



REVISTA BRASILEIRA DE FILOSOFIA E HISTÓRIA



A POLÍTICA ANTITRUSTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Raíssa Julie Freire Gouvêa

Graduanda em Direito pela UNIFOR

Email: lissagouvea@gmail.com

Francisco das Chagas Bezerra Neto

Graduando em Direito pelo CCJS/UFCG,

Email:chagasneto237@gmail.com

Clarice Ribeiro Alves Caiana

Graduanda em Direito pelo CCJS/UFCG,

Email:clariceribeirocaiana@gmail.com

Adryele Gomes Maia

Graduada em Farmácia pela Faculdade de Medicina Estácio de Juazeiro do Norte

Email: adryelegm@gmail.com

Paulo Gomes Bezerra

Graduado em Pedagogia e Geografia pela Universidade Vale do Acaraú – UVA,

Email:paulogomes12@gmail.com

Resumo: O presente artigo trata sobre as políticas antitrustes instauradas no ordenamento brasileiro e sua evolução histórica e as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 12.529/2011, conhecida como Nova Lei Antitruste Brasileira, haja vista a persistência, no âmbito jurídico hodierno, de discussões acerca dos aspectos concernentes a tais desdobramentos. Tem-se como objetivo identificar, por meio de uma verificação de literatura, os aspectos relativos à evolução propriamente dita de tal política, por meio da análise das legislações vigentes anteriormente em contraste ao contexto atual. Para tanto, desenvolveu-se um ensaio teórico com investigação de bibliografia histórica e jurisprudencial sobre o tema, chegando-se ao resultado de que o dispositivo legal vigente nos dias de hoje proporcionou uma refinação quanto aos casos a serem analisados pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, e, assim, potencializou a qualidade das investigações realizadas.

Palavras Chaves: Antitruste - Nova Lei Antitruste Brasileira - Defesa da Concorrência - Direito Constitucional - Economia Jurídica.

THE ANTITRUST POLICY IN THE LEGAL ORDER AND ITS HISTORICAL EVOLUTION

Abstract: This article deals with the antitrust policies established in the Brazilian legal order and its historical evolution and the legislative innovations introduced by Law no. 12,529/2011, known as the New Brazilian Antitrust Law, given the persistence, in the current legal framework, of discussions about the aspects concerning such developments. The objective is to identify, through a literature review, the aspects related to the actual evolution of such policy, through the analysis of the legislation in force in contrast to the current context. For that, a theoretical essay was developed with investigation of historical and jurisprudential bibliography on the subject, arriving to the result that the current legal provision has provided a refining in the cases to be analyzed by the Administrative Council of Defense of the Competition, and thus enhanced the quality of the investigations carried out.

RBFH ISSN 2447-5076 (Pombal – PB, Brasil), v. 8, n. 1, p. 10-25, jan. - dez., 2019

<http://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RBFH>

Key Words: Antitrust - New Brazilian Antitrust Law - Defense of Competition - Constitutional Law - Legal Economics.

1. Introdução

Na contemporaneidade, um dos tópicos mais discutidos no ordenamento jurídico brasileiro consiste na conjuntura em que se encontram os efeitos causados pelas legislações acerca da defesa da concorrência, em especial a legislação antitruste, sob a ótica econômica e constitucional.

De fato, compreende-se que a concorrência é um dispositivo vital para a manutenção do sistema capitalista, cujo bom funcionamento depende desse fator concorrencial. Nesse diapasão, surge a necessidade de se estabelecer legislações que regulem e protejam tal dispositivo, visando inibir práticas anticoncorrenciais e, assim, mitigar a possibilidade de prejuízos aos agentes e ao sistema econômico.

Assim, tem-se como objetivo geral discorrer acerca dos desdobramentos relativos à legislação antitruste gerado à ordem social e jurídica. Para tanto, questiona-se sua evolução histórica mediante três objetivos específicos: analisar o surgimento da defesa da concorrência a nível mundial, examinar os dispositivos legais a ela relativos no ordenamento jurídico pátrio e, por fim, compreender a Nova Lei Antitruste Brasileira e seus efeitos no contexto hodierno.

Desse modo, organiza-se o texto em três seções além desta introdução e das considerações finais. Na seção 2, a seguir, apresentar-se-ão os aspectos relativos ao surgimento da defesa da concorrência. A seção 3, por sua vez, abordará sua evolução no ordenamento nacional. Por fim, a seção 4 investigará a Nova Lei Antitruste Brasileira, compreendendo, enfim, os efeitos por ela causados.

2. Metodologia

Em atendimento aos objetivos propostos, utilizar-se-á uma prodigalidade de fontes bibliográficas na combinação dos métodos de abordagem, procedimento e coleta

de dados. Quanto ao primeiro, empregou-se o método dedutivo, o qual, conforme Lakatos e Marconi (1995) parte de princípios já existentes para a elaboração de conclusões lógicas. No que tange ao artigo elaborado, parte-se de uma conceituação e análise do surgimento inicial da defesa da concorrência para, enfim, averiguar as legislações a ela coniventes no ordenamento jurídico pátrio.

Concernente ao método de procedimento, aplicar-se-á o método histórico, em especial na análise da evolução das terminologias concernentes à temática, compreendendo, enfim, sua influência no meio social contemporâneo. Por sua vez, o método de coleta de dados a ser utilizado será o bibliográfico, visto que livros, revistas, teses e artigos estarão presentes no embasamento do trabalho, bem como o documental, considerando-se a utilização da Constituição Federal como fonte para o estudo.

Ressalta-se, por fim, que o intuito desta pesquisa não é exaurir o tema proposto, visto que requer uma abordagem mais ampla. Serve, porém, de ponto de partida para maiores debates.

3. A defesa da concorrência: surgimento

Apesar de não haver um consentimento com relação a quais dispositivos são responsáveis pela primeira regulação concernente às políticas antitrustes, entende-se, de maneira geral, que é pelo escambo, utilizado desde a Revolução Neolítica e potencializado durante o período das Grandes Navegações, que ocorre a presunção inicial de quais regras disciplinam as ações dos agentes econômicos, o que significa dizer que desde a Antiguidade já há legislação concernente a tais condutas (FORGIONI, 2010). No entanto, alguns autores também afirmam que só pode-se considerar a vigência de regras a partir do século XVIII, em que se iniciou o emprego da palavra 'concorrência' em relação aos discursos técnico-econômicos, de modo que o bom funcionamento

dos sistemas econômicos começou a ser trabalhado de maneira mais específica, juntamente com o advento das ideias liberais.

Forgioni (2010) continua mencionando as mudanças coniventes aos sistemas de produção ocorridas no mesmo íterim, potencializadas pela Revolução Industrial. À época, o que inicialmente era produzido mediante manufatura tornou-se industrializado, o que desencadeou a inexistência das corporações de ofício, as quais, até então, eram incumbidas da regulação econômica pelo estabelecimento de rígidas legislações, o que originou uma maior liberdade aos produtores, estabelecendo sua conduta no sistema econômico e, enfim, a livre concorrência.

Com o passar do tempo, foi-se notando a persistência de uma chamada competição predatória entre os agentes de mercado, a qual, caso não fosse controlada, poderia ser prejudicial ao sistema como todo, tornando necessária uma maior regulação por meio do Estado. Como consequência desse cenário, a última década do século XIX foi marcada pelo surgimento de atos específicos direcionados à defesa da concorrência, especialmente no sistema austríaco de economia, espalhando-se, posteriormente, pelo continente europeu como um todo (FORGIONI, 2010).

Na atualidade europeia, a política antitruste e suas diretrizes são regulamentadas pelo Tratado de Roma (1958), muito embora persista, nesse continente, a ideia de formação de um mercado único, isto é, os interesses de seu regime antitruste estão voltados para a política industrial, regional e social, diminuindo o protagonismo do poder econômico (GHEVENTER, 2004). A defesa da concorrência surge, de fato, no continente americano, especialmente no Norte, em que, no Canadá e nos Estados Unidos, foram publicados o Act of Prevention and Supression of Combinations Formed in Restraints of Trade e o Sherman Act, respectivamente, sendo o último considerado pela maioria dos economistas como marco inicial da legislação antitruste, embora não tenham sido eficazes de fato no momento de sua promulgação.

Na década de 1910, o desenvolvimento da Federal Trade Comission (FTC), órgão administrativo que, assim como o Conselho

Administrativo de Defesa Econômica (CADE) brasileiro, é responsável pela realização de investigações a respeito de atos concernentes à ameaças para a concorrência em terras estadunidenses. Nessas terras, há uma necessidade de monitoramento, pois, indo de encontro ao verificado no continente europeu, os valores de protecionismo estatal e cooperação não existem, dando lugar à competição e à liberdade econômica.

Tangente ao seu surgimento no contexto latino-americano, sabe-se que, embora países como a Argentina e o México já tivessem regulação concernente às políticas antitrustes desde o século XX, o desenvolvimento dessas legislações em outros países da América Latina foi tardio, aparecendo somente nos anos 1990, como resultado das reformas econômicas e políticas manifestadas na década anterior, que em muito contribuíram para o fortalecimento da defesa da concorrência (FORGIONI, 2010).

4. A evolução da defesa da concorrência no cenário brasileiro

No íterim do século XX, o ordenamento econômico brasileiro enfrentou as mais diversas e profundas modificações nunca observadas. As políticas relativas às legislações antitrustes, no entanto, somente se desenvolveram ao fim desse século, atingindo sua maior evolução no início do século XXI (FORGIONI, 2010).

Entretentes, impende sublinhar que não se atingiu maturidade plena no que tange à defesa concorrencial pátria. Seu desenvolvimento aconteceu de maneira paralela à transição econômica de sistemas, partindo de uma economia extremamente controlada e com alta concentração, à uma liberal e com muita competitividade (TODOROV, 2012).

Durante a primeira metade do referido século, percebe-se os esforços realizados com relação à industrialização da economia brasileira, em que até então a produção agrária expressava seu protagonismo, especialmente no que diz respeito às exportações. Havia uma dominação política e econômica realizada pelas elites locais, dando destaque aos grandes produtores, cenário somente modificado pela eleição de Getúlio Vargas, em 1930

(MONTEIRO, 2003). Após tal fato, quatro grandes períodos devem ser analisados graças a sua característica de marco transitório referente à política antitruste brasileira, a serem elencados a seguir.

Inicialmente, convém mencionar o ínterim entre 1930 e 1962. Na década de 1930, uma série de mudanças políticas e econômicas foram originadas pelo novo governo. Na conjuntura política, Vargas iniciou um processo de centralização, o que culminou no fim das elites regionais antes responsáveis pela dominação do país. Concernente à economia, houve uma presença ativa por parte do Estado, a qual provocou o processo de industrialização brasileiro (TODOROV, 2012).

Essa presença estatal manifestou-se por meio de uma estratégia embasada em um modelo de substituição de importações, ampliando o desenvolvimento das indústrias de base, siderúrgica e petrolífera no ordenamento pátrio, utilizando o capital estatal. Como consequência disso, o governo assumiu o protagonismo no sistema econômico brasileiro, de modo a, inclusive, dominar alguns dos segmentos de nossa economia (CASTRO E CARVALHO, 2002).

Convém mencionar, contudo, que a atuação estatal não foi a única responsável pelo desenvolvimento. Além dela, “[...] a urbanização do país e, por consequência, o aumento do mercado doméstico; a Segunda Guerra Mundial; o comportamento dos mercados exportadores; e as relações do Brasil com parceiros comerciais chave” também tiveram expressiva importância para tal evolução (TODOROV, 2012, p. 211).

No âmbito legislativo, três constituições foram instauradas entre os anos analisados: A Constituição de 1934, a de 1937 e a de 1946. As duas primeiras vigoraram no período do primeiro mandato de Getúlio Vargas, e a primeira delas foi a responsável pela cópia dos ideais socialdemocratas vigentes no período, além de ter concedido maior poder ao Governo Federal e exibindo, de maneira inédita, ideais de liberdade econômica em uma constituição nacional (FORGIONI, 2010). Referente ao âmbito econômico, convém sublinhar os seguintes artigos da CF/1934:

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.

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.

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. Parágrafo único. É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.

Pela análise, entende-se que, no artigo 115, a liberdade econômica não era plena e poderia sofrer restrições com vistas à garantia de princípios de justiça e de necessidades da vida social. No artigo 116, o Governo Federal é incumbido do monopólio de qualquer atividade econômica. Por fim, o artigo 117 introduz a fomentação da economia popular, princípio ainda presente na Carta Magna de 1988. Não havia, no entanto, à época, legislação antitruste vigente no âmbito constitucional, de modo que tal direito não funcionava de maneira ilimitada aos agentes econômicos (FORGIONI, 2010).

A CF/1937, por sua vez, trouxe em seu texto a dissolução do Congresso e foi inspirada em ideais fascistas e em diretrizes de caráter autoritário (FORGIONI, 2010). Essa Constituição instaurava uma intervenção estatal forte na economia, em razão de uma iniciativa deficiente por parte do setor privado, como se observa em seu artigo 135:

Art. 135, CF/1937. 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.

Ao mesmo tempo, ocorria uma ideia de economia popular a ser perseguido pelo Estado, princípio observado no artigo 141 do texto legal, *in verbis*: “Art. 141, CF/1937. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

Sob a constituição de 1937, foram instaurados dispositivos legais relativos ao antitruste. Destacam-se, especialmente, o Decreto Lei nº 869/1938, que definia os crimes contra a economia popular com vistas a reprimir o abuso de poder econômico de modo a proteger os interesses do consumidor, e o Decreto Lei nº 7.666/1945, que dispunha acerca dos atos que iam de encontro à ordem moral e à ordem econômica, e criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (MONTEIRO, 2003, p. 42).

O primeiro decreto pode ser marcado como o primeiro dispositivo legal pátrio que trazia de maneira nítida caracteres antitrustes, dentre os quais alguns persistem em nosso ordenamento jurídica, quais sejam a manipulação da oferta e da procura; a fixação de preços ante acordo entre agentes econômicos; e a venda abaixo do preço de custo. No entanto, o principal intuito do decreto dizia respeito à proteção da economia popular e do consumidor. Deve-se destacar, nesse diapasão, a diferença existente entre o nosso sistema antitruste e norte-americano: enquanto o deles concerne à uma relação entre o liberalismo econômico e a liberdade de concorrência, o nosso visa diretamente a proteção ao consumidor, como leciona Forgioni (2010).

Em seguida, a Constituição de 1946 trouxe diretrizes de caráter democrático à política nacional, embora não deixasse de estabelecer normas acerca do domínio econômico, especialmente nos artigos 146 e 148, nos quais se lê:

Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Art. 148. 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.

Forgioni (2010) menciona, inclusive, que o artigo 148 (CF/1946) foi responsável por redirecionar a política antitruste brasileira, tirando o foco direto da proteção ao consumidor e aumentando a repressão ao poder econômico. Observando de maneira geral a referida Constituição, percebe-se outras legislações relativas às políticas antitrustes, quais sejam: Lei nº 1.521/1951, que alterava os dispositivos da legislação vigente acerca de crimes que feriam a economia popular; Lei nº 1.522/1951, que autorizava o Governo Federal a intervir no domínio econômico; Lei nº 4.137/1962, que regulava a repressão ao abuso do poder econômico e criou o CADE; Lei Delegada nº 4/1962, que dispunha acerca da intervenção no domínio econômico; e o Decreto-Lei nº 52.025/18, que regulamentava a Lei nº 4.137 mencionada anteriormente (MONTEIRO, 2003, pp. 41-42).

Depreende-se, destarte, que só houve a criação de instituição específica relativa à aplicação da política antitruste no Brasil em 1962. A partir da lei n 4.137, o CADE foi incumbido de investigar quaisquer condutas que fossem anticompetitivas, de modo que um poder de restrição à comportamentos anticompetitivos foi conferido à uma autoridade brasileira (TODOROV, 2012).

Vale mencionar, todavia, que em dez anos de existência o CADE só julgara menos de dez processos e não havia condenado nenhum deles. Seu maior obstáculo era o Poder Judiciário, o qual, não raro, suspendia suas decisões e contribuiu para que a sociedade e os agentes econômicos vissem o Conselho como um órgão inoperante e/ou incompetente. Além disso, o governo tinha extremo interesse no desenvolvimento industrial, de modo que não

havia um real interesse no combate aos cartéis e às práticas anticompetitivas de economia (TODOROV, 2012).

O período a ser analisado a seguir compreende os anos entre 1962 e 1988, marcado majoritariamente pelo regime militar. Com seu advento em 1964, a legislação de 1962 relativa ao antitruste foi esquecida e tornou-se ineficaz (TODOROV, 2012). Durante esse ínterim, houve a conservação o Congresso Nacional, muito embora este fosse controlado pelas forças armadas. Com isso, a proposta da Constituição de 1967 foi aprovada com facilidade, havendo, como diretrizes constitucionais principais, a segurança nacional, isto é, o combate aos inimigos do regime.

No âmbito econômico, houve, até 1974, elevado crescimento e taxas inflacionárias baixas, consequências de um investimento exacerbado tanto público quanto privado, porém, a dívida externa aumentou exponencialmente. Tal período foi conhecido como “milagre econômico”, pois, de 1974 para frente, houve um retrocesso na economia, de modo que a década de 1980 configurou uma estagnação nesse diapasão, sendo considerada, inclusive, como uma “década perdida” (TODOROV, 2012).

No período, houve extremo controle governamental nos setores econômicos, potencializando uma concentração de poder, especialmente nos setores bancários, energéticos, petrolíferos e midiáticos. Essa conjuntura mitigou o desenvolvimento de políticas antitrustes inéditas, bem como atenuou o exercício das já existentes, contribuindo somente para a criação de políticas que objetivavam o desenvolvimento nacional (TODOROV, 2012).

Apesar desse contexto, dois importantes dispositivos entraram em vigor no período, quais sejam o Decreto-Lei nº 63.196/1968, que dispunha acerca do sistema regulador de preços no sistema econômico, e o Decreto-Lei 92.323/1986 (MONTEIRO, 2003), o qual, mesmo antes da promulgação da Constituição Cidadã, buscou trazer à tona o CADE, por meio de uma tentativa de transformá-lo em um órgão cuja operatividade fosse efetiva.

Esse último decreto reestruturou inteiramente o Conselho, nomeando novos

líderes e transferindo sua sede, embora tais medidas não tenham sido suficientes, uma vez que a intervenção estatal no mercado ainda era extrema, inibindo, então, a concorrência (TODOROV, 2012). Tal conjuntura de desinteresse estatal com relação à defesa da concorrência somente se alterou após a promulgação da Carta Magna de 1988.

A nova Constituição inaugurou um período inédito para o ordenamento brasileiro não apenas com relação à defesa da concorrência, mas em todo o cenário político e econômico pátrio. Com sua promulgação, uma agenda política real foi desenvolvida no Brasil, com vistas a consolidar, gradativamente, a democracia (TODOROV, 2012).

Concernente à economia, a Constituição trouxe um maior equilíbrio no que tange à relação pública e privada, graças aos novos princípios de livre mercado presentes em seu texto. Especialmente nos artigos 170 e 173 (CF/1988), houve um maior respaldo com relação às diretrizes da ordem econômica brasileira, dando destaque à consolidação de uma legislação realmente antitruste, que entrou em vigor a partir da Lei nº 8.884/1994.

A década de 1990, principalmente em seu início, com o governo de Fernando Collor (1990-1992), trouxe consigo a abertura do sistema econômico pátrio para importações, bem como iniciou as privatizações (TODOROV, 2012). Tal movimentação, anterior à Lei nº 8.884/1994, também culminou no desenvolvimento de dispositivos relativos à defesa econômica.

O Decreto nº 99.244/1990, por exemplo, dispunha acerca de uma nova organização e funcionamento de órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, contribuindo para a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, a qual, por sua vez, conferia ao antigo CADE posição de apoio técnico, e potencializou o julgamento de diversas práticas. A imprensa, no entanto, não tornou tal cenário atrativo ao público, ao atribuir à política antitruste nacional caráter de “instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia” (FORGIONI, 2010, p. 125).

A seguir, a liberalização do sistema econômico, com o objetivo de alcançar uma

autorregulação com relação ao mercado, e a abertura que a acompanhava tornaram necessária a criação de dispositivos que inibissem abusos por parte dos agentes econômicos, qual seja a Lei nº 8.158/1991. Esse dispositivo, muito embora não tenha revogado a lei anterior, 4.137/1962, tornou perceptível uma ação gradativa que concernia à presença de um sistema para investigação de condutas lesivas à livre concorrência de maneira mais eficiente (TODOROV, 2012).

O final do século XX culminou na aprovação da lei que simbolizaria o grande marco de mudança para a política antitruste nacional, que foi a Lei nº 8.884/1994. Monteiro (2003) leciona, inclusive, que este dispositivo foi o grande responsável pela inauguração da “era moderna de concorrência no Brasil” (MONTEIRO, 2003, p. 44). Com ela, uma série de mudanças a nível profundo foram inauguradas no sistema econômico brasileiro, em especial no que tangia à livre concorrência, o que contribuiu, enfim, para que a nação estivesse entre os poucos países em que leis antitrustes tinham efetividade e atuavam de maneira contemporânea.

Nesse diapasão, impende sublinhar que a implantação desse dispositivo legal aconteceu paralelamente ao nascimento do Plano Real. Com ele, visando a estabilização econômica pátria, uma série de modificações na estrutura comercial do país foram estabelecidas, e, logicamente, a questão concorrencial foi incluída nesse rol de mudanças, visando assegurar que os agentes produtores atuassem com maior competitividade, e, assim, diminuir os possíveis riscos aos consumidores (TODOROV, 2012).

Com a inovação legal supramencionada, o CADE se torna uma autarquia, e se torna, portanto, uma agência independente vinculada ao Ministério da Justiça, cuja atividade, *a priori*, teria característica típica da Administração Pública Direta (regulação do mercado), contudo, para que a legislação seja aplicada de maneira efetiva e funcional, exige que as gestões administrativa e financeira não sejam centralizadas (TODOROV, 2012). Esse contexto veio a configurar um protagonismo para o CADE com relação à defesa econômica

do Brasil, muito embora não o tornasse o único agente da política antitruste na conjuntura.

Foi nomeado, pela doutrina, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que era composto pela tríplice conjunta composta pelo CADE, pela Secretaria de Defesa Econômica (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SDE), os quais se tornaram os três órgãos incumbidos de proteger a economia brasileira com relação aos abusos aplicados pelo poder econômico. Além disso, quaisquer investigações relativas ao tema seriam compartilhadas em competência pela SCE, pela Polícia Federal e pelo Ministério Público (MONTEIRO, 2003). Em seguida, a Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 12.529/2011) positivou, com certas modificações, o SBDC, de modo a torná-lo efetivamente parte do ordenamento jurídico pátrio, aspecto a ser analisado mais a diante em nosso estudo.

Tratando da Lei nº 8.884/1994, esse dispositivo foi reformado no ano de 2000, com a promulgação da Lei nº 10.149, que determinou o surgimento de um programa de leniência a ser aplicado para empresas que se envolvessem em atividades de cartel, contribuindo para o aumento dos poderes investigativos do SDE. Contudo, tais modificações só tiveram sua implementação real e efetiva no ano de 2003 (FORGIONI, 2010).

Convém mencionar, ainda, que, embora esses dois dispositivos legais tenham trazido inúmeras inovações ao cenário econômico pátrio, houve, também, problemas a serem apontados com relação aos dez primeiros anos de sua vigência. Do escólio de Matias-Pereira (2006, p. 64), extrai-se que as análises realizadas pelo CADE até 2004 utilizaram um arcabouço teórico que combinava teoria econômica e direito antitruste, o que restringia exponencialmente os debates relativos ao tema, de modo que os casos, em sua totalidade, “ficaram restritos aos espaços políticos, empresariais e acadêmicos”. Dessa maneira, não havia um repasse efetivo por parte do Estado à população com relação as decisões que eram tomadas no âmbito da defesa da concorrência, contribuindo para que as regras de políticas antitrustes nacionais não fossem de acesso público.

Indo de encontro ao exposto anteriormente, Gama e Ruiz (2007, p. 256) aduzem que a práxis da defesa da concorrência no país se afastava da teoria econômica durante os anos compreendidos entre 1994 e 2004, graças à “falta de informação, aliada à falta de operacionalidade de alguns conceitos-chave econômicos para análise antitruste”. Essa conjuntura provocava uma aplicação heterogênea com relação à lei antitruste brasileira no íterim, embora tenha contribuído para uma jurisprudência mais extensa acerca desse conteúdo.

Em contraste ao cenário anterior, na segunda metade dos anos 2000 no Brasil o sistema de defesa da concorrência nacional consolidou-se de maneira exponencial (TODOROV, 2012). O Conselho tornou-se mais notório, tendo expressividade midiática e, portanto, maior respeito no ordenamento pátrio. Essa evolução pode ser percebida ao analisar-se o índice de classificação das autoridades antitrustes de diferentes países, desenvolvido pela *Global Competition Review*, no qual são analisados dados essenciais pertinentes ao funcionamento das agências, desde o orçamento até o número de casos. No ano de 2005, o CADE possuía 3 de 5 estrelas, conjuntura que só foi modificada em 2011, quando o Conselho ganhou meia estrela a mais.

Quando a Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 12.529/2011) entrou em vigor, todos os dispositivos da Lei anterior foram revogados, de modo que uma série de modificações foram implementadas no ordenamento pátrio, especialmente na política antitruste (TODOROV, 2012), tornando-a, portanto, um marco legal para o cenário. A promulgação dessa lei contribuiu para que, rapidamente, juristas, economistas e doutrinadores apontassem suas inovações com relação à Lei nº 8.884/1994.

Já inicialmente, em seus artigos 1º e 3º, a lei positiva o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que, anteriormente ao dispositivo, vigorava somente como elemento doutrinário:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames

constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei. (BRASIL, 2011)

A estrutura organizacional do Sistema Brasileiro de Defesa econômica, composta pelo CADE, pela SCE e pela SEAE, foi enumerada e analisada por Barbosa (2006), que explicitou seu funcionamento à luz da Lei nº 8.884/1994, de modo que:

a) Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência estava incumbido dos julgamentos e decisões acerca dos casos pertinentes ao SBDC, agindo, portanto, como um tribunal efetivo e sendo a última instância de julgamento a atuar na esfera administrativa;

b) Secretaria de Direito Econômico era responsável pela construção de pareceres que subsidiassem o julgamento e as decisões promovidos pelo CADE;

c) Secretaria de Acompanhamento Econômico atuava, também, na elaboração de pareceres, porém direcionados à instrução dos julgamentos, especialmente nos aspectos econômicos referentes aos casos investigados.

Na prática, o SDE era incumbido dos pareceres que se referissem aos casos de condutas anticompetitivas, qual seja a formação de cartéis, enquanto a SEAE tratava de casos de concentrações, como fusões, no intuito de, em suas investigações, descobrir os possíveis prejuízos causados por elas ao mercado. À luz da Nova Lei Antitruste Brasileira, esse sistema foi altamente transformado, destacando-se, nessa modificação, a eliminação da Secretaria de Direito Econômico (FERRAZ, 2013), atribuindo suas funções somente ao CADE e à SEAE, como observado em seu art. 3º, transcrito anteriormente.

A promulgação da Nova Lei também contribuiu para que as funções desses órgãos fossem alteradas. O CADE, por exemplo, incorporou a função instrutiva antes atribuída ao

SEAE, a qual, por sua vez, iniciou o exercício de uma função advocatícia com relação à concorrência, promovendo tal cultura por meio de estudos econômicos desenvolvidos acerca de determinados mercados. Esses estudos foram transformados em pareceres que subsidiam uma série de órgãos públicos competentes no âmbito econômico, como agências reguladoras e governos municipais, estaduais e federal (FERRAZ, 2013).

Tratando-se das condutas anticompetitivas, as mudanças instauradas não foram tão perceptíveis, como com relação aos cartéis. Houve, todavia, notória mudança com relação às multas aplicadas em casos como esses, uma vez que, durante o vigor da antiga lei, essas multas variavam entre 1% e 30% do faturamento bruto total dessas empresas (art. 23, L. 8.884/1994), enquanto na Nova Lei, essa multa varia entre 0,1% e 20%:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo

de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. (BRASIL, 2011)

Com essa mudança, é perceptível um aprimoramento com relação ao antigo dispositivo legal, além de um aumento concernente ao que seria a base de incidência da multa, que, com a Nova Lei, passou a ser o ramo da atividade empresarial em que a infração ocorreu. Além disso, a aplicação das multas às pessoas físicas envolvidas na conduta também foi modificada, e penas acessórias têm previsão legal no cerne das condutas anticompetitivas, quais sejam: a proibição de obter créditos junto a instituições financeiras públicas, proibição de participar de licitações ou outros certames do gênero promovidos pela Administração Pública, entre outros (FERRAZ, 2013),

A respeito dos atos de concentração, a Nova Lei implementou inovações relevantes, como o controle prévio de tais atos. Todorov (2012) menciona tal modificação como a mais relevante trazida, uma vez que, enquanto a lei anterior estabelecia uma notificação posterior ao ato, o novo dispositivo a faz antes de sua consumação. Essa análise prévia já é adotada por jurisdições de caráter mais tradicional há tempos, o que sinaliza um alinhamento entre as políticas brasileiras e as de outros países. Salgado (2003) também contribui para o tema, ao asseverar:

Outro aspecto importante a mencionar é que a análise do ato por parte do CADE foi realizado pós fato, nos termos da legislação brasileira. Muito embora o §3º do Art. 54 da lei 8.884/1994 defina que os atos só terão validade jurídica após a aprovação do CADE, a ausência de punição para a iniciativa de fechamento de operações antes da manifestação do Conselho, somado ao tempo demasiadamente longo transcorrido durante a instrução dos processos, na prática, tem levado o CADE a examinar fatos consumados. Isso implica que o custo de desfazimento de uma operação com efeito negativo sobre a concorrência é incomparavelmente maior do que o considerado em outras jurisdições, onde é prévio o exame dos efeitos potenciais de um ato de concentração [SALGADO in MATTOS (org.), 2003, p. 30].

Isto é, havia um impasse relativo à análise posteriormente realizada, uma vez que os custos para que um ato já consumado fosse desfeito eram exponencialmente maiores, até mesmo com relação aos potenciais negativos gerados pelo ato. A proposta da Nova Lei trouxe, destarte, grande avanço à política nacional.

5. Os critérios de notificação de atos de concentração à luz da Lei N° 12.529/2011

Com a promulgação da Lei n° 12.529/2011, não houve mais, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo que estabelecesse uma necessidade de sujeição à análise do CADE relativa aos atos de concentração, que podem ocorrer tanto por meio de fusão ou incorporação de agentes econômicos, a qual tenha como resultado uma participação igual, ou superior, a 20% de um mercado relevante:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a

R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os 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, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;*
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou*
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e*

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

§ 8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§ 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo. (BRASIL, 2011)

Na lei anterior (Lei n° 8.884/1994), a concentração de mercado se apresentava no art. 54, in verbis:

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).

Convém mencionar, ainda, o art. 90 da Nova Lei, que define o que seria um ato de concentração na atual política antitruste brasileira:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture .

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput , quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Com a observação dos artigos supramencionados, impende-se que há o abandono do referido critério, embora o CADE seja atribuído do poder de requerer quaisquer atos de concentração para sua análise, elemento presente no § 7º do art. 88, retrotranscrito. A lei anterior não trazia quaisquer dispositivos responsáveis pelo abarcamento de tal possibilidade, o que, de acordo com Faria

(2011, p. 35), implica que o não atendimento às condições estabelecidas no art. 88 por parte de uma operação econômica “não garante que ela não passará pelo controle administrativo preventivo”.

Esse mesmo artigo já foi modificado, em 2012, em seu primeiro parágrafo, pela portaria interministerial do Ministério da Justiça nº 994/2012, que:

Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA no uso da atribuição que lhes conferem o § 1º do art. 88, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, resolvem:

Art. 1º - Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:

I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

6. Os critérios valorativos de notificação contemporâneos

Faria (2011, p. 1-2) contribui para o estudo afirmando que os valores a serem adotados pelo CADE para seus critérios de notificação graças à Nova Lei Antitruste Brasileira fomentaram diferentes posicionamentos com relação à Lei enquanto seu projeto ainda transitava em debate no Congresso Nacional, e leciona:

Essa questão contrapôs, especialmente, representantes da comunidade jurídica, como os membros do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac), e as federações empresariais, dentre as quais a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) ou a Confederação Nacional da Indústria (CNI). O Ibrac, alegando a necessidade proteger a coletividade, sugeriu que o ajuste deveria

ser tal que aumentasse a quantidade de firmas submetidas ao controle de seus atos (IBRAC, 2009). Já para os representantes do empresariado, o critério deveria ser ajustado de forma a reduzir os custos de transação impostos às fusões e aquisições, em um nível tal que o número de operações submetidas seja o mínimo necessário. Se é inegável que os interesses desses grupos são mutuamente exclusivos, também é necessário reconhecer que ambos apresentaram argumentos sólidos durante o processo de discussão no Parlamento e arbitrar a questão não foi tarefa trivial. Em termos absolutos, enquanto a comunidade de advogados e consultores econômicos defendeu o valor de R\$ 150 milhões como piso de faturamento para o maior grupo econômico envolvido em ato de concentração, os representantes do empresariado desejavam que tal valor fosse fixado em R\$ 1 bilhão. O projeto de lei, por sua vez, impunha R\$ 400 milhões.

É perceptível que, no fragmento analisado, os grupos defendiam valores divergentes com relação ao que seria vantajoso para cada um deles. Aos advogados e consultores econômicos, os R\$150 milhões propostos contribuiriam para o aumento de demanda com relação aos serviços por eles prestados. Os R\$1 bilhão, defendidos pelo empresariado, potencializaria a diminuição de casos a serem analisados pelo CADE, permitindo, enfim, que mais fusões fossem negociadas, comprometendo a segurança do mercado ao capacitar a geração de sistemas mais concentrados (FARIA, 2011).

Faria (2011, p. 34) preleciona uma estimativa de valores considerados ótimos com relação aos quadros a serem submetidos ao Poder Público, de modo a compreender quais características faziam parte de cada uma dessas operações, ao eludir a percepção de uma “baixa eficiência gerada pelos critérios de notificação da Lei 8.884/1994: 98,28% das operações notificadas entre 2006 e 2008 não despertaram preocupações concorrenciais graves na SEAE/MF”. O critério valorativo anterior estava no art. 54 da referida lei, em que se dispunha:

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

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

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

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 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). (Vide Medida Provisória nº 2.055-4, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

Ao analisar os pareceres do SEAE/MF com relação aos atos notificados ao CADE no período compreendido entre 2006 e 2008, Faria (2011) menciona que os valores adotados a priori pela Nova Lei (de faturamento bruto anual superior a R\$400 milhões de reais da maior empresa envolvida na operação e superior a R\$30 milhões de reais da menor empresa envolvida na operação) não seriam os mais adequados, haja vista sua desatualização por estar utilizando valores idênticos ao da lei anterior, que já havia sido promulgada há mais de quinze anos antes da Nova. Não conviria,

também, a atualização inflacionária dos valores mencionados, pois isso implicaria em uma negligência com relação aos efeitos econômicos que diziam respeito ao crescimento no íterim entre a promulgação dos dois dispositivos.

Infere-se, destarte, pela análise da obra de Faria (2011), que os valores atribuídos por meio da Portaria Interministerial nº 994/2012 têm muita razoabilidade, pois abarcam grande parte dos atos de concentração.

7. O critério de notificação relativo ao poder de mercado e seu desuso

De acordo com a teoria aplicada pela escola de Harvard, o poder de mercado funciona como a principal variação a ser investigada no estudo de casos de atos de concentração. Contudo, o paradigma estrutura-conduta-desempenho, antes lecionado por tal escola, foi substituído pela Escola de Chicago, que compreendia a eficiência gerada, ou não, por um ato de concentração, como análise primordial. Hodiernamente, a visão doutrinária compreende uma retomada com relação à análise harvardiana, dando destaque ao poder de mercado pelos atos gerado, embora tal análise sirva apenas como subsídio secundário no tangente à aplicação de medidas que funcionem para a defesa da concorrência (FERRAZ, 2013).

Desse modo, o desuso por parte da Nova Lei com relação aos critérios de notificação relativos ao poder de mercado é compreendido, de acordo com a ótica teórica hodierna, como não prejudicial ao ordenamento econômico. Outrossim, o CADE permanece com a utilização do poder de mercado quando para a elaboração de pareceres para suas análises, conjuntura averiguada pela Resolução nº 2 deste mesmo conselho (CADE, 2012).

No próprio projeto de lei 3.739/2004 já havia o tratamento de tal critério como desnecessário, por meio da especificação da dificuldade relativa à determinação de um mercado que fosse relevante para que o cálculo de concentração se realizasse, in verbis:

Ademais, abolimos o critério de notificação de operações baseado no domínio de parcela de mercado relevante de vinte por cento (20%) após a concentração. A questão fundamental é que a

delimitação do mercado relevante deve ser feita pela autoridade de concorrência e não pelas requerentes. Muitas vezes, a delimitação do mercado relevante, seja o de produto seja o geográfico, está longe de ser trivial, e daí pode ser muito difícil para as requerentes conhecerem sobre que base calcular a sua participação de mercado. Isso gera insegurança jurídica às empresas quanto à necessidade de notificação, o que precisa ser contornado (BRASIL, 2004).

No entanto, tal conjuntura é extremamente criticada por profissionais do Direito, em especial advogados, que apontam a diminuição no número de atos de concentração julgados pelo Conselho graças ao abandono de tal critério. Entrementes, ao analisar dados disponibilizados pelo próprio CADE, percebe-se que, muito embora um número maior de casos fossem notificados no período de vigência da Lei nº 8.884/1994, esses atos eram, majoritariamente e de maneira incontrovertível, aprovados sem nenhuma restrição, de modo que esses atos submetidos não apresentavam de fato danos aos mercados a que pertenciam. Além disso, a Nova Lei Antitruste Brasileira contribuiu para que houvesse um refinamento efetivo com relação aos critérios de notificação, que passaram a ser submetidos à análise somente ao apresentar qualquer prejuízo com relação à ordem econômica (FERRAZ, 2013).

Outro fator importante corresponde ao parágrafo 7º do art. 88 da Nova Lei, já transcrito nesse estudo, que permite ao CADE realizar o requerimento de qualquer ato de submissão para ser analisado, elemento que contribui para o entendimento de que não há reais prejuízos com relação ao abandono do critério para o sistema econômico nacional. Desse modo, é perceptível que esse desuso em nada prejudica a política antitruste brasileira, que, indubitavelmente, segue se fortalecendo ano após ano, fenômeno comprovado pela classificação inédita de quatro de cinco estrelas na Global Competition Review, em 2013, relevante meio mencionado anteriormente.

8. Considerações finais:

Pela análise dos objetivos propostos, inferiu-se que a livre concorrência ainda não é observada como valorosa por si mesma, mas

atua como um arranjo de mercado vital para seu bom funcionamento e eficiência. A política antitruste brasileira hodierna está direcionada à concorrência, sem observar ou atuar em favor dos concorrentes em si.

Diante do exposto, é válido deferir que os dispositivos legais vigentes tiveram ligeira evolução, especialmente nas últimas duas décadas, de modo que o desenvolvimento institucional e organizacional presente como princípio constitucional e corroborado pela Lei nº 8.884/1994 persiste na nação brasileira de maneira satisfatória com a promulgação da Nova Lei Antitruste, a Lei nº 12.529/2011.

Ainda, deve-se mencionar que o descontentamento de profissionais do Direito com relação à efetividade do novo dispositivo deve ser pouco valorizado, uma vez que os atos de concentração analisados sofreram refinamento de maneira positiva, e não prejudicial, ao sistema econômico pátrio.

Nessa perspectiva, é possível sublinhar que a Nova Lei tornou possível uma análise célere com relação aos casos submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, o que somente contribui ao desenvolvimento dessa política ao Brasil na ordem econômica, dando destaque à defesa da concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Cleber. *Investigação Econômica sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, 2000 a 2004*. Tese (Doutorado em Ciências), Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União: 5 de Outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 2011. Diário Oficial da União: 2011.

BRASIL. Lei nº 8.884 de 1994. Diário Oficial da União: 1994.

BRASIL. Decreto-Lei 7.666 de 1945. Diário Oficial da União: 1945.

- BRASIL. Lei nº 4.137 de 1962. Diário Oficial da União: 1962.
- CASTRO, M. F.; CARVALHO, M. I. V. Globalização e Transformações Políticas Recentes no Brasil Os Anos 1990. Revista de Sociologia e Política, v. 18, pp. 109-129, 2002.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1414141ce03fc199abac>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- FARIA, R. M. de A. Critérios de notificação de atos de concentração econômica: uma proposta para o sistema de defesa da concorrência. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público), Departamento de Economia, Universidade de Brasília, 2011.
- FERRAZ, André Santos. A Nova Lei Antitruste Brasileira: suas principais modificações na política antitruste e seus principais impactos econômicos. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de Brasília. Brasília: 2013.
- FORGIONI, P. A. Os fundamentos do antitruste. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. A Práxis Antitruste no Brasil - Uma Análise do CADE no Período 1994-2004. Economia e Sociedade, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.
- GLOBAL COMPETITION REVIEW. Rating Enforcement. London: Global Competition Review. Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/rating-enforcement/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- GHEVENTER, A. Política Antitruste e Credibilidade Regulatória na América Latina. Dados, v. 47, pp. 335-363, 2004.
- LAKATOS, E. M. MARCONI, M. A. Metodologia do Trabalho Científico. Ed. Atlas, São Paulo, 1995.
- OLIVEIRA, GESNER. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Rev. de Administração Contemporânea, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.
- MONTEIRO, C. D. B. Políticas Antitruste: Aspectos Relevantes para o Caso Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Administração Pública), Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.
- SALGADO, L. H. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, C (org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos. São Paulo: Editora Singular, pp. 29-42, 2003.
- TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. History of Competition Policy in Brazil 1930-2010. Antitrust Bulletin, v. 57, pp. 234-257, 2012.