutural, muito mais efetivos para corrigir questões concorrenciais advindas de operações de concentração, de acordo com os ditames da moderna teoria antitruste.

Por conta do (então) ambiente desfavorável à criação de novas “agências”, entendeu-se por bem descaracterizar que a proposta implicaria nessa situação, excluindo a referência à *Agência Nacional de Defesa da Concorrência – ANC*. Preferiu-se investir na reestruturação do CADE, que passaria a ser composto por uma Superintendência (com papel similar ao hoje desempenhado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica

50 Para lista completa, vide Martínez, Ana Paula. *Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento: Uma Contribuição Jurídica à Análise de Custo-Benefício*, Dissertação de Mestrado apresentada em maio de 2008 para obter o título de Mestre na Faculdade de Direito da USP.

51 Decreto Presidencial de 11 de agosto de 2000 instituiu “Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de concluir os estudos para criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.” Em 26 de outubro de 2000, referido Grupo de Trabalho colocou em consulta pública proposta, que tocava em três pontos principais no que se refere a controle de estruturas: estabelecimento de um controle prévio, aperfeiçoamento dos critérios de notificação e nova sistemática de análise das operações. Por meio do Aviso nº 805/MF, de 2 de dezembro de 2002, o Ministro da Fazenda encaminhou os projetos (com algumas modificações em relação ao projeto original) para o Ministro Chefe da Casa Civil com a seguinte justificativa: [...] *os problemas diagnosticados são decorrentes não só de um inadequado desenho institucional do Sistema, aliado à carência de recursos disponíveis, mas também de questões de ordem legal – impropriedades pontuais da Lei nº 8.884/94. A existência de três órgãos distintos e a decorrente fragmentação da instrução processual, esta sem paralelo internacional, prolonga excessivamente o prazo de tramitação dos casos e aumenta os custos para o administrado. Note-se, ainda, que esta divisão aumenta significativamente o custo de coordenação entre os três órgãos e propicia inclusive que, em alguns momentos, haja trabalhos replicados. [...] Submeter à análise do CADE todas as operações de concentração notificadas, a maioria das quais nitidamente não prejudiciais à concorrência, é minar-lhe a possibilidade de ação efetiva, no horizonte de tempo necessário, em casos de mérito, por pura e absoluta sobrecarga de trabalho. Isso apenas perpetuaria o modelo perverso que existe hoje, mediante o qual se confere prioridade ao que é menos importante.*” Anexo ao projeto encontrava-se Carta Interministerial firmada pelos então Ministros da Justiça, Fazenda e Planejamento, Orçamento e Gestão que explicava as mudanças propostas, com especial ênfase na limitação do controle a concentrações *stricto sensu* e na introdução da análise prévia. O principal avanço com relação à proposta de 2000 foi colocar uma segunda “trava” no critério do faturamento, a exemplo de outras jurisdições como União Européia: não basta que uma parte envolvida na operação (ou seu grupo econômico) apresente faturamento no Brasil no ano anterior à operação de R\$150 milhões. Será necessário também que o grupo econômico de qualquer outra parte da operação tenha registrado R\$30 milhões de faturamento no Brasil no mesmo período. Outra inovação importante foi a previsão de que esses valores poderiam “ser alterados por resolução conjunta do CADE e da SDE (ou do órgão colegiado do SBDC)”, possibilitando a flexibilidade necessária para adequar o critério caso se percebesse que o valor era por demais restrito ou amplo.



da Secretaria de Direito Econômico) e um Tribunal da Concorrência. De resto, o projeto manteve a previsão de análise prévia, a eliminação do critério de participação de mercado e a redução do critério do faturamento de R\$ 400 milhões para R\$ 150 milhões, com a criação da “segunda trava” de R\$ 30 milhões. O Executivo, na figura do Presidente da República, apoiou o projeto, encaminhado à Câmara sob o nº 5.877/2005. O Projeto de Lei nº 5.877/2005 foi apensado ao Projeto de Lei nº 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca – que trata igualmente da reforma da Lei nº 8.884/94, ainda que de forma muito mais pontual. O Projeto de Lei nº 5.877/2005 foi analisado por Comissão Especial da Câmara e em setembro de 2007, o Deputado-Relator Ciro Gomes apresentou seu voto e proposta de substitutivo, bastante próximo ao projeto apresentado pelo Executivo. Em relação ao controle de concentrações, destaca-se o retorno ao valor de R\$ 400 milhões como critério de faturamento, cumulado com a manutenção da “segunda trava” de R\$ 30 milhões, de modo a limitar o controle de concentrações àquelas operações que de fato podem trazer riscos à concorrência.<sup>52</sup>

O projeto de reforma do SBDC foi incluído como um dos objetivos do *Programa de Aceleração do Crescimento* (PAC) do Governo Federal, programa apresentado em janeiro de 2007.<sup>53</sup> Isso porque espera-se que com a aprovação do PL criar-se-á ambiente institucional mais favorável ao “*livre funcionamento dos mercados e ao investimento privado*”. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados no final de 2008 e recebido pelo Senado Federal em fevereiro de 2009, onde desde então aguarda aprovação.

Da continuação do esforço reformador iniciado na década de 90, depende o futuro da política de concorrência no Brasil. O controle de concentrações avançou significativamente desde 1994, mas ainda padece de importantes limitações, especialmente relacionadas ao fato de termos um controle obrigatório *a posteriori*. Nos parece que a hora de instituir um sistema de controle prévio de atos de concentração finalmente chegou (com a conseqüente necessidade de refinamento dos filtros de notificação), o que contribuirá de forma significativa para atingirmos o objetivo último de uma política antitruste: tornar a economia brasileira eficiente, inovadora e competitiva.

52 Nos termos do voto do Deputado-Relator, “*A introdução de uma “segunda trava” com critério de faturamento de R\$ 30 milhões para a outra requerente constitui inovação importante, proposta tanto no Projeto do Deputado Carlos Cadoca quanto do Poder Executivo, para evitar que todas as aquisições de empresas muito pequenas por empresas maiores tenham que ser notificadas. Esta medida tende a reduzir o número de operações notificadas. De outro lado, a redução proposta do limite do critério de notificação de R\$ 400 para R\$ 150 milhões pode aumentar o número de operações notificadas. O efeito líquido dessas duas alterações é ambíguo. Dado o grande número de operações notificadas sem quaisquer problemas, entendemos que o ideal seria reduzir o número de operações apresentadas, diminuindo, inclusive, os custos dessas transações para boa parte das empresas. Já o Projeto de Lei 3937/2004 do ilustre Deputado Carlos Cadoca mantém o valor da primeira trava de faturamento em R\$ 400 milhões, o que, pelos motivos expostos, consideramos mais apropriado. Assim, seguimos, neste dispositivo, a regra estabelecida no Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca, mantendo o valor do faturamento da primeira requerente para R\$ 400 milhões e introduzindo a segunda trava de R\$ 30 milhões.*”

53 Vide Casa Civil, *Programa de Aceleração do Crescimento 2007-2010*, 22.01.2007.