

LEONOR CORDOVIL
VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO
VICENTE BAGNOLI
EDUARDO CAMINATI ANDERS

NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMENTADA

Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 / Leonor Cordovil... [et al.]. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Outros autores: Vinícius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli, Eduardo Caminati Anders

ISBN 978-85-203-4300-5

1. Concorrência - Leis e legislação - Brasil 2. Lei 12.529 - Comentários I. Cordovil, Leonor. II. Carvalho, Vinícius Marques de. III. Bagnoli, Vicente. IV. Anders, Eduardo Caminati.

11-14455

CDU-34:330.34.01:381.81(094.56)



EDITORA 

CAPÍTULO II – DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

ÉDUARDO CAMINATI ÁNDERS 222

TÍTULO IX

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

LEONOR CORDOVIL 225

1. *Vacatio legis* e transição 227

2. Descriminalização e prescrição 228

3. *Dumping* e subsídios 229

ASPECTOS HISTÓRICOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1. Finalidade da defesa da concorrência: perspectiva histórica

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

O conjunto das técnicas e instituições de intervenção estatal se aperfeiçoou exatamente para responder às novas tarefas que se apresentavam ao Estado. No sistema de economia política clássica, reservava-se ao Estado funções negativas em relação ao bem-estar social. O interesse público decorria da capacidade do Estado para realizar a missão de garantir o sistema de “livre mercado”, cuja prevalência asseguraria o equilíbrio econômico e social. Já no Estado pós-liberal, o principal objetivo da política econômica era a expansão da renda nacional e o desenvolvimento das forças produtivas por meio da ação propulsiva do Estado. Como afirma Fábio Konder Comparato, em estudo pioneiro sobre o direito econômico no Brasil, “a ação do Poder Público com vistas à expansão procura atingir as próprias estruturas do sistema econômico, no sentido do seu aperfeiçoamento, ou mesmo de sua transformação, como é o caso notadamente em países subdesenvolvidos”.¹

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

Durante o auge da economia de mercado autorregulada, esta era tomada como sinônimo de uma luta “pacífica” em que a competição entre a multiplicidade de atores ensejaria ações cuja racionalidade conduziria ao equilíbrio, à eficácia e à

felicidade coletiva. Segundo essa perspectiva, o sistema econômico se reproduziria de acordo com um movimento pendular, retornando sempre a um ponto ótimo, de equilíbrio, demarcando o início e o fim de uma duração reversível, perfeitamente reprodutível, por modelos extremamente formalizados.²

Vê-se que o problema da atuação do Estado era visto como um não problema. O papel do Estado na constituição do bem-estar social era proporcional ao seu distanciamento das questões relacionadas à organização da vida econômica. Como afirma John Kenneth Galbraith,³ “suprimir a importância do exercício do poder privado e especialmente a possibilidade de seu abuso, era privar de quase toda justificação o exercício da autoridade do governo sobre a economia”.

Embora se destinem quase exclusivamente a um estudo da economia americana, suas análises podem, em alguns aspectos, assumir um caráter generalizante. Para Galbraith, a causa das transformações na postura do Estado frente à organização econômica e ao mercado deriva da decadência de uma teoria do capitalismo. Tratava-se do sistema de economia clássica construído em fins do século XVIII e durante o século XIX, principalmente na Inglaterra. Na economia estruturada com base nesse sistema, todos os estímulos incitavam ao emprego de homens, capital e recursos naturais para produzir com a máxima eficiência o que a população mais desejava. O pressuposto básico para alcançar os melhores níveis de eficiência fundava-se na inexistência ou irrelevância do poder econômico privado. Restaria ao Estado o papel “insignificante” de garantir esse requisito. Diz-se insignificante porque, apesar de conter um componente normativo, o caráter pouco ameaçador do poder econômico era visto como regra geral, decorrência automática do ambiente concorrencial que prevalecia na vida econômica. Dessa forma, como havia uma coincidência, para a teoria clássica, entre o pressuposto fático e normativo, não eram exigidas maiores intervenções do Estado.

Esse movimento levou ao questionamento teórico da economia clássica, formulado principalmente por John Maynard Keynes. Para ele, a teoria econômica liberal (do *laissez-faire*) era de uma simplicidade e beleza tão grandes que frequentemente se desprezava o fato de ela não decorrer da realidade, mas de uma hipótese incompleta formulada com a finalidade de simplificação. Segundo Keynes, a ideia de que os indivíduos que agem de maneira independente para seu próprio bem produzem maior volume de riqueza estava assentada em pressupostos irrealistas. Isso ocorre porque os economistas geralmente postergam a discussão das complicações que surgem: (i) quando as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo; (ii) quando ocorrem custos indiretos e conjuntos; (iii) quando as economias internas tendem à concentração da produção; (iv) quando o tempo necessário para os ajustamentos é longo; (v) quando a falta de

informação impera e (vi) quando os monopólios e os cartéis interferem no equilíbrio dos negócios. Enfim, os economistas guardam para um estágio posterior a sua análise dos fatos reais. Como afirma Keynes, “muitos dos que reconhecem que as hipóteses simplificadas não correspondem precisamente aos fatos concluem, apesar disso, que elas representam o que é ‘natural’ e, portanto, ideal. Eles consideram saudáveis as hipóteses simplificadas, e doentias as demais complicações”.⁴

Todo o contexto descrito acima insinua que a intensificação da atuação do Estado na órbita econômica esteve associada ao questionamento não apenas teórico, mas acentuadamente prático, do que Galbraith convencionou chamar de *modelo baseado na concorrência*. No âmbito da economia real, observou-se um processo de concentração e internacionalização do capital que aumentou as formas assimétricas de desenvolvimento do capitalismo. Um número cada vez menor de grandes companhias passou a responder por uma parte substancial de toda a atividade industrial. A força desse processo era tanta que se verificou uma reviravolta na teoria econômica: a concentração de capital, que deveria ser exceção, virou regra ou, pelo menos, tendência do desenvolvimento capitalista. Como atesta José Luis Fiori, “o inquestionável movimento real do capital que, concentrando-se e centralizando as decisões por meio de movimentos cíclicos periódicos, oligopoliza a estrutura produtiva de forma crescente, altera as regras de competição e amplia a intervenção estatal na economia”.⁵

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

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

4. KEYNES, John Maynard. O fim do *laissez-faire*. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). *John Maynard Keynes*. São Paulo: Ática, 1984. n. 117. Coleção Os Grandes Cientistas Sociais, vol. 6.

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

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

De 1936 a 1972 a política de defesa da concorrência atingiu seu auge em termos de intervenção econômica, usando como instrumental de análise a teoria estruturalista, fundada pela Escola de Harvard, que praticamente identificava a existência de poder de mercado como condicionante primordial para a presença de efeitos anticompetitivos. A Escola de Harvard encontrava-se em sintonia com as primeiras intervenções do direito concorrencial norte-americano, que elegiam o poder econômico como empecilho para o desenvolvimento do próprio sistema capitalista. Conferia-se ênfase à análise estrutural do mercado. O comportamento das empresas era visto como uma resultante da estrutura do mercado em que ela estivesse inserida. Ou seja, a existência de um poder econômico pronunciado exigia da autoridade antitruste uma atuação rigorosa em defesa da concorrência. Como afirma Calixto Salomão Filho, para a escola estruturalista “em uma indústria concentrada, as firmas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, *know-how* escasso e diferenciação dos produtos”.⁶ Nessa estrutura, em que há poucos vendedores no mercado, há uma diminuição dos custos e das dificuldades de atuação em conjunto, o que proporciona acordos tácitos ou explícitos entre as empresas com objetivos de redução da produção e aumento de preços.

De 1973 a 1991, o elevado nível de ativismo antitruste atraiu muitas críticas e fez emergir uma reação que, do ponto de vista teórico, lastreou-se na chamada Escola de Chicago, para a qual a eficiência produtiva era o valor a ser buscado pelo sistema econômico, pois é ela que levava ao interesse público, entendido como bem-estar do consumidor.⁷ A concorrência transformava-se em valor subjacente

e instrumental, facilmente colocado em segundo plano. Nas situações em que não havia esta coincidência entre os dois valores – eficiência e concorrência –, era o primeiro que deveria prevalecer, pois causaria uma redução de custos a ser repassada aos preços. Para essa perspectiva, o processo competitivo é considerado como motor da eficiência, na medida em que o domínio do mercado é um resultado da superioridade em eficiência, invertendo-se a causalidade estrutura-conduta-desempenho defendida pela Escola de Harvard.

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

1.1 Cenário brasileiro

No caso brasileiro, a análise sobre a organização histórica da intervenção do Estado na organização das relações econômicas se reflete na história legislativa referente ao papel desempenhado pela defesa da concorrência nesse processo.⁸

No período colonial, a relação de Portugal com o Brasil era eminentemente fiscalista, limitando-se à utilização do poder da metrópole para a imposição de impostos à colônia. Com a vinda de D. João VI e a transferência da Corte portuguesa para o Brasil teve início uma série de iniciativas que acabariam por fomentar o desenvolvimento do país, dentre as quais pode-se mencionar a abertura dos portos, a fundação do Banco do Brasil e a liberação da manufatura e indústria, revogando-se o Alvará de 5 de janeiro de 1785, que proibia sua instalação na colônia.

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

A referência expressa à liberdade econômica aparece pela primeira vez de modo expreso na Constituição brasileira de 1934, em seu artigo 115, prevendo que a ordem econômica seria organizada conforme os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional, possibilitando a todos a existência digna, limites

de que há uma transferência automática aos preços da redução de custos proporcionada pelos ganhos de eficiência, como se ela fosse ínsita à racionalidade do monopolista. Para uma crítica detalhada ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas cit.*, p. 19 e ss.

6. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 18.

8. Para um aprofundamento sobre o tema ver FERREIRA, Paula A. *Os Fundamentos do antitruste*

dentro dos quais seria garantida a liberdade econômica. As limitações à liberdade dos agentes econômicos decorriam da necessidade de fazer frente à crise econômica que teve início com a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929.

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

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

Em razão da previsão de que a intervenção do Estado na economia se daria de maneira apenas subsidiária, o Dec.-Lei 869/1938 teve efeitos apenas na repressão de fraudes contra o consumidor, tendo pouca influência na defesa da concorrência.

O Dec.-Lei 7.666/1945 foi o primeiro texto normativo a tratar as infrações à ordem econômica como infrações administrativas e não penais (como o fazia o Dec.-Lei 869/1938) e o primeiro documento brasileiro a estabelecer a necessidade de autorização de um órgão administrativo, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – Cade, para a realização de certos atos empresariais, como a formação, incorporação, transformação e agrupamento de empresas, ajustes e acordos que produzissem ou pudessem produzir os efeitos de aumentar o preço de venda dos produtos daquelas empresas, suprimir a liberdade econômica ou influenciar o mercado de modo a estabelecer um monopólio.

Adotado no Governo Vargas, por iniciativa de seu Ministro Agamenon Magalhães, num contexto de discurso nacionalista de proteção do capital e do mercado brasileiros contra ataques de cartéis e o abuso do poder econômico internacional, o Dec.-Lei 7.666/1938 foi fortemente combatido e revogado logo após a saída de Getúlio Vargas.

Em que pese a revogação do Dec.-Lei 7.666/1938, a repressão ao abuso de poder econômico ressurgiu no artigo 148 da Constituição brasileira de 1946, que dispunha que a lei deveria reprimir qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive a união ou agrupamento de empresas de qualquer natureza, que tivesse por finalidade a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

Durante a vigência da Constituição de 1946, foram aprovadas a Lei 1.521/1951, que atualizava os dispositivos então vigentes relativos aos crimes contra a economia popular, incluindo algumas disposições que se relacionam à defesa da concorrência, como a vedação da prática de preços predatórios e o acordo entre empresas com o objetivo de dificultar ou impedir a concorrência, e a Lei 4.137/1962, que

regulamentou o artigo 148 da Constituição e criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

A Lei 4.137/1962 separou a proteção da concorrência da proteção da economia popular e do abastecimento, realizada pela Lei 1.521/1951 e pelas normas que criaram a Superintendência Nacional de Abastecimento – Sunab, as Leis Delegadas 4/1962 e 5/1962. No tocante ao controle de estruturas, a Lei 4.137/1962 previa que deveriam ser submetidos à aprovação do Cade os atos, ajustes, acordos e convenções entre empresas que tivessem por efeito a diminuição do grau de concorrência no mercado.

Em razão das dificuldades causadas pela redação da Lei 4.137/1962, que adotou uma definição bastante restritiva das infrações, bem como pelos fatos de que a atuação do Cade durante o seu período de vigência se caracterizou por surtos de atividade intermitentes e de que limitares e sentenças judiciais limitaram ou anularam a efetividade das decisões tomadas pelo órgão, em que pese os avanços trazidos pela lei para a defesa da concorrência, ela não conseguiu produzir um efetivo controle do abuso do poder econômico.

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

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

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

A existência formal de uma legislação antitruste no Brasil desde pelo menos a década de 1960 não impediu que o desenvolvimento econômico brasileiro se consubstanciasse em torno das seguintes características: (i) elevada concentração econômica

e produção voltada para o exterior; (ii) dependência estrutural da economia em relação ao poder econômico; (iii) industrialização baseada no incentivo à grande empresa brasileira de capital nacional ou estrangeiro; (iv) surgimento do mercado interno apenas com a urbanização e industrialização; e (v) preponderância de estratégias de atuação concertada entre Estado e setor empresarial.

A intervenção do estado da economia foi parte integrante de um padrão de desenvolvimento capitalista cujos estrangulamentos mais importantes eram o caráter incipiente do setor privado nacional e os laços de dependência estrutural em relação ao centro capitalista mundial. Trata-se, portanto, de um elemento indissociável do conjunto de fatores que define o quadro histórico-estrutural específico no qual se dá o processo de desenvolvimento da sociedade nacional.⁹

O desenvolvimento econômico dos países periféricos esbarrava em obstáculos específicos, originados na tremenda defasagem entre, de um lado, os caminhos mínimos requeridos para constituição da base técnica e produtiva do capital, continuamente ampliados no bojo da acumulação do capitalismo avançado, e, de outro, a sua base social (burguesia) frágil e pulverizada, sem capacidade de mobilização financeira. Além disso, o desenvolvimento desses projetos, notadamente nos setores básicos de bens intermediários e de capital (siderurgia, energia, petróleo, metalurgia pesada, química pesada etc.), exigia a preexistência de infraestrutura e matérias-primas básicas. Como aponta Luciano Coutinho, "existe de fato uma determinada interdependência entre esses projetos (a viabilidade de cada um depende da sua efetivação planejada em conjunto). Esta interdependência, derivada da densidade de relações insumo-produto entre estes setores básicos, requer algo além da centralização financeira — isto é, requer uma coordenação superior que organize a implantação do bloco no tempo e no espaço, de modo viável. Esta função recai naturalmente na esfera de ação do Estado. Portanto, no capitalismo retardatário o Estado não pode limitar-se às funções clássicas de administração fiscal e monetária: as condições objetivas do desenvolvimento lhe impõem a tarefa de criar e acumular capital produtivo, centralizar e intermediar o capital financeiro, além de supervisionar, ordenadamente, a constituição da base pesada do sistema industrial."¹⁰

A partir dessas exigências, priorizou-se o desenvolvimento de alguns setores (energia elétrica, petróleo e siderurgia) diretamente ligados às estratégias de desenvolvimento da capacidade produtiva no Brasil. Surgiu, assim, a distinção entre

9. ABRANCHES, Sérgio Henrique. Empresa estatal e capitalismo: uma análise comparada. In: MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/Cebrap, 1977. p. 8.

10. COUTINHO, Luciano; REICHTUL, Henri-Philippe. O setor produtivo estatal e o ciclo. In: MARTINS, Carlos Estevam (org.). *Estado e capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/Cebrap, 1977. p. 58.

setor produtivo estatal e o gasto ou investimento público.¹¹ A importância dessa distinção reside no fato de que as empresas do setor produtivo estatal, ao vincularem-se à produção de insumos fundamentais, participam diretamente da divisão da produção social entre setores, cumprindo um papel essencial à própria reprodução ampliada do capital. Portanto, nessa dimensão, as inversões do sistema produtivo estatal representam um impacto qualitativamente distinto daquele do gasto e do investimento público convencional no que se refere ao padrão de crescimento e à dinâmica cíclica do sistema econômico.¹²

A descrição acima demonstra a importância de se adiar a discussão sobre políticas de controle do poder econômico na realidade socioeconômica e institucional de cada país.

No Brasil, a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementaridade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A engenharia das políticas, quando não ajudava a estruturar esse poder, tomava-o como um dado da realidade sobre o qual a atuação do Estado poderia incidir principalmente na forma de ação econômica direta, via empresas estatais. Era essa a principal política industrial, voltada para a dinâmica setorial das cadeias produtivas, ajudando a eliminar gargalos verticais. Nesse contexto, a intervenção microeconômica não visava, por meio da típica ação antitruste, fortalecer a racionalidade de livre mercado.

A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento das agências de regulação. O discurso da *retirada do Estado* dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal.

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

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

11. O investimento público corresponde aos gastos em custeio, serviços e obras públicas em todas as áreas classificadas como bens públicos (saúde, educação, segurança, sistema viário, a administração governamental etc.). Os investimentos do setor produtivo estatal caracterizam-se por um tipo de inversão diretamente vinculado à base produtiva pesada do sistema industrial, isto é, à produção de insumos básicos (bens de capital circulante) para reprodução ampliada daquele (idem, p. 62).

12. Idem, p. 62.

O direito econômico – entre outras coisas – visa regular a ação econômica dos agentes na economia de mercado, em especial daqueles detentores de poder econômico capazes de utilizá-lo para extrair renda do consumidor, seja pelo aumento de preços, seja impedindo que parcelas da população tenham acesso aos bens. No entanto, há muitas situações em que está em jogo a realização de preceitos da Ordem Econômica constitucional, entre eles a livre concorrência, e que estão vinculados estritamente à política de defesa da concorrência.

Assim como é certo que o controle do poder econômico não é a única atribuição do direito econômico, também é certo que o direito da concorrência, como subárea do direito econômico, não é a única forma de que o Estado dispõe para lidar com o processo de concentração das estruturas de produção econômica inerente ao desenvolvimento do capitalismo. A regulação direta e substantiva de alguns setores e a criação de poder compensatório por meio de arranjos contratuais ou pela atuação de empresas estatais têm se notabilizado como fontes complementares de limitação do poder econômico.

Como vimos acima, as diversas interpretações sobre o que causou o desenvolvimento do Brasil repousam, em geral, em uma discussão sobre o processo de industrialização e suas condicionantes. Quatro interpretações são as mais conhecidas: (i) teoria dos “choques adversos”; (ii) industrialização liderada pela expansão das exportações; (iii) teoria do capitalismo tardio; (iv) e industrialização intencionalmente promovida por políticas de governo. Não é nosso objetivo aqui descrever cada uma delas, muito menos pugnar pela exatidão de uma visão específica,¹³ mas apenas ressaltar um traço comum a todas, qual seja, o de que o processo de desenvolvimento brasileiro dependeu de como a sociedade (Estado e Mercado) reagiu aos sinais recebidos do exterior.

De maneira consciente ou não, pouco importa, os atores sociais conquistaram relativa autonomia na organização de um sistema econômico razoavelmente complexo, a partir da “digestão” de sinais externos e da acumulação de capital gerada pela atividade exportadora brasileira, notadamente de *commodities* como o café. Talvez a nossa realidade não tenha mudado tanto nos últimos anos no que se refere ao “caminho para o desenvolvimento”. O desafio que se impõe a cada momento histórico singular é o mesmo e consiste em identificar e aproveitar, no contexto internacional, as brechas e transformá-las em verdadeiras oportunidades. Trata-se, de fato, de uma visão heterodoxa, baseada na ideia de “improviso”¹⁴ (*bootstrapping*)¹⁵

13. Para um estudo aprofundado sobre o tema ver: SUSIGAN, Wilson. *Indústria brasileira, origem e desenvolvimento*. São Paulo: Hucitec, 2000. p. 25-46.

14. Não uma tradução direta. O sentido buscado é o desenvolvimento de uma solução não padrão e específica às circunstâncias.

15. SABEL, Charles. *Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth*. Disponível em: [http://law.wisc.edu/gls/documents/lands_canons/bootstrapping_development_sabel.pdf]. Acesso em: 20.12.2011

do crescimento. Ela pressupõe que economias em desenvolvimento possuem muitas das instituições e capacidades necessárias ao crescimento e que sua obstrução se deve, em geral, a uma combinação de dois obstáculos: (i) impedimentos diretos às trocas no mercado; e (ii) ausência de bens públicos de apoio, necessários à exploração do potencial. A visão de “improviso” assume que, mesmo quando ausentes distorções de mercado, o desenvolvimento requer aprendizado social contínuo. O objetivo é, portanto, criar instituições que consigam aprender a identificar e mitigar obstáculos diversos ao crescimento. Ao invés de buscar instituições públicas perfeitas, o processo busca promover a autocorreção das mesmas.

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

Nosso aprendizado recente em termos de *enforcement* concorrencial já é suficiente para encontrarmos um espaço razoavelmente amplo para a defesa da concorrência, inclusive nos dias atuais, por vários motivos. Em primeiro lugar, porque é bastante conhecida a aliança entre abuso de poder econômico no Brasil e resiliência a políticas anti-inflacionárias. Quanto maior a concentração de poder, maior o poder de planejamento setorial nas mãos dos agentes privados; maior o poder de determinar os preços de produtos essenciais; maior a resistência a reduzi-los diante do combate à inflação. Em segundo lugar, por mais que se busquem alternativas para “blindar” o país dos efeitos de uma crise, não se considera como alternativa viável, ou mesmo desejável, abortar ou desestimar as relações comerciais internacionais, de modo que práticas anticompetitivas continuarão acontecendo em âmbito interno ou externo. Por fim, quando nos debruçamos sobre as recentes políticas industriais, percebemos que o almejado aumento de produtividade e competitividade da indústria nacional ancora-se em medidas de estímulo à inovação tecnológica, motor essencial da competição.

2. Finalidade da defesa da concorrência: interação com a política industrial

Sempre que a agenda de uma política industrial vem à tona, configura-se um debate teórico e ideológico sobre a capacidade e a conveniência de o Estado implementar uma política pública dirigida ao fomento do setor produtivo. Os argumentos contrários a esse modo de intervenção estatal sustentam-se no receio de que esta venha a suprimir a suposta espontaneidade dos mercados, passando a determinar o vetor das operações privadas, os objetivos econômicos e os setores “vencedores”. Diz-se ainda que esse processo causaria um efeito contrário ao desejado: ao invés de inovação e produtividade, seriam construídos setores privilegiados e blindados

pelo Estado. Por esta razão, a intervenção pública na economia deveria limitar-se a operacionalizar a regulação antitruste, isto é, conter os eventuais abusos do poder econômico, garantindo um ambiente concorrencial.

Entretanto, há que se ter em conta que o livre jogo do mercado apresenta falhas relevantes, que podem comprometer uma bem sucedida estratégia de desenvolvimento. Em muitos setores, em virtude da intensidade da escala de produção, dos custos elevados de investimento ou dos riscos e incertezas associados à atividade empresarial, os agentes privados são carentes de impulso governamental para emprenderem os seus planos de investimento. Na ausência destas medidas, a falta de incentivos pode cercear o desempenho de atividades que são essenciais para a sustentabilidade do crescimento econômico do país. É justamente desta premissa que deve partir o desenho de uma política industrial, que nada mais é que um mecanismo de correção e fomento dos mercados.

Até o presente contexto, defensores de uma visão mais interventiva do Estado (pró-políticas industriais) e entusiastas de uma abordagem mais liberalizante (pró-livre concorrência) puderam apostar na incompatibilidade da defesa da concorrência com as medidas de política industrial. Como visto acima, a história brasileira garantiu a ambos os campos uma alternância institucional. No período desenvolvimentista (1950-80), os planos estatais de desenvolvimento, dirigidos à criação da capacidade produtiva brasileira, significaram, na prática, a exclusão de alguns setores à lógica concorrencial. Já no período inaugurado pelas reformas liberalizantes da década de 1990, o Estado se retraiu e substituiu sua postura pró-ativa por uma intervenção prioritariamente defensiva. Este movimento foi sustentado por uma nova lei concorrencial (Lei 8.884/1994), que impulsionou o controle das fusões e aquisições.

Uma vez que o parque produtivo brasileiro já está instalado, mas ainda carente de competitividade e capacidade de inovação, e que as reformas de mercado da década de 1990 produziram uma economia privada e de mercado, o desafio contemporâneo é o de fazer convergir estes dois mecanismos da intervenção pública: a política industrial e a defesa da concorrência.

O art. 174, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece os limites da atuação do Estado brasileiro no estabelecimento da política industrial, incumbido de ser o agente normativo e regulador da atividade econômica. De acordo com a Constituição, o Estado deve exercer funções de fiscalização, incentivo e planejamento (sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado).

Dessa forma, a política industrial não pode ser direcionada para eliminar o sistema concorrencial. Esta ideia é fundamentada diante dos efeitos que a política industrial pode ter sobre os princípios e objetivos fundamentais da ordem econômica estabelecidos pela Constituição. A intervenção do Estado na economia, seja regulando ou exercendo atividade empresarial, não pode se dar no intuito de eliminar

ou substituir o sistema concorrencial (a substituição é possível em casos restritos previstos pela Constituição). Assim, a atuação do Estado na economia deve se dar no sentido de corrigir as imperfeições do sistema concorrencial.

Até porque, se assim o fizesse, o objetivo central de qualquer política industrial moderna – garantir a competitividade da indústria – restaria comprometido. Como afirma Michel Porter: “when local rivalry is muted, a nation pays a double price. Not only will companies face less pressure to be productive, but the business environment for all local companies in the industry, their suppliers, and firms in related industries will become less productive. Unless a firm is forced to compete at home, it will usually quickly lose its competitiveness abroad. Local competition matters for productivity and productivity growth, even in industries whose geographic scope is global... These offer far greater potential for externalities than does competition from imports. Trade is not a full substitute for local competition.”¹⁶

Nesse sentido nos cabe imaginar como seria viável o acoplamento entre essas duas políticas públicas, já que a sua coexistência é inevitável.¹⁷ De uma perspectiva ampla, a política industrial pode ser definida como um conjunto de medidas organizadas pelo Estado para alcançar mudanças estruturais necessárias ao desenvolvimento econômico, por meio do fomento da indústria doméstica, ou, de maneira mais estrita como “o conjunto de ações deliberadas de coordenação e orientação das atividades empresariais, visando melhorar o desempenho das firmas em seu conjunto (competitividade privada). Tais ações procuram atenuar os efeitos de falhas de mercado do tipo bens públicos, externalidades, economias de rede ou falhas intertemporais, contribuindo, de um lado, para a competitividade sistêmica e, criando, de outro, um ambiente favorável à busca permanente da competitividade.”¹⁸

16. Competition and Antitrust: A Productivity-Based Approach. *The Antitrust Bulletin*, 2001, p. 926.

17. Como afirma Dani Rodrik: “my purpose is to suggest that the discussion on industrial policy should be similarly ‘normalized’. The market failures that provide a role for industrial policy are the bread-and-butter of development economists. They are widely perceived to be pervasive, even if systematic evidence is sketchy and hard to come by. Informational and political problems in administering industrial policy are legion – but in that respect too industrial policy is no different from many other areas of policy. Moreover, most governments do carry out various forms of industrial policy already, even if they call it by other names (‘export facilitation’, ‘promotion of foreign investment’, ‘free-trade zones’ etc.). Consequently, it is far more productive for the discussion to focus on how industrial policy should be carried out than on whether it should be carried out at all” (Normalizing Industrial Policy. Harvard University, Setembro de 2007. Disponível em: [www.hks.harvard.edu/is/drodrik/Research%20papers/Industrial%20Policy%20_Growth%20Commission_.pdf]. Acesso em: 27.12.2011. p. 3).

18. FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim. Política industrial e defesa da concorrência: considerações sobre a experiência brasileira nos anos 90. *Economia*. Niterói, v. 2, n. 2, 2001, p. 517.

Há basicamente três tipos de política industrial: (i) neoclássica, com foco na correção de falhas de mercado. Sua justificativa repousa nas mesmas razões do sistema antitruste, ou seja, atuaria quando as forças do livre mercado não permitissem o equilíbrio eficiente. Na medida em que a falha fosse corrigida, não seriam mais necessárias as medidas de incentivo. A política industrial apresenta-se como uma exceção nesse contexto e entende a atuação institucional do Estado como externa ao funcionamento do sistema capitalista; (ii) desenvolvimentista, com foco na superação do subdesenvolvimento e na construção dos parques produtivos nacionais. Fundamenta-se na proteção à indústria nascente nos países periféricos; e (iii) ótica da inovação. Essa política não visa à construção do parque produtivo, mas sim ao estímulo às empresas já instaladas para que adquiram competência para inovar e assim disputem nichos de mercado mais rentáveis. É tipicamente microeconômica e baseada numa visão dinâmica do processo competitivo em que o progresso técnico é uma variável central na obtenção de lucros pelas empresas. Como a inovação se apresenta como um processo de resultado incerto, dispendioso e com diferenciada possibilidade de apropriação do investimento realizado, é preciso que a política industrial equacione, para os diversos setores produtivos envolvidos, os atributos de incerteza (não se assemelha ao risco econômico), cumulatividade e inflexibilidade dos ativos tecnológicos que limitam a capacidade de inovação das firmas.

Nesse contexto a política industrial atua na mudança do contexto institucional para estimular as empresas a adotarem estratégias competitivas de alta qualidade, baseadas na busca de lucros via inovação tecnológica. Para isso é necessário estimular uma diversidade de firmas disputando o mercado e não um ambiente em que uma empresa pode adquirir lucros de monopólio decorrente do abuso do seu poder econômico. A concorrência estimula a criatividade e a experimentação de técnicas competitivas.

Nesse sentido, podemos sustentar que há possibilidade de uma convergência entre a política industrial e a defesa da concorrência se a primeira for concebida como um instrumento pró-competitividade e a segunda ampliar sua concepção do processo competitivo, reconhecendo que ações de cooperação podem ser vitais para o vigor concorrencial. Embora o objetivo principal da defesa da concorrência não seja a competitividade das empresas, essa relação certamente ocorre de modo indireto. Como consequência, uma política de defesa da concorrência pode fazer parte de um projeto de competitividade e “o estímulo à obtenção de vantagens competitivas dinâmicas em mercados crescentemente integrados, pode representar o ponto de convergência entre política industrial e política de defesa da concorrência. Esta última tem como papel manter o vigor competitivo, quando esse vigor não é uma característica natural dos mercados. A política industrial, por sua vez, tem, entre outros, o papel de promover ações cooperativas que fomentem a competitividade privada. Nesses termos, esses dois conjuntos de instrumentos

de ação encerram as forças de conflito e cooperação, ingredientes necessários para a busca incessante da inovação e da eficiência. *Concorrência=competitividade sistêmica. PI=competitividade privada*”.¹⁹

Fica evidente aqui o caráter instrumental da defesa da concorrência para garantir a convergência desses objetivos e, de algum modo, ajudar a avaliar as situações em que o poder de mercado pode estimular ou retardar a inovação tecnológica.²⁰ Cumprir a nota que há outros objetivos legítimos e legais que podem nortear as políticas industriais. Dentre eles podemos citar o apoio às empresas em crise, principalmente se se tratar de crise estrutural, o apoio a pequenas e médias empresas – obrigação constitucional (art. 170, IX), podendo ser, desse modo, objeto de políticas industriais autônomas.

Também, aumentos de preços podem ser justificados se estiverem dentro de uma lógica redistributiva. Na ADPF 46, o Supremo Tribunal Federal admitiu uma certa relativização da busca da concorrência a qualquer custo no que tange ao envio de cartas, permitindo que os Correios utilizem-se de uma estrutura monopolística como forma de garantir subsídios entre regiões ricas e pobres do Brasil. São os lucros de monopólios em regiões densas que permitem a universalização do envio de cartas a regiões isoladas e pobres. Trata-se aqui de uma concepção redistributiva, em que se admite que certos consumidores tenham prejuízos se outros forem beneficiados.

19. Idem, p. 6.

20. Como apontam Furquim e Farina: “De um lado, o poder de monopólio (ausência de pressão concorrencial) permite a extensão da utilização da inovação de dois modos: a) através da manutenção de suas barreiras à entrada; e b) através da utilização da estrutura vigente da empresa monopolista (ou oligopolista) que já permite ganhos de monopólio, auferindo economias de escala. Assim, a atividade inovativa torna-se mais interessante a uma empresa que já possui um certo poder de monopólio porque os frutos da inovação poderão ser melhor aproveitados por ela. Essa correspondência somente não se verificaria no caso da existência de um sistema de patentes perfeito, que assegurasse a apropriação da totalidade dos benefícios da inovação por parte da empresa inovadora, mesmo estando ela inserida *ex-ante* em um mercado concorrencial. Na ausência desse sistema – o que é uma regra – é necessário possuir poder de monopólio para se apropriar plenamente dos benefícios da inovação. Como consequência desse argumento, as empresas que gozam de poder de monopólio são relativamente mais estimuladas à atividade tecnológica. Por outro lado, o poder de monopólio tenderia a apresentar um efeito negativo sobre o esforço tecnológico, na medida em que uma empresa, desfrutando de uma posição monopolista e, conseqüentemente, de lucros extraordinários, não se defrontaria com uma estrutura de incentivos que a induzisse a um esforço tecnológico a fim de incrementar a competitividade de seus produtos. As firmas que, atualmente, realizam lucros de monopólio podem estar menos motivadas a buscar lucros adicionais do que aquelas que recebem somente o lucro normal” (idem, p. 10).

Também, o fortalecimento de empresas estatais via fusões poderia ser alvo de análises diferenciadas, se estiverem corretas as teorias de que tais empresas nem sempre agem de forma egoística, como os modelos racionais fazem supor.

No âmbito internacional, há países como a França que possuem um tipo de análise flexibilizada de concentrações, considerando questões de Política Industrial. Um exemplo particularmente claro é o caso conhecido como Suez/Enel/Gaz de France. Neste, o governo francês se opôs fortemente à aquisição anunciada da companhia nacional de eletricidade e gás Suez pela Enel italiana, independentemente de ter ou não alguma questão antitruste clássica. Em vez disso, o governo francês favoreceu a fusão de Suez com GDF, a fim de criar um dos maiores fornecedores de gás do mundo, com sede na França.²¹

Não há, desse modo, uma relação *a priori* de incompatibilidade entre política industrial e antitruste. Pelo contrário, muitos aspectos relevantes de uma política industrial são compatíveis com o sistema concorrencial, o que pode ser observado ao se analisar instrumentos de política industrial como pesquisa tecnológica, auxílio a indústrias em crise e regulação de monopólios naturais.

É importante notar que tanto a Constituição de 1988 como a legislação concorrencial tornam realizável essa tarefa. De um lado, a ordem constitucional garante a possibilidade de políticas industriais, mas limita a possibilidade do Estado subjugar a livre iniciativa. De outro, a legislação concorrencial tem como sua principal característica a flexibilidade de seus dispositivos. Fusões, aquisições e cooperações entre empresas podem ser aprovadas pelo Cade, caso apresentem benefícios econômicos, como a possibilidade de gerarem aumento de produtividade ou desenvolvimento tecnológico — todos esses objetivos típicos de uma política industrial.

No ato de concentração envolvendo as empresas Totvs e Datasul, o Cade abordou esta questão de forma diferenciada, reconhecendo que o controle de concentração pode fazer parte de uma discussão industrial mais ampla, *in verbis*: “Na medida em que o Estado identifica determinado setor da economia como estratégico para o desenvolvimento nacional, e que essa escolha significa submeter esse setor a uma série de políticas de incentivo à competitividade privada, é preciso avaliar se o estímulo a fusões e aquisições de empresas presente na Política Industrial assegura uma relação de retroalimentação entre ganho de competitividade e ambiente concorrencial saudável. Enfim, a quem executa a lei de defesa da concorrência cabe essa tarefa de identificação in concreto de possíveis incompatibilidades entre defesa da concorrência e política industrial e, se possível, buscar a conciliação.” (ver voto

21. Outros exemplos mais recentes que seguem um padrão mais ou menos similar são os seguintes: FON/Endesa/GasNatural, ABN-Ambro/Antonvenetia, Arcelor/Mittal, Autostrade/Alberit e Danone/Pepsi.

de relatoria do Conselheiro Vinícius M. Carvalho na fusão envolvendo as empresas Totvs e Datasul, AC 08012.008355/2008-85).

2.1 Defesa da concorrência e do consumidor

A defesa do consumidor no Brasil se consolidou como uma verdadeira política pública nos últimos anos. Há um sistema de gestão dessa política bem constituído, com mecanismos de aferição das principais demandas do consumidor e de posterior transformação dessas demandas em soluções. Houve um esforço sincronizado entre a sociedade civil organizada e os governos para que se alcançasse o presente estágio de desenvolvimento institucional.

Dois movimentos históricos compõem o contexto que informa a política de defesa do consumidor e a própria aplicação do seu Código (CDC). O primeiro refere-se à subtração do papel do Estado de ofertante direto de serviços públicos à população. Esses serviços, componentes essenciais da realização do objetivo constitucional da dignidade da pessoa humana, compunham aquilo que pode ser chamado de salário indireto e permitiam à parcela da população atendida por eles um padrão de vida não totalmente vinculado aos ganhos advindos da renda do trabalho, na medida em que eram subsidiados ou, na prática, gratuitos. Com a privatização desses serviços, a garantia da sua prestação passa a ser mediada pela relação de consumo estabelecida, de modo que essa última alcança um novo patamar na agenda da cidadania. O segundo movimento é uma consequência do primeiro. Nota-se que as políticas públicas de desenvolvimento social direcionaram-se para promover a mobilidade social da população mais pobre usando como estratégia a garantia de renda digna a essa parcela da sociedade. Ou seja, o Estado deixa de prestar os serviços de um lado, e de outro, garante recursos diretamente aos mais pobres. Essa segunda estratégia, aliada a outras políticas econômicas e de distribuição de renda, além de reduzir a pobreza e levar à classe média 30 milhões de brasileiros, permitiu que as pessoas identificassem nas relações de consumo o caminho para sua constituição como cidadãos. Enfim, de um lado relações de consumo pautam relações antes “quase estatais”, de outro, políticas de renda permitem que o acesso à cidadania se estabeleça por meio do consumo.

O quadro acima aumenta também a interdependência da política de defesa do consumidor com a aplicação da lei concorrencial, na medida em que essas relações econômicas também passam a se organizar como relações de mercado, notadamente nos serviços de infraestrutura.

Trata-se de instrumentos de política econômica que se destinam a tornar os mercados mais eficientes. Ou seja, compartilham os mesmos objetivos, apesar de utilizarem instrumentos distintos para sua realização, sendo que podem aparecer possíveis tensões exatamente no momento da implementação dos instrumentos.

A política de concorrência muitas vezes analisa os mercados pelo prisma da oferta, com o objetivo de assegurar aos consumidores a maior variedade possível

de bens e serviços com os preços mais baixos. Por sua vez, a defesa do consumidor enxerga o mercado pelo lado da demanda, garantindo que os consumidores sejam capazes de tirar proveito de uma escolha inteligente e eficaz. Por isso emerge a preocupação com as assimetrias de informação, com a publicidade enganosa, com as cláusulas contratuais abusivas e com a saúde e segurança do consumidor.

Outra diferença importante se refere ao *enforcement* das políticas. Enquanto a concorrencial direciona-se, normalmente, para o estudo de mercados, a do consumidor orienta-se para uma determinada prática adotada por uma única empresa.

Segundo estudo da OCDE,²² essas diferenças podem reforçar a eficácia das políticas reciprocamente. O desafio é assegurar a coordenação e garantir que os objetivos não se tornem conflitantes. A coordenação dessas políticas tem vantagens óbvias, mesmo em casos individuais e, mais do que isso, é imprescindível no contexto atual de desregulamentação de vários mercados e com cada vez mais áreas submetidas à lógica concorrencial, como: serviços profissionais, serviços financeiros, energia, e telefonia.

Além disso, quando o mercado está mais exposto à competição, os incentivos das empresas podem mudar, levantando preocupações sobre a defesa do consumidor, como, por exemplo:²³

(i) Se as operadoras enfrentam um consumidor mais inconstante, podem tentar retê-los mediante a imposição de penalidades para rescisão do contrato. Se, em alguns casos, tais dispositivos podem ser bastante razoáveis, em outros podem ser problemáticos do ponto de vista da concorrência e da proteção dos consumidores.

(ii) Se uma empresa dominante percebe que tem risco de perder participações de mercado, passa a ter menos incentivo para investir em ativos de longo prazo, tais como reputação, passando a tirar partido de cada cliente cativo.

(iii) Ao mesmo tempo, o livre mercado pode atrair operadores que “desaparecem durante a noite” com práticas inescrupulosas que podem minar a confiança dos consumidores no mercado como um todo e reduzir a sua propensão para confiar na informação. Nesse caso, se as empresas serão forçadas a suportar os custos adicionais de tentar convencer os consumidores sobre a qualidade dos seus produtos, o que poderá resultar em preços mais elevados e reduzir o excedente do consumidor e do produtor.

22. OECD. Policy Roundtable. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Competition Committee, 2008. p. 8 e ss.

23. Idem, p 10.

LEI 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011

Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei 9.781, de 19 de janeiro de 1999, e dá outras providências.

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

A Lei 12.529/2011 é o resultado de um longo debate legislativo que se iniciou formalmente em 2004 com a apresentação do PL 3.937/2004. A nova lei, que entra em vigor em 30 de maio de 2012, revogando assim a atual Lei 8.884/1994, é um marco histórico e decisivo para o aprimoramento da política brasileira de defesa da concorrência.¹

São introduzidas profundas alterações no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) tal como o conhecemos hoje. Tais alterações são abrangentes, e envolvem não só a mudança no desenho institucional² do SBDC, como também modificações substanciais nas suas principais áreas de atuação: a análise de estruturas, a análise de condutas e o exercício da advocacia da concorrência.

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

Primeiro, porque a Lei 12.529/2011 consolida avanços no que tange à implementação dessa política no âmbito do SBDC propriamente dito. Aqui, trata-se tanto dos avanços que se deram na esfera institucional, como no que diz respeito a questões de direito material que eram objeto de discussões frequentes no regime da Lei 8.884/1994.

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

1. Esse item foi escrito em colaboração com Ticiano Nogueira da Cruz Lima.

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

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

Nesse sentido, é útil ter em mente que a opção por um dado desenho institucional costuma ser o resultado de escolhas entre as diferentes formas de concretizar e harmonizar três grandes objetivos fundamentais: promover o adequado e eficiente cumprimento da função pública, controlar o exercício da atividade estatal em vista do respeito aos direitos e garantias individuais e legitimar a atuação estatal face às necessidades de interferência dos indivíduos no desempenho da autoridade.

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

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

1.1 As mudanças estruturais

1.1.1 Consolidação das funções de investigação e decisão no Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade" ou "Conselho")

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

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

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

Com a entrada em vigor da nova lei, a Seae passará a ser responsável primordialmente pelas ações de advocacia da concorrência, e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE fará parte do corpo técnico do Cade. Nessa nova configuração, o Cade se consolida como a única agência responsável pela análise de fusões e aquisições, pelas investigações nos casos de repressão às infrações contra a ordem econômica e pelo julgamento dos casos.

A tendência, com isso, é que o Cade passe a funcionar de forma mais eficiente, mas a nova estrutura também pode gerar alguma discussão.

Uma delas diz respeito à necessidade de se garantir a separação do exercício das funções de instrução e julgamento no âmbito do próprio Cade, de forma a não levantar questionamentos quanto ao respeito às garantias do devido processo legal. Embora não haja comprovação empírica de que o exercício de ambas as funções por um mesmo órgão traria de fato prejuízos à qualidade da decisão final,³ potenciais críticos do novo regime poderiam argumentar que, sendo também encarregado ativamente da apuração dos fatos, o Cade tenderia a assumir postura parcial na análise dos casos.

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

A uma, porque a nova estrutura do Cade já traça as linhas gerais dessa separação funcional. Pela nova lei, o Cade passa a ser composto de um *Tribunal Administrativo de Defesa Econômica* (integrado por um presidente e seis conselheiros e encarregado de julgar os atos de concentração e processos administrativos para apuração de infração à ordem econômica), uma *Superintendência-Geral* (com atribuição para instruir os atos de concentração e os processos administrativos para apuração de condutas), e um *Departamento de Estudos Econômicos* (responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do Cade).

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

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

Como consequência desse fenômeno, o uso de evidência econômica na solução de casos antitruste tem se expandido de forma crescente nas principais jurisdições no mundo. Esse movimento é percebido no que concerne tanto à resolução de questões referentes a condutas anticompetitivas, quanto ao controle de fusões. O uso de evidência inclui a apresentação de fatos econômicos que substanciem alegações com respeito: (i) à demonstração e cálculo para ressarcimento de danos; (ii) à identificação de mercado relevante e poder de mercado; e (iii) à avaliação de efeitos competitivos de condutas e fusões; entre outros aspectos.⁸

É nesse contexto que a estruturação de um Departamento de Estudos Econômicos apresenta-se como uma das inovações institucionais mais importantes da Lei 12.529/2011. Além das tarefas citadas acima, o DEE poderá contribuir para que o Cade siga o exemplo de outras jurisdições e passe a se dedicar a estudar mercados específicos com o objetivo de identificar possíveis condutas anticompetitivas.

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

Por fim, segundo estudo da OCDE,⁹ os estudos de mercado podem ainda ser vantajosos como estratégia da autoridade antitruste porque:

(i) desempenham uma função importante para a sociedade por reafirmar as vantagens de conduta anticompetitiva quando, por exemplo, os preços sobem como um resultado de rupturas de abastecimento, e não por causa de uma estratégia empresarial ilícita. Sem essa avaliação mais pormenorizada, os governos podem estar inclinados a aplicar restrições no mercado que irão prejudicar os consumidores;

(ii) uma vez um estudo de mercado é concluído e suas recomendações são aplicadas é maior a probabilidade de aumento do bem-estar dos consumidores e da eficiência econômica;

(iii) sempre que práticas anticompetitivas ou ineficiências são substantivas, profundamente enraizadas e apoiada pelos beneficiários, pode levar muito tempo para sua identificação, mas, mesmo assim, os estudos se justificam.

1.1.3 A consolidação do papel da Procuradoria do Cade ("ProCade")

A lei mantém uma Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade com atribuição consultiva e de defesa judicial da autarquia. Contudo, à diferença do sistema da Lei 8.884/1994, a nova lei abre a possibilidade de participação mais ativa da ProCade na instrução dos processos tendo em vista as necessidades agora não

8. Idem, p. 71.

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

A duas, porque os procedimentos para análise dos casos, tanto em se tratando de atos de concentração como de condutas anticompetitivas, também estabelecem de forma clara a separação de funções entre o Tribunal e a Superintendência, inclusive com relação aos momentos em que cada um intervém no processo. A participação da Superintendência na aplicação de sanções pela prática de condutas anticompetitivas e na imposição de restrições/reprovação de atos de concentração se encerra com o oferecimento de impugnação a atos de concentração que entender nocivos à concorrência e a elaboração de relatório circunstanciado opinando pela configuração da infração nos casos de investigação de condutas. Só então cabe ao Tribunal decidir, após analisar o caso e ouvir novamente as partes envolvidas.⁵

Assim, ao contrário do que ocorre na Comissão Europeia (foco das críticas à combinação das funções investigativas e decisórias em uma mesma agência),⁶ o exercício das funções de investigação e de decisão já foi desenhado de forma claramente separada pelo legislador brasileiro, ainda que tais funções sejam atribuídas a um só ente da administração pública.

Cabe ao Cade, portanto, apenas adotar práticas que respeitem essa separação no dia a dia da aplicação da lei.

1.1.2 A importância do Departamento de Estudos Econômicos

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

Como aponta Camila Pires Alves⁷ a influência entre as dimensões jurídica e econômica certamente não se dá em uma direção unívoca. Se a aplicação dos conceitos e princípios econômicos ocorre num contexto jurídico-institucional, a seleção de quais desses princípios e dos métodos dessa ciência serão incorporados na lei e na prática antitruste também será feita no âmbito da própria lei e da jurisprudência a esta associada, conforme os limites impostos pelas condições institucionais e pelos agentes que atuam na sua aplicação.

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

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

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

só do Tribunal, mas também da Superintendência Geral. Nesses termos, além da representação judicial e extrajudicial do Cade, da apuração da liquidez dos créditos para inscrição em dívida ativa, da promoção de acordos judiciais (competências já previstas na Lei 8.884/1994), a ProCade também passa a ter competência expressa para tomar medidas judiciais para a obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos e de propor ação cautelar de busca e apreensão.

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

1.1.4 SEAE

Como mencionamos acima, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, permanece como órgão integrante do SBDC, passando a ser responsável pela coordenação das atividades relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência, concentrando-se nas discussões de marcos regulatórios *ex ante* e podendo se manifestar em qualquer caso de concentração econômica ou conduta anticompetitiva. A SEAE passará a opinar sobre as normas enviadas pelas agências reguladoras para consulta pública, elaborará estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica, poderá propor a revisão de normativos que afetem a livre concorrência. Para o cumprimento de suas atribuições, poderá requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, e celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

1.2 As mudanças nos procedimentos que embasam a atuação do SBDC

Sabe-se que o processo¹⁰ deve ser concebido de forma a prestar-se ao adequado cumprimento da função pública que deve instrumentalizar.

No Estado de Direito, a atuação dos agentes estatais, pautada pelo princípio da legalidade, está sempre vinculada à consecução de determinado(s) objetivo(s) de interesse público. A própria razão do agir estatal encontra-se na busca desses objetivos. Nesse contexto, os procedimentos administrativos são a expressão de um fenômeno complexo por meio do qual o direito procura instrumentalizar – e

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

consequentemente legitimar – a formação dessa “vontade estatal”,¹¹ tendo em vista a consecução das finalidades legais atribuídas ao poder público e o respeito aos direitos e garantias individuais.

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

Essa preocupação com os resultados revela-se não apenas na busca direta da eficiência, pela racionalização e simplificação de algumas etapas dos procedimentos, mas também pelo cuidado em garantir a permeabilidade dos procedimentos do Cade a atores com visões não raro contrapostas acerca do mérito dos casos sendo analisados. Essa permeabilidade, que já faz parte da cultura do SBDC, além de contribuir para a qualidade do conteúdo da decisão é ínsita à noção de devido processo legal, que também permeia as ações do Conselho.

São vários os pontos que merecem destaque nesse sentido.

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

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

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

Com a entrada em vigor da nova lei, as operações só poderão ser consumadas após a aprovação do Cade, e o fechamento da operação antes de sua aprovação sujeitará as partes a multas que variam de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões. Na ausência de manifestação do Cade dentro do prazo legalmente estipulado para tanto, as operações serão consideradas automaticamente aprovadas. Embora o veto ao artigo 64 da Lei – necessário para corrigir uma distorção que poderia levar ao descumprimento

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

de qualquer prazo processual intermediário a acarretar a aprovação automática de atos de concentração – tenha retirado a menção expressa a essa consequência, e ela se mantém pela própria lógica do sistema de notificação prévia em que as possibilidades de prorrogação de prazo são expressamente limitadas e os prazos se suspendem apenas na situação de ausência de quorum no Tribunal.

Assim, de acordo com a nova lei, uma vez notificado o ato, o Cade terá um prazo de 240 dias para analisar a operação, prazo este que poderá ser prorrogado apenas por mais 60 dias, a pedido das partes envolvidas, ou por 90 dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal Administrativo. Findo esse prazo sem decisão final do Cade, a operação será tida como automaticamente aprovada. Para as operações simples, que são a grande maioria dos atos notificados, deverá ser regulamentado um procedimento sumário bem mais célere de análise, a exemplo do que já acontece hoje.

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

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

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

1.2.2 Avanços nos procedimentos para análises de condutas

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

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

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

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

Também é positiva a redução dos formalismos com relação à notificação, que passa a ser feita, na via postal, por qualquer meio que assegure a certeza da ciência do interessado, e não exclusivamente com aviso de recebimento em nome próprio. Outro ponto positivo, ainda com relação à análise das condutas, diz respeito ao papel Ministério Público Federal (MPF). A nova lei abre espaço para uma maior racionalização dessa participação ao dar ênfase aos processos envolvendo a investigação de condutas anticoncorrenciais.

Ao invés da competência genérica para oficiar nos processos sujeitos à aprovação do Cade, caberá ao representante do MPF no Cade emitir parecer, de ofício ou a requerimento do Conselho Relator, nos processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por infração à concorrência.

1.3 O novo direito da concorrência brasileiro: avanços em matérias substanciais

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

1.3.1 Análise de estruturas

Em primeiro lugar, nunca é demais realçar a importância do controle estrutural para a garantia de mercados competitivos e eficientes. De acordo com Michael Porter,¹² podemos ressaltar pelo menos quatro motivos para a análise preventiva de fusões e aquisições:

(1) Fusões levantam questões quase inevitáveis para a saúde da concorrência através da remoção de concorrentes independentes do mercado. A questão não é se existe um risco para a competição, mas o quanto. Este risco decorre da diminuição potencial de pressão competitiva entre as empresas na indústria, a redução potencial na escolha de produtos e variedade, e a redução na probabilidade de inovação, devido à diminuição no número de abordagens diferentes sobre o binômio produto/processo de desenvolvimento.

12. Op. cit., p. 939.

(ii) Uma fusão não requer *skill, foresight, and industry*, apenas capacidade financeira. Ela não exige nova estratégia, e não acarreta melhora automática na produtividade. Por outro lado, a introdução de um novo produto, mudando um modelo de distribuição, ou a construção de uma nova fábrica são muito mais propensos a aumentar a produtividade. A sociedade, então, deve preferir ações independentes das empresas (crescimento endógeno), e não fusões.

(iii) A evidência empírica é majoritária no sentido de que as fusões têm uma baixa taxa de sucesso. Uma ampla série de estudos revela que a maioria das fusões não atendem às expectativas, e a maioria dos lucros são capturados pelo vendedor, não pelo comprador.

(iv) A literatura sobre estratégia empresarial sugere que aquisições pequenas e focadas são mais susceptíveis a melhorar a produtividade do que as fusões entre os líderes. Quando uma grande empresa compra uma pequena empresa e a integra à sua estratégia, grandes ganhos de produtividade são possíveis. Fusões entre as grandes empresas parecem raramente assegurar tais benefícios, e ainda eliminam os principais concorrentes de um mercado.

a) Novos parâmetros de notificação

Os critérios para a notificação de atos de concentração ficam mais objetivos com a exclusão do critério de participação no mercado relevante, em linha com as melhores práticas internacionais. De acordo com os novos critérios, passam a ser de notificação obrigatória no Brasil os atos de concentração em que: (i) uma parte da operação tenha registrado faturamento bruto de pelo menos R\$ 400 milhões no país no último ano fiscal; e (ii) a outra tenha faturamento mínimo de R\$ 30 milhões no mesmo período.

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

Vale notar, ainda, que nos termos da nova lei os critérios de notificação podem ser adequados por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça

b) Definição de ato de concentração

A definição de ato de concentração na nova lei também é mais objetiva. Ao invés da linguagem aberta que tratava da notificação de "atos sob qualquer forma manifestados que possam prejudicar a livre concorrência" e determinava a notificação de "qualquer forma de concentração econômica", agora temos uma lista das hipóteses em que se considera realizado um ato de concentração. Essa opção aumenta a segurança jurídica em torno do tipo de ato a ser notificado, mas também cria desafios para a jurisprudência do novo Cade ao limitar, por exemplo, a margem

de interpretação sobre a desnecessidade da notificação de operações que, embora a princípio se enquadrem na definição geral de ato de concentração da lei, dificilmente representam algum interesse para o direito da concorrência, como, por exemplo, as aquisições a título exclusivo de investimento, reorganizações societárias e aquisição de participação minoritária.

A única exceção à obrigação de notificar expressamente prevista na lei diz respeito aos contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* criados com o propósito específico de participação em licitações públicas. Para os atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações (os demais atos de concentração) e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública, há ainda a previsão de regulamentação posterior.

c) Mudanças nas exigências para autorização

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

Além disso, exclui-se a possibilidade de o Cade autorizar a realização de ato contrário à concorrência por motivo preponderante de economia nacional e do bem comum, alvo de críticas no sistema anterior.¹³

1.3.2 O controle de condutas

a) Novos critérios para a aplicação de multas

As multas, que no sistema da Lei 8.884/1994 variavam de 1% a 30% do valor do faturamento bruto da empresa, passam a ser de 0,1% a 20% do faturamento bruto

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

registrado pela empresa, grupo ou conglomerado no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva no ano anterior ao início das investigações.

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

Para as pessoas físicas, os critérios também foram alterados: de 10% a 50% da multa aplicável à empresa, a multa passa a variar de 1% a 20% da multa aplicada. A mudança é grande, principalmente tendo em vista a alteração na base de cálculo, que fica muito mais razoável com a consideração da multa efetivamente aplicada à empresa. Já a multa aplicável a associações, consultorias e outras pessoas físicas envolvidas nas infrações aumentou e pode chegar até 2 bilhões de reais.

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

b) Avanços no programa de leniência

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

c) Persecução civil e criminal de cartéis

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

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

No eixo criminal, cumpre pontuar que a Lei 12.529/2011 alterou a tipificação dos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/1990¹⁴ e manteve a regra de competência atualmente vigente.¹⁵ Até 2010, contabilizou-se que 250 pessoas, entre donos e diretores de empresas, responderiam a processos por formação de cartel, sendo que ao menos 29 executivos já haviam sido condenados em decisão final – de primeiro ou segundo grau – por crime de cartel, a penas que superaram os cinco anos previstos na lei específica, em vista de aplicação de agravantes previstas no Código Penal.

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

Paralelamente, no eixo civil, se aposta em um salto de qualidade que pode advir do estímulo à cultura da reparação de danos causados por cartéis. Essas ações privadas de ressarcimento permitem que pessoas prejudicadas por cartéis sejam ressarcidas pelos prejuízos sofridos, via ação reparatória de iniciativa do Ministério Público, de entidades de defesa do consumidor ou dos próprios consumidores (Lei 12.529/2011, art. 47).¹⁶

Segundo John Connor,¹⁷ a presença de um esquema institucional e legal que propicie ações privadas de reparação de danos por prejuízos advindos de cartel é determinante como fator dissuasório da conduta. Além disso, citam-se como pontos favoráveis dessas ações o fato de a recuperação de danos ser um avanço em termos de justiça distributiva; de um sistema bem estruturado poder aumentar o número dos casos de ilícitos detectados; e de tratar-se de mais uma forma de promoção da cultura da concorrência.

De outro lado, pode-se ponderar que as ações de reparação envolvem um aumento dos custos envolvidos nos processos (cálculo de danos) e de alguns riscos, como o de conflitos entre decisões administrativas e judiciais, de impactos negati-

14. Lei 8.137/1990, art. 4.º.

15. Veto ao art. 120 da Lei 12.529/2011.

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

17. Global antitrust prosecutions of modern international cartels, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 4:3, 239-267, 2004, p. 24-25.

vos no programa de leniência, de impactos negativos na concorrência causado por decisões erradas, de maior número de casos de *sham litigation* e, por fim, de maior judicialização das discussões antitruste.

Incentivos para buscar reparação variam em função da percepção dos riscos envolvidos, dos custos da ação e do valor do dano (expectativa de valor a ser reparado). De todo modo, para que surja efetivamente no Brasil um sistema de reparação de danos é necessário enfrentar várias questões como: qual o grau de vinculação entre as decisões na esfera pública e nas ações privadas? A decisão da autoridade antitruste inverte o ônus da prova no processo civil? Ações no judiciário devem ser suspensas enquanto se aguarda decisão da autoridade antitruste? Decisão final no judiciário sobre danos vincula decisão da autoridade antitruste? Em que circunstâncias a decisão administrativa deve ser considerada? Apenas decisões versando sobre o mesmo caso podem ter efeitos na ação civil (mesmas partes e mesmos fatos) ou também é possível conferir efeitos vinculantes a decisões sobre casos similares? É possível assegurar ao leniente o estabelecimento de recompensas positivas explícitas (i.e., desconto na multa) e de recompensas negativas (i.e., afastamento da responsabilidade solidária)? O desconto deve ser fixado em lei ou deve ser estabelecido caso a caso? Qual é o método mais adequado para estimar o dano causado: cálculo do sobrepreço, cálculo dos lucros cessantes (acessa danos causados na cadeia produtiva) ou cálculo do *deadweight loss* (*overall output reduction* e prejuízo a potenciais negócios)?

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Capítulo I

DA FINALIDADE

ART. 1.º 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.

A Lei 12.529/2011 estabelece no art. 1.º como sua finalidade a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Logo de início cumpre ressaltar certa confusão entre meios e fins que já existia na Lei 8.884/1994 e que persistiu na nova lei. Referimo-nos à expressão “repressão ao abuso do poder econômico”. A Constituição Federal, ao dispor 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” (art. 173, § 4.º), estabelece claramente que o controle das práticas anticompetitivas é um dos meios escolhidos para garantir os princípios constitucionais da ordem econômica arrolados no art. 170, entre eles os destacados no art. 1.º referido acima. Desse modo, combater o abuso do poder econômico, que se caracteriza como um desvio de finalidade no uso desse poder, é o “meio” e garantir a livre concorrência e a defesa dos consumidores é a “finalidade” precípua da lei de defesa da concorrência. Por isso que, no parágrafo único do art. 1.º, a Lei 12.529/2011 afirma ser a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos por ela.

A distinção entre meios e fins não se apresenta aqui como mero recurso estilístico, possui fundamento metodológico e visa evitar constantes mal-entendidos com referência aos princípios de liberdade de iniciativa e de concorrência, associados aos a uma suposta ausência de intervenção estatal na organização dos mercados. Nesse sentido, revela-se a inadequação da noção de “mercado livre”. Aliás, todos os países têm regulamentações estatais definindo quem pode participar de que