

9. O tratamento jurídico do controle das ajudas de Estado e as suas repercussões concorrenciais ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA.....	205
10. Direito da concorrência e sua relação com a tributação RODRIGO MAITO DA SILVEIRA.....	248
II. DOCTRINA INTERNACIONAL	
1. Joint ventures & antitrust: a Pandora's Box – Antitrust Commission – National Report of Germany ANNELI VON PREUSCHEN	287
2. International Antitrust and the Doha Dome ELEANOR M. FOX	300
3. Joint ventures in Switzerland: overview and recent developments DAVID MAMANE	326
III. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA	
1. O controle de preços abusivos pelo SBDC: uma interessante discussão e jurisprudência LEONOR CORDOVIL E CAROLINA SAITO.....	339
2. Aspectos de direito econômico da sentença da ação civil pública proposta contra o alegado cartel dos genéricos LEOPOLDO PAGOTTO.....	362
IV. NOTA	
1. Simpósio Brasileiro de Direito da Concorrência e Regulação Econômica.....	379
V. RESENHA	
1. <i>Desafios atuais da regulação econômica e concorrência</i> , organizado por Pedro Zanotta e Paulo Brancher RESENHA POR PEDRO ZANOTTA E PAULO BRANCHER.....	394
DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2010-2011	398
NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES.....	400

I DOCTRINA NACIONAL

1

Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro

ANA PAULA MARTINEZ

Mestre em Direito pela Harvard Law School e em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Ex-Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica e Secretária Adjunta da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial

RESUMO: O presente artigo mostra a evolução da análise de atos de concentração no Brasil, em período anterior à Constituição Federal de 1988 e em período posterior, após a abertura da economia. Após a abertura do mercado brasileiro à competição internacional, a defesa da concorrência ganhou papel mais destacado, vindo crescer o número de análises de atos de concentração (assim como de condutas), apesar dos escassos recursos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O aumento do número de casos foi acompanhado do aumento da complexidade das análises. O artigo também menciona e discute algumas das mudanças trazidas pelo projeto de lei que discute a reformulação da estrutura de defesa da concorrência no País.

ABSTRACT: This paper describes the evolution of the merger control in Brazil, in the period before the 1988 Federal Constitution and in later period, after the opening of the economy. After the opening of the Brazilian market to international competition, competition advocacy has earned a more prominent role. The number of merger reviews has increased, as well as the complexity of the cases, despite the lack of resources of the Brazilian System for Protection of Competition. The article also mentions and discusses some of the changes brought by the bill in Congress that discusses the new structure of competition authorities in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Competição – Atos de concentração – Evolução.

KEYWORDS: Competition – Merger review – Evolution.

SUMÁRIO: 1. Da Constituição de 1934 à Lei 8.884/1994 – 2. A implementação da Lei 8.884/1994 – 3. O projeto de reforma do SBDC sob a ótica das concentrações – 4. Conclusão.

O nível de concorrência dos mercados no Brasil hoje pode ser justificado pela agenda econômica liberal que norteou a ação governamental a partir da década de 90. No início de referida década, a economia brasileira passou por uma intensa reforma, com liberalização comercial, reforma tributária, adoção de política fiscal mais severa, controle da inflação, privatização e desregulamentação dos mercados, com abandono de modelos anteriores que pouco favoreciam a concorrência (como o modelo de substituição de importações e controle de preços). E foi nesse pacote de reformas que foi promulgada a atual lei brasileira de defesa da concorrência, com um sistema obrigatório de notificação de concentrações e cooperações econômicas.

Aqui há que se ter muito cuidado para não se precipitar na conclusão de que foi a lei antitruste que ocasionou o incremento de concorrência nos mercados brasileiros na última década. É bem mais provável que tenha sido o conjunto de reformas institucionais acima referidas que, ao reduzir as barreiras à entrada para novos agentes e facilitar o acesso ao crédito e investimentos estrangeiros, incrementou o grau de rivalidade no mercado. Não se quer anular o papel da legislação antitruste para o incremento da concorrência no Brasil, apenas quer-se dizer que esta tem *papel acessório* na consecução desse objetivo e que sua *implementação só é factível com um marco legislativo e político adequado à economia de mercado*. Isso pode ser facilmente ilustrado pelo fato de que o Brasil possuía desde a década de 30 legislação para a defesa da concorrência (o Dec.-lei 869/1938, de caráter penal, e Lei 4.137/1962, de caráter administrativo), mas foi apenas quando um pacote de medidas mais amplas foi adotado na década de 90 – e com o abandono de órgãos como o Conselho Interministerial de Preços (CIP), o Conselho de Desenvolvimento Industrial (CDI) e a Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil (Cacex), que deixavam pouco espaço para que as forças de mercado agissem “invisivelmente” – é que o país avançou no quesito *concorrência*. Tal linha de argumentação, que pode parecer estranha a alguns leitores, é inclusive reconhecida pela OCDE, quando analisou, em 2005, a política

antitruste brasileira¹ e pela Carta Interministerial de 2002 dos Ministros da Fazenda, Justiça e Planejamento, Orçamento e Gestão endereçada ao Presidente da República, que afirma que: “(...) até a instauração do Plano Real, a defesa da concorrência cumpriu um papel secundário na política governamental. Características que marcaram a economia brasileira ao longo de décadas – forte presença do Estado, recurso a controle de preços, elevado nível de proteção à indústria nacional, altos índices de inflação – eram naturalmente incompatíveis com tal política”.²

Após essa breve introdução, passemos ao tema central do artigo: a evolução do controle de concentrações econômicas no Brasil.

1. DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 À LEI 8.884/1994

As Constituições brasileiras de 1934³ e 1937 faziam referência à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico sem, contudo,

1. OECD & Inter-American Development Bank, *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OECD Publishing, 2005. “As políticas econômicas do Brasil após a Segunda Guerra Mundial baseavam-se na intervenção governamental permeada nas operações de mercado. O Estado controlava preços em muitos setores, e a maioria das grandes corporações industriais, de transporte e financeiras do País ou eram empresas públicas ou monopólios privados sancionados publicamente. Uma lei de concorrência (Lei 4.137) promulgada em 1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), mas o Conselho tinha impacto econômico marginal (...). Em 1988, coincidente com uma série de significativas mudanças econômicas no Brasil, uma nova constituição estabeleceu a concorrência como característica-chave da ordem econômica. Um programa de privatização foi lançado, barreiras ao comércio internacional foram reduzidas e o Cade tornou-se mais ativo. A era moderna da política de concorrência no Brasil começou em 1994. Em resposta a um período de hiperinflação, o Plano Real foi implementado nesse ano. Suas principais características eram a introdução de políticas fiscais e de crédito estritas e uma nova moeda (o Real), fixado no dólar americano. Como parte das reformas de 1994, uma nova lei de concorrência (Lei 8.884) foi promulgada (...)”
2. Carta Interministerial dos Ministros da Fazenda, Justiça e Planejamento, Orçamento e Gestão, de 2002, endereçada ao Presidente da República, anexa ao Aviso 805 do Ministro da Fazenda, de 02.12.2002.
3. “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

prever de forma expressa a repressão ao “abuso do poder econômico” (a Constituição de 1937 fazia referência à intervenção estatal para suprir as “deficiências da iniciativa individual”).⁴ Em seguida, foi promulgado pelo Presidente Getúlio Vargas o Dec.-lei 869, de 18.11.1938,⁵ de autoria de Nelson Hungria, que tratava dos crimes contra a economia popular, incluindo ilícitos anticoncorrenciais como a venda de mercadorias abaixo do preço de custo “com o fim de impedir a concorrência”. Era também crime (inafiável), punível com pena restritiva de liberdade de 2 a 10 anos e multa, “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”.⁶ Vê-se, portanto, uma preocupação com a concentração empresarial desde ao menos 1938, período em que o controle se dava *a posteriori* e no campo criminal, a cargo do Tribunal de Segurança Nacional.

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

Art. 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, n. 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

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

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

5. Publicado na CLBR, 31.12.1938. Posteriormente reproduzido pela Lei 1.521, de 26.12.1951.

6. Dec.-lei 869, art. 2.º, III.

O referido decreto-lei teve pouca ou nenhuma efetividade. Nelson Hungria chegou a afirmar que: “o Decreto n. 869 que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente”.⁷ Na mesma linha, notícia Shieber que: “um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou um só caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil”.⁸

Em seguida, o então Ministro da Justiça e Negócios Interiores Agamemnon Magalhães redigiu o anteprojeto do que veio a se tornar o Dec.-lei 7.666, de 22.06.1945,⁹ que dispunha sobre os atos “contrários à ordem moral e econômica”, dando caráter de ilícito administrativo aos atos anticompetitivos contrários ao “interesse da economia nacional”. O referido decreto-lei (por vezes referido como “Lei Malaia”) criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (Cade),¹⁰ órgão diretamente subordinado ao Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.¹¹ Além disso, o decreto-lei previu instrumental para o controle obrigatório (e prévio, diga-se de passagem) de estruturas em

7. Apud José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso – Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1985. p. 9.

8. Benjamin M. Shieber, *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 6. Curioso notar que a *Standard Oil Company of Brazil* (posteriormente *Esso Brazil*) integrava o grupo econômico que teve que se desintegrar por ordem da primeira decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos contra os *trustes* (*Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911)). Disponível em: [http://supreme.justia.com/us/221/1/case.html]. Acesso em: 07.12.2007.

9. Publicado na CLBR, 31.12.1945, p. 256.

10. Em 1942, havia sido criada a Comissão de Defesa Econômica (CDE) pelo Dec.-lei 4.807, de 07.10.1942 (publicado na CLBR em 31.12.1942, p. 42), composta por cinco membros dos seguintes Ministérios: Fazenda, Relações Exteriores, Justiça e Negócios Interiores, Guerra e Trabalho, Indústria e Comércio, todos nomeados pelo Presidente da República. Entre as funções da CDE estava “resolver, por solicitação ou ‘ex-officio’, a rescisão ou forma de liquidação dos contratos em que sejam partes pessoas cuja atividade econômica se torne necessário reprimir”.

11. Os demais membros eram o Procurador Geral da República, o Diretor Geral da Cade, um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, um representante do Ministério da Fazenda, um representante das classes

determinados setores da economia (bancário, de mineração, transportes, alimentos, entre outros):

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

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

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

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

(...)

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

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra ‘empresa’, abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.” (g.n.)

“Da fiscalização do exercício do poder econômico

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

- a) os estabelecimentos bancários;

produtora e distribuidora e um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência.

b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios;

c) as empresas que operem em seguros e capitalização;

d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea;

e) as empresas editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade;

f) as indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos;

g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos;

h) as indústrias de tecidos e calçados;

i) as empresas de mineração;

j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral;

k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública.

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

Parágrafo único. São nulos de pleno direito os registros feitos com inobservância deste dispositivo.” (g.n.)

Com relação à necessidade de controle prévio estrutural, o autor do anteprojeto, inspirado na experiência norte-americana (notadamente no julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso da *Standard Oil*),¹² esclareceu na exposição de motivos transcrita abaixo que era importante a intervenção do Estado na economia de modo a “impedir a formação de trusts e outras formas de agrupamentos”, que poderiam causar efeitos deletérios para as classes média e trabalhadora e para as pequenas indústrias. Vê-se que longe de evidenciar uma preocupação com o incremento do bem-estar agregado (eficiência econômica), o

12. *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

Dec.-lei 7.666/1945 tem em sua razão de ser fundamentos protecionistas e voltados à proteção das classes rurais e menos abastadas (*defesa da economia popular*), em linha, aliás, com a política altamente intervencionista do Estado Novo. Curioso ainda notar que a notificação prévia resulta da convicção de que o Estado deveria primeiro manifestar-se a respeito da licitude de tais concentrações para então lhe garantir a validade – em linha com sua política econômica, evidenciando alto grau de discricionariedade (e, não com base em fundamentos à la “scrambled eggs”, como foi em outros países):

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

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

Esses fenômenos constituem consequências fatais do exercício abusivo do poder econômico contra o qual se tem sistematicamente insurgido a opinião pública (…).

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

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

Partindo do fato, unanimemente reconhecido de que nem todos os agrupamentos são contrários ao interesse público, de vez que os há inofensivos e, até mesmo, benéficos à economia nacional, as legislações existentes, via de regra, têm procurado caracterizar a nocividade das coalizões ou dos agrupamentos, com base na natureza ilícita, imoral ou prejudicial dos objetivos ou intenções que as uniram. Esse critério subjetivista criou as maiores dificuldades práticas, no momento da aplicação da lei e determinou oscilações e indecisões da jurisprudência, altamente perturbadoras dos intuídos dos legisladores, conforme o atesta a crítica unânime dos estudiosos do assunto.

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

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

Contudo, por suas previsões inovadoras à época e pelo momento político inadequado, o ato foi prontamente revogado (antes mesmo de sua regulamentação) com o fim do Estado Novo por meio do Dec.-lei 8.167, de 09.11.1945.¹³ No ano seguinte foi promulgada a nova Constituição brasileira, que dispunha em seu art. 148 (inclusão resultante dos esforços de Agamemnon Magalhães) que: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” (g.n.)¹⁴ Apesar da previsão constitucional da década de 40, foi apenas duas décadas depois que o

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

14. A Constituição brasileira de 1967 seguiu a mesma linha, ao prever em seu art. 157, VI, que: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) repressão ao abuso do poder

Brasil adotou, após extensas discussões legislativas (que contaram com a participação ativa de Agamenon Magalhães e, após sua morte, de seu filho),¹⁵ sua primeira lei antitruste efetiva: a Lei 4.137, de 10.09.1962.¹⁶ Referida lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), com competência para reprimir o abuso ao poder econômico. Na justificativa da Lei 4.137/1962, que teve como inspiração a experiência norte-americana, encontram-se trechos de autoria de Agamenon Magalhães, em que se afirma que:

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

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

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

A América do Norte só conseguiu dominar os trustes de petróleo depois que a Suprema Corte em 1911 decretou a dissolução da ‘Standard Oil’. (…)

Essa lei emancipa não só a nação brasileira, mas o Governo atual e os futuros. Como disse Wilson, o governo invisível, formado pelo abuso do poder econômico, é um poder de corrupção, em matéria econômica e política. (…)

Essa lei será a carta, será a nova liberdade – liberdade do consumidor brasileiro e liberdade do Governo, porque com ela não estará sujeito às influências de grupos econômicos. (…)

para que o Estado brasileiro seja um Estado que comande, que dirija, deve pairar acima de qualquer poder econômico.”¹⁷

econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

15. Agamenon Magalhães apresentou o PL 122/1948. Com sua morte em 1952, o projeto perdeu força. Em 1955, seu filho Paulo Germano de Magalhães apresentou o PL 3/1955, reprodução do projeto anteriormente apresentado.

16. Regulamentado primeiramente pelo Dec. 52.025, de 20.05.1963, e, posteriormente, pelo Dec. 92.323, de 23.01.1986.

17. *Diário do Congresso Nacional*, 16.04.1948, p. 2444.

Percebe-se que da preocupação em se proteger as classes médias e rurais, refletida no Decreto-lei de 1938, passou-se a uma preocupação com o consumidor propriamente dito e em se preservar a política determinada pelo Governo. Nesse contexto de preocupação com a formação dos trustes e o abuso do poder econômico, foram inseridos os arts. 2.º e 74 da Lei 4.137/1962 que previam controle estrutural:

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

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

(…)

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

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

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

a) equilibrar a produção com o consumo;

b) regular o mercado;

c) padronizar a produção;

d) estabilizar os preços;

e) especializar a produção ou distribuição;

f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

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

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

Vê-se, portanto, que determinados tipos de concentrações e cooperações econômicas estavam sujeitas a dois tipos de controle: um *prévio*,

no âmbito do controle de estruturas previsto no art. 74,¹⁸ e outro a *posteriori*, no âmbito do controle de condutas anticompetitivas previsto no art. 2.º.¹⁹ Não era qualquer tipo de ato entre empresas que exigia o *controle prévio*, mas apenas aqueles que preenchessem as condições (subjativas, há que se dizer,²⁰ sem presunção de lesividade) do art. 74. Como os efeitos esperados de uma concentração não são aqueles enumerados nas alíneas do art. 74,²¹⁻²² e no juízo de discricionariedade do Cade,

18. A operação entre empresas do mesmo grupo não tinha o potencial lesivo previsto no art. 74. O então rel. Conselheiro Olympio José de Abreu do Processo Administrativo 20.654/1968 (Representante: Chefe de Gabinete do Presidente do Cade; Representadas: Indústria Brasileira de Embalagens S.A. e Fábrica Nacional de Tambores Ltda.) conclui que: "Não se constatou no processo nenhuma dessas hipóteses [do art. 74 da Lei 4.137/1962] posto que a fusão aprovada que foi pela Coife verificou-se no âmbito de empresas que possuem idêntica composição societária. O que ocorreu foi a integração de uma subsidiária com a que lhe detinha o controle acionário. Não se trata, pois, de um procedimento tendente a fraudar a lei". Apud José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini. *Poder econômico*, cit., p. 59-60.
19. De modo a facilitar o controle a *posteriori*, foram incluídas as previsões do art. 73 da mesma lei:
"Art. 73. O Departamento Nacional da Indústria e Comércio as Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados, enviarão ao C.A.D.E. quando solicitado, um resumo de cada um dos atos, contratos, estatutos ou alterações que hajam arquivado ou registrado, com as informações a que se refere o artigo anterior."
20. Tercio Sampaio Ferraz Junior, A concentração econômica e a fiscalização administrativa: entendimento do art. 74 da Lei 4.137/1962, segundo a redação do art. 13 da Lei 8.158/1991, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 193, 1993, p. 68, indica que "a experiência foi demonstrando que as práticas mencionadas no caput abrangiam de fato todos os expedientes concentracionistas habituais, enquanto os efeitos apontados nas alíneas a) até f) não exauriam, por si só, as técnicas econômicas capazes de efetivá-los. Daí resultou um alto grau de discricionariedade que implicava uma verdadeira permissão para o Cade intervir na política econômica dos entes privados".
21. Por exemplo, em voto no Processo 20.218/71, de 24.03.1971 (Requerente: Ciba-Geigy Química S.A., DOU 18.04.1972, Seção I, Parte I, p. 3423 e ss.), o rel. Conselheiro Gratuliano Brito afirmou que: "Ora, é de ver-se que um simples negócio de fusão ou incorporação de empresas pelo só fato dessa fusão ou incorporação não se inclui na sistemática específica de controle prévio instituída no art. 74 da Lei 4.137, de 10.09.1962." Apud José Inácio

a jurisprudência foi evoluindo²³ para o registro prévio restrito essencialmente a cooperações econômicas entre concorrentes, contratos de distri-

Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini. *Poder econômico*, cit., p. 394.

22. Previa o Dec. 52.025, de 20.05.1963, DOU 21.05.1963, p. 4946, primeiro a regulamentar a Lei 4.317/1962, que: "Art. 96, § 1.º Independem de registro os ajustes previsto neste artigo quando visem realizar operações normais aos usos e praxes comerciais para contratos da mesma natureza." O mesmo artigo ainda fixou um prazo (curto) para a apresentação dos acordos contados de sua data de assinatura (e que por previsão legal não teriam validade até a concessão do registro pelo Cade): "§ 2.º Os atos, ajustes, acórdos e convenções previstos neste artigo não terão validade senão depois de aprovados e registrados pelo Cade. § 3.º O registro não impede o Cade se positivado posteriormente o intuito fraudulento do pedido, de promover processo para verificar abuso de poder econômico. § 4.º O pedido de registro deverá ser submetido ao Cade no prazo de dez (10) dias, contados da data do ato, ajuste, acórdo ou convenção." O Dec. 52.025/1963 foi revogado pelo Dec. 92.323, de 23.01.1986, DOU 24.01.1986, p. 1296.
23. O rel. Conselheiro J. C. de Mendonça Braga (Processo 20.080/70, de 18.04.1970, Requerente: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, Requerida: Flumipesca Indústria Fluminense de Pesca S.A.; DOU 13.05.1970, Seção I, Parte I, p. 3523) incorporou em seu voto o entendimento de Benjamin Schieber: "a) que a alínea primeira do art. 74 da Lei do Cade refere-se a 'acordos entre concorrentes para limitar a produção, em vez desta limitação ocorrer em resposta à operação da lei de oferta e procura no mercado'; b) que a alínea segunda cogita 'do estabelecimento', por meio de acordos entre empresas, de normas concernentes ao funcionamento do mercado, v.g., o estabelecimento de normas para dar crédito a compradores; c) que a alínea terceira trata de ajustes que fixam 'standards de qualidade de produtos e de medidas e pesos'; d) que a alínea quarta admite a substituição da lei de oferta e procura, como o agente determinante de preços, por acordos entre empresas que tenham por efeito estabilizar preços; e) que a alínea quinta permite a aprovação de acordos que objetivem a partilha do mercado em base de especialização da produção ou distribuição; f) que a derradeira alínea versa sobre 'acordos que visem o estabelecimento de vendedores exclusivos, isto é, vendedores que não possam vender produtos do mesmo gênero ou destinados a satisfação de necessidades conexas, produzidos por outras empresas concorrentes'". Apud José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini. *Poder econômico*, cit., p. 396.

buição que impunham restrições a concorrentes²⁴ e de exclusividade.²⁵ Contudo, a implementação de tal lei foi muito aquém do esperado, em vista do contexto econômico do país no período de sua vigência (política de substituição de importações, tabelamento de preços e proteção da indústria nacional)²⁶ e pouco se viu de resultado para a promoção da concorrência. Esse ambiente protecionista era inclusive refletido nos julgamentos do Cade.²⁷

24. Por exemplo, em voto no Processo 20.247/76, de 25.04.1977 (Requerente: Cia. Vidraria Santa Marina, DOU 23.05.1977, Seção I, Parte I, p. 6197 e ss.), o rel. Conselheiro Geraldo de Rezende Martins afirmou que: “a nosso ver, os termos dos instrumentos de f. configuram um daqueles ajustes de restrição para a distribuição de mercadorias, cuja validade ficou condicionada à aprovação e ao registro neste E. Conselho, por força do art. 74 da Lei 4.137, de 10.09.1962”. Apud José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini. *Poder econômico*, cit., p. 388-389.
25. Por exemplo, em voto no Processo 40.016/75, de 09.09.1976 (Requerente: Petri do Brasil S.A., DOU 19.10.1976, Seção I, Parte I, p. 13852 e ss.), o rel. Conselheiro Hamilton Bittencourt Leal afirmou que: “No referido contrato, a concedente dá à concessionária a exclusividade de distribuição dos volantes esportivos, em todo o território nacional pelo prazo de um ano. (...) Assim, voto no sentido de ser aprovado e registrado o contrato de concessão apresentado, porquanto, na espécie, não se verifica abuso do poder econômico.” Apud José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini. *Poder econômico*, cit., p. 389-390.
26. Infelizmente não há dados do número de atos e contratos que foram registrados perante o Cade nos termos do art. 74 no período de vigência da Lei 4.137/1962. Contudo, é esperado que esse número tenha sido bastante reduzido. Como indicativo, de 1963 a 1990 o Cade instaurou 117 processos administrativos, que resultaram em apenas 16 condenações (todas suspensas no Judiciário). Vide Lúcia Helena Salgado, *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997. p. 176. Segundo Arthur Badin (*Prestação de contas da Procuradoria do Cade*, 2007), 302 processos foram julgados pelo Cade no período de 1962 a 1993.
27. Por exemplo, em voto nas Averiguações Preliminares 112, de 14.12.1981 (Representante: Bombril S/A Indústria e Comércio; Representadas: Colgate Palmolive Ltda. e Colgate Palmolive Co., DOU 24.12.1981, seção I, p. 24765 e ss.), o rel. Conselheiro Feres Osraia Nader do processo afirmou que: “o Estado-Nação, para sobreviver como tal, tem de ser poderoso, também, fora das suas tradicionais fronteiras. Tem de fomentar, apoiar, empurrar financeira, técnica e logisticamente, as suas multinacionais, as multinacionais de raiz interna. (...) há que se proteger as empresas brasileiras de modo a que possam desabrochar para o mundo, em expansão de mercados,

Com a Constituição de 1988, a ordem econômica ganha um novo status e a livre concorrência passa a ser um de seus princípios balizadores, prevista no art. 170, IV. Ademais, no art. 173, § 4.º, CF/1988 foi estabelecido que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” A isso se soma o novo contexto político e econômico do Brasil, em um forte movimento de liberalização e abertura da economia, com controle da inflação. Nesse contexto, foi adotada a Lei 8.158, de 08.01.1991, que na verdade era resultado da MedProv 204, de 02.08.1990 e de suas reedições²⁸ (com poucas alterações).²⁹ Na Exposição de Motivos da referida medida provisória, os então Ministros da Justiça e da Economia, Fazenda e Planejamento apontavam para as insuficiências do quadro legislativo para a tutela da concorrência:

“A Constituição Federal, no seu art. 173, § 4.º, reserva à lei tarefa de reprimir os abusos do poder econômico e a consequente produção de anomalias de comportamento concorrencial no mercado.

Num passado recente, a forte tutela econômica exercida pelo poder público, estabelecendo e aplicando mecanismos de controle de preços, bem como a facilidade com que paralelamente se estimulavam práticas indesejáveis de cartelização e de dumping criaram no País um comportamento

de técnica, de grandeza financeira. Assim, temos de interpretar a nossa Lei 4.137/1962 no sentido do conhecimento desses fatos. Repito: sem denegrir a multinacional estrangeira que aqui, no Brasil, atua legalmente, ajudando ao progresso, mas tendo sempre em vista que, no corpo do art. 160 da Carta Constitucional está bem vincado o fim do desenvolvimento nacional”. Apud José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini. *Poder econômico*, cit., p. 19-20.

28. MedProv 218, de 03.09.1990, DOU 03.08.1990, p. 16807; MedProv 246, de 13.10.1990, DOU 15.10.1990, p. 19509; MedProv 276, de 05.12.1990, DOU 06.12.1990, p. 23464.
29. Tercio Sampaio Ferraz Junior, Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional, *Arquivos do Ministério da Justiça*, 180, ano 45, 1992, p. 181, afirma que: “a Lei 4.137/1962, de raízes relativamente frágeis, tornou-se largamente inoperante. Neste quadro desagregador, a proposta de liberalização da economia trazida por um novo Governo, em março de 1990, tinha dois objetivos básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos ‘cartórios’. E com essa finalidade, a ressurreição da lei antitruste era uma peça fundamental”.

empresarial que acabou por prejudicar o justo equilíbrio das forças de mercado.

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

A legislação brasileira pertinente, em particular a Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, vem merecendo de longa data críticas acerbas da doutrina, sobretudo pela ineficiência dos procedimentos ali estabelecidos, em razão dos quais até mesmo os processos mais simples chegam a consumir anos de infrutífera discussão, sem nenhum senso prático. As alterações que nesta proposta são sugeridas visam, nuclearmente, a conferir eficiência e rapidez à atuação do poder público neste relevante aspecto”.³⁰ (g.n.)

Foi com base nessa mesma fundamentação, referida nas medidas provisórias subsequentes, que a Lei 8.158/1991 foi aprovada pelo Congresso Nacional. Tal lei, ao criar a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)³¹ e introduzir mudanças na Lei 4.137/1962, muniu a sociedade de um instrumental mais eficaz e adequado à regulação dos comportamentos no mercado.³² O art. 74 da Lei 4.137/1962 ganhou então nova redação dada pelo art. 13 da Lei 8.158/1991.³³ O controle de

30. *Diário do Congresso Nacional*, 22.08.1990, Seção Conjunta, p. 3661.

31. Órgão subordinado ao Ministério da Justiça com a função de “apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”.

32. A Lei 8.158/1991 foi regulamentada pelo Dec. 36, de 14.02.1991 (publicado no *DOU* 15.02.1991).

33. Nova redação: “Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência

estruturas passou a ser feito *a posteriori* e levado a cabo pela SNDE (que hoje corresponde à Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça). O objetivo de tal mudança para ser a criação de um ambiente propício à atividade econômica e seus movimentos naturais, com intervenção mínima no mercado. Caso houvesse um ato de concentração que de fato se mostrasse lesivo à concorrência e que não pudesse ser aprovado com base em fundamentos outros como eficiência e interesse nacional, então a SNDE interviria (o que era visto como notória exceção). Outra mudança significativa é que os atos entre empresas que deveriam ser apresentados para aprovação da SNDE eram todos aqueles com potencial lesivo à concorrência, fugindo-se do rol (ainda mais discricionário) das alíneas da antiga redação. Foi também incluída uma presunção de lesividade, qual seja, a detenção de participação de ao

da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;
- b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;
- d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

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

(...)

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

(...)

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

menos 20% do mercado afetado pelas partes de uma operação, caso no qual a notificação era obrigatória.³⁴

Ainda no bojo dessa mesma reforma legislativa foi aprovada a Lei 8.137, de 27.12.1990,³⁵ que previa em seu art. 4.º que o abuso do poder econômico mediante concentração empresarial de qualquer natureza (coalizão, incorporação, fusão, integração, concentração de ações, aquisição de acervos de empresas ou quotas, ações, títulos e direitos) é crime contra a ordem econômica, punível com reclusão de dois a cinco anos ou multa. Quis-se, assim, assegurar tratamento dos mais severos (de ordem criminal) para aqueles atos concentracionistas que pudessem lesar a concorrência.

Contudo, as Leis 4.137/1962 e 8.158/1991, com suas respectivas regulamentações passaram a coexistir, por vezes com previsões contraditórias e sem a criação da noção propriamente de um sistema. Além disso, havia outras legislações esparsas – como a Lei 8.002, de 14.03.1990, que estabelecia tratamento criminal a determinadas condutas anticompetitivas³⁶ – que dificultavam ainda mais a aplicação coerente do direito da concorrência. Para sistematizar e consolidar os novos conceitos e procedimentos, foi promulgada então a Lei 8.884, em 11.06.1994, da qual passamos a tratar abaixo.

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

35. Publicada no *DOU* 28.12.1990, p. 25534.

36. Publicada no *DOU* 14.03.1990, p. 5167. Previa:

“Art. 1.º Fica sujeito à multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional – BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

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

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

2. A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI 8.884/1994

A Lei 8.884/1994 alçou a defesa da concorrência a um patamar nunca antes atingido no Brasil. Como comentamos brevemente na introdução, isso foi fruto do contexto econômico e político liberal, pró-concorrência, que permitiu o aperfeiçoamento e consolidação da matéria concorrencial na esfera legislativa.³⁷ O texto da Lei 8.884/1994 foi resultado do trabalho de uma Comissão constituída pela Portaria do Ministério da Justiça 28, de 27.01.1993, com o objetivo de “estudar e propor o aperfeiçoamento e a consolidação da legislação sobre defesa da concorrência e abuso do poder econômico, visando à fixação de novo modelo institucional que propicie melhor ação governamental nesse campo”. Na Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça Maurício Corrêa ao Exmo. Senhor Presidente da República, foram indicadas as principais preocupações que motivaram a reforma:

“Uma política de não intervenção no livre mercado não deve significar um aval a um mercado que perverte a liberdade. A Constituição Federal, art. 173, § 4.º, exige da lei a repressão do abuso do poder econômico. Trata-se de peça importante para a livre concorrência, capaz de trazer saudáveis consequências para a produção e o consumo. A legislação atual tem meios substantivos bastante razoáveis para que se implemente essa repressão. Mas, para dar-lhe efetividade, é preciso dotar o Poder Público de instrumentos hábeis, suficientes para superar alguns problemas essenciais.

Primeiro, a falta de quadros especializados. (...) Em segundo lugar, a tradição brasileira mostra que o combate ao abuso do poder econômico por meios administrativos tende a ser sempre questionado no Poder Judiciário (...) impõe-se dotar o órgão de instrumentos processuais adequados notadamente de uma Procuradoria especializada. Terceiro, a própria ação administrativa ressent-se da falta de meios que permitam sejam os agentes econômicos alertados quanto às condutas abusivas que praticarem, assumindo o compromisso de cessá-las. Em quarto lugar, alguns tipos de abuso, como o aumento arbitrário de preços, não encontram satisfatória configuração legal. Finalmente, o processo administrativo na atual legislação não tem claramente formulada a discriminação de competências entre os órgãos encarregados de promovê-lo, o que conduz

37. Como reconhecido pela OCDE (OECD, *Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress reform*. Paris: OECD Publishing, 2000. p. 3).

não poucas vezes a incertezas que só delongam os prazos, em detrimento da necessária celeridade no combate ao abuso do poder econômico.”³⁸

Estava clara a busca pela efetividade do sistema: corpo técnico especializado, instrumental para garantir a validade das decisões no Judiciário e agilizar o processo administrativo, com delimitação clara de competência entre os órgãos responsáveis por implementar a defesa da concorrência no Brasil. Do PL 3.712-E, de autoria do Deputado Fabio Feldman, surge então, após intensas discussões legislativas (inclusive para esclarecer que não se tratava de controle de preços!),³⁹ a Lei 8.884/1994, que contou com o largo apoio do Executivo.⁴⁰

38. Exposição de Motivos 184, de 24.04.1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça.

39. O Deputado Fabio Feldman, ao acompanhar a 105.ª Sessão Ordinária do Cade, de 02.12.1998, afirmou que: “no Brasil é preciso que se crie a cultura da concorrência, e a ausência da cultura da concorrência levou a muita incompreensão durante todo o processo de tramitação da Lei, e mesmo depois que a Lei foi sancionada, a dificuldade da sociedade brasileira, de uma maneira geral, de entender a Lei, inclusive, à época, de entender que não se tratava de uma Lei de controle de preço, que foi na verdade, a grande discussão que ocorreu, e nós comentamos. Eu acho que, numa sociedade altamente complexa como a nossa, nesse processo altamente veloz de globalização, essa questão da concorrência, ela é absolutamente vital para um conceito de cidadania contemporânea. (...) eu estou disposto a retomar essa discussão, inclusive no campo da sociedade civil, quer dizer, das organizações não-governamentais, das ONGs, das quais eu faço parte, porque realmente eu acho inclusive que tem que haver um enorme apoio ao trabalho do Cade e o reconhecimento de que este trabalho é fundamental para o Brasil, e para a cidadania contemporânea. A Lei de Abuso de Poder Econômico foi uma Lei que mudou muito o Brasil no sentido de ser um instrumento de pedagogia para o cidadão brasileiro e para os agentes econômicos. (...)” (Transcrição contida na Ata da 105.ª Sessão ordinária do Cade, de 02.12.1998.)

40. Fernando Henrique Cardoso, em seu Discurso de Abertura do III Seminário Internacional de Defesa da Concorrência (*Revista do Ibrac* vol. 4, n. 6, 1997. p. 5-6), afirmou que: “Nós apresentamos um projeto para tentar colocar essas questões num prisma mais amplo. E eu quero mencionar aqui a ação nesse projeto primeiro dos advogados que estiveram por trás, como assessores do projeto – alguns estarão por aqui. E a presença naquele momento do deputado Fabio Feldman, que me aterrorizava frequentemente, dizendo que eu tinha que fazer alguma coisa nesta matéria. Ele realmente teve um papel muito grande em me convencer da importância de uma ação mais energética na regulação da competição. Foi possível portanto, quando nós

Em linhas gerais, a Lei 8.884/1994 instituiu o Cade como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e composto por seis conselheiros e um presidente (com mandato de dois anos, sendo possível a recondução). Foram também estabelecidas competências em matéria antitruste para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae)⁴¹ que, juntamente com o Cade, formam o que se convencionou chamar “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”. Três pilares básicos foram estabelecidos: atuação preventiva, via controle de concentrações, atuação repressiva, via controle de condutas, e atuação educativa, via promoção da cultura da concorrência. A nova lei também revogou as Leis 4.137/1962, 8.158/1991 e 8.002/1990, e alterou a Lei 8.137/1990, dando unidade e sistematicidade ao tema da defesa da concorrência no país.

Vê-se que se passou de um sistema antes baseado na defesa da economia popular (ainda que transvestido do nome “concorrência” no período 1962-1988) para a promoção da concorrência propriamente dita (a partir de 1994), tendo havido um período de transição a partir da promulgação da nova Constituição e com a tomada de posse do Presidente Fernando Collor em março de 1990. A aplicação dos novos conceitos em um ambiente econômico propício gerou uma verdadeira *revolução antitruste* no Brasil. A mudança de escala da nova estrutura foi rapidamente atestada. Por exemplo, de maio a dezembro de 1996 foram julgados 162 processos, com 20 condenações, *versus* 152 julgados e 16 condenações no período 1963-1984.⁴² O fluxo médio mensal de entrada de processos no período de maio a dezembro de 1996 foi de 23,1 casos, 900% maior do que a média dos dois anos anteriores (2,3).⁴³ Parte

já estávamos no Ministério da Fazenda, em 1994, discutir mais aprofundadamente essa matéria e, finalmente, foi possível regulamentar de forma adequada o Cade.”

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

42. CADE. *Relatório Anual 1996*. Brasília, 1997. O relatório conclui que: “A defesa da concorrência nunca constituiu prioridade do Brasil do passado. Na era CIP, órgãos como o Cade existiam formalmente, mas não eram feitos para funcionar, conforme sugerem as estatísticas mencionadas antes. As autoridades usavam e abusavam de seu poder de intervenção no mercado, enquanto a morosidade da tramitação dos processos de direito econômico tornava ineficaz, na prática, o sistema legal.”

43. CADE. *Relatório Anual 1996*. Brasília, 1997.

desse êxito deve-se ao empenho do Cade já em 1996, em se firmar como instituição e expandir sua área de atuação, com foco na advocacia da concorrência. Como ressaltado no relatório do Cade de 1997:

“Assim, as funções repressiva (controle sobre as condutas) e preventiva (controle sobre atos de concentração), devem estar subordinadas ao papel educativo do órgão no sentido de promover e difundir a cultura da concorrência. Tal ação de advocacia da concorrência vem ganhando importância em todas as agências congêneres no mundo, refletindo a constatação de que as restrições ao mercado não residem, exclusivamente, e nem sempre principalmente, nas condutas dos agentes privados; mas em resistências culturais das sociedades expressas, em diferentes graus, em práticas anticompetitivas nos mais variados campos de atividade.”⁴⁴

Hoje, o SBDC, com os subsequentes avanços legislativos à Lei 8.884/1994,⁴⁵ conta com expressiva reputação, tanto no plano interno quanto no internacional. É crescente o número de processos administrativos iniciados e atos de concentração analisados. As autoridades passaram de uma postura passiva para uma ativa, com o uso de ferramentas sofisticadas como diligências de busca e apreensão para obter provas de ilícitos, assinatura de acordos de leniência⁴⁶ e adoção de guias

44. CADE. *Relatório Anual 1997*. Brasília, 1998.

45. Lei 9.021, de 30.03.1995, DOU 31.03.1995, p. 4578; Lei 9.069, de 29.06.1995, DOU 30.06.1995, p. 9621; Lei 9.470, de 10.07.1997, DOU 11.07.1997, p. 14704; Lei 10.149, de 21.12.2000, DOU 22.12.2000, p. 2; Lei 10.843, de 27.02.2004, DOU 01.03.2004, p. 1; Lei 11.292, de 26.04.2006, DOU 27.04.2006, p. 2; Lei 11.482, de 31.05.2007, DOU 31.05.2007, p. 5.

46. Acordos de leniência são acordos firmados entre um integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste com vistas a reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação com as autoridades. O objetivo é criar um incentivo para a delação, aproveitando-se da instabilidade inerente aos cartéis. Tal risco interno, somado ao risco externo do crescente número de investigações, tem feito com que o instrumento venha a ser amplamente usado nos Estados Unidos e na Europa – tanto em âmbito comunitário quanto pelos países individualmente. No Brasil, o instrumento foi introduzido por alteração feita à Lei 8.884/1994 por meio da Lei 10.149/2000. Nos termos da lei, a SDE é a autoridade responsável por negociar e assinar o acordo. Os requisitos são os que seguem: a empresa ou pessoa física (a) deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração e confessar sua participação no ilícito; (b) deve cooperar plenamente com as investigações e a cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas da conduta; (c) deve cessar completamente seu envolvimento na

de análise⁴⁷ e de métodos quantitativos para análise de concentrações.

Nos mais de quinze anos de aplicação da Lei 8.884/1994, pode-se claramente ver uma mudança de foco: de 1994 a 2000, os escassos recursos eram direcionados primordialmente ao controle de concentrações. As grandes concentrações tomavam quase que integralmente a atenção das autoridades. Nos primeiros cinco anos de aplicação da Lei 8.884/1994 (1994-1998) um considerável percentual de concentrações foi reprovado – como Rockwell do Brasil/Albarus⁴⁸ e

infração; e (d) não pode ter sido a líder da infração. Além disso, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou da pessoa física quando da propositura do acordo. Em troca, a empresa e/ou pessoa física poderão receber imunidade administrativa total ou parcial a depender se a SDE tinha ciência da conduta anticompetitiva no momento em que a parte confessou o ilícito. Se a SDE não tinha ciência, a imunidade administrativa será total. Se a SDE já tinha conhecimento da conduta mas não dispunha de provas para assegurar a condenação, a empresa ou pessoa física receberá redução de um a dois terços da penalidade aplicável, a depender da efetividade da cooperação e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. O acordo de leniência também garante imunidade criminal dos dirigentes e administradores da empresa beneficiária do acordo, desde que eles assinem o acordo e observem os requisitos referidos acima. Por fim, a lei brasileira também prevê o que se convencionou chamar *leniency plus*: eventual interessado que não se qualificar para um acordo de leniência para um determinado cartel, mas que puder fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SDE não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração. A Portaria do Ministério da Justiça 4, de 05.01.2006, publicada no DOU em 06.01.2006, p. 4, regulamenta o processo de negociação dos acordos de leniência.

47. Como o *Guia de análise para concentrações horizontais* (SDE & SEAE, Portaria Conjunta SDE/SEAE n. 50, de 01.08.2001, DOU 17.08.2001, p. 12-15).

48. Ato de Concentração 1/1994 (rel. Conselheiro Marcelo Monteiro Soares). A operação consistia na aquisição da Divisão Braseixos da empresa Rockwell do Brasil S.A. pela Albarus Indústria e Comércio S.A. (segmento de autopeças). Ementa: “Por maioria, o Colegiado manifestou-se contrariamente à operação de aquisição da Divisão Braseixos da Rockwell do Brasil S.A. pela Albarus Indústria e Comércio S.A.”, de 01.12.1994. Em 24.01.1995, o ato foi rerepresentado (Ato de Concentração 26/1995) e aprovado em 19.12.1995 mediante a assinatura de um TCD. Disponível em www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t131200819595528.pdf.

Brasilit/Eternit⁴⁹ – ou sofreu restrições estruturais – como Rhodia/Sinasa,⁵⁰ Gerdau/Pains,⁵¹ Kolynos/Colgate,⁵² Brahma/Miller,⁵³ e Antarctica/Anheuser Bush).⁵⁴ A média de operações que sofriam restrições superava 10% do total de atos apresentados, sendo que a maioria das restrições foi além da mera restrição de eventual cláusula de exclusividade e estavam condicionados ao quanto estabelecido nos chamados “Termos de Compromisso de Desempenho” (TCD).⁵⁵ Obviamente, havia um *viés de seleção*: no início de vigência da lei apenas as operações que envolviam grandes concentrações eram apresentadas. Aos poucos, o Cade foi afirmando sua competência para analisar atos de concentração

49. Ato de Concentração 6/1994 (rel. Conselheira Neide Teresinha Malard). A operação consistia na associação da Eternit S.A. e Brasilit S.A. para a formação de uma nova empresa chamada Eterbrás Sul Ltda. Ementa: “Por unanimidade, o Colegiado negou autorização às Requerentes Brasilit S.A. e Eternit S.A. para se associarem na criação da empresa Eterbrás Sul Ltda.”, de 25.11.1994.
50. Ato de Concentração 12/1994 (rel. Conselheiro José Matias Pereira). A operação consistia na formação de uma *joint venture* entre Rhodia S.A. e Sinasa S.A. Administração, Participações e Comércio denominada Rhodia-Ster S.A.
51. Ato de Concentração 16/1994. Em 29.03.1995, o Plenário do Cade decidiu, por maioria, “pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Korl GmbH (Cia. Siderúrgica Pains), determinando-se às requerentes (...) a *desconstituição* dos atos pertinentes à incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau”. Em novembro de 1995, o grupo Gerdau pediu ao então Ministro da Justiça Nelson Jobim que modificasse a decisão do Cade que vetou a compra da siderúrgica Pains. O Ministro Jobim suspendeu a decisão, o que gerou grande desconforto, sendo que os conselheiros que votaram contra a Gerdau não foram reconduzidos para os seus mandatos. Essa interferência, não prevista em lei, foi altamente polêmica e gerou inclusive questionamento ao Ministro da Justiça por parte da Câmara dos Deputados (Requerimento de Informações 1.170, de 26.10.1995). O Cade flexibilizou as restrições impostas no momento de execução da decisão.
52. Ato de Concentração 27/1994.
53. Ato de Concentração 58/1995.
54. Ato de Concentração 83/1996.
55. Os TCDs são previstos na Lei 8.884/1994 como condição à aprovação de atos de concentração que levantem preocupações concorrenciais:
“Art. 58. O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a

com potenciais efeitos lesivos no país. Por iniciativa do então Presidente do Cade, Gesner Oliveira, o órgão enviou, principalmente em 1998 e 1999, “*cartas-alerta*” às empresas integrantes de operações para que elas tomassem conhecimento da lei antitruste e apresentassem o ato, caso este preenchesse os requisitos de notificação obrigatória estabelecidos na lei.⁵⁶⁻⁵⁷ O objetivo era difundir a existência do controle estrutural

assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1.º do referido artigo.

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

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

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

O instituto é regulamentado pelo art. 131 da Res. 45, de 28.03.2007, DOU 12.04.2007.

56. Por exemplo, conforme Ata da 97.ª da Sessão ordinária do Cade, de 07.10.1998 (publicada no DOU 16.10.1998, 198-E, seção 1, p. 1-2), o “Presidente do Cade, Gesner Oliveira, submeteu ao Plenário o teor de Cartas-Alerta endereçadas às empresas Tirreno e Comércio Derivados Plásticos Ltda., Petroquímica União e Branco Peres Citrus S.A. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta, que correspondem aos Ofícios/Cade ns. 1744/98, 1745/98 e 1746/98.” Ainda, Ata da 100.ª Sessão ordinária do Cade, de 28.10.1998 (publicada no DOU 06.11.1998), dá conta que: “O Presidente submeteu ao Plenário o teor de duas Cartas-Alerta, endereçadas às empresas Bosch S.A. e Café Seletto. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta. (...) O Presidente do Cade, Gesner Oliveira, levou ao conhecimento do Plenário as incorreções apresentadas na reportagem publicada no jornal Gazeta Mercantil, em 26.10.1998, ‘Cade questiona Grupo Pão de Açúcar’, afirmando que o Cade não questionou ou denunciou a referida empresa. As Cartas-Alerta resultam de competência legal do Plenário do Cade, expressa no inc. XVIII do art. 7.º da Lei 8.884/1994 (‘Compete ao Plenário do Cade: instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica’), e buscam trazer informações relevantes ao cumprimento da Lei.” Por fim, conforme Ata da 102.ª Sessão ordinária do Cade, de 11.11.1998 (publicada no DOU 24.11.1998, n. 225-E, seção 1, p. 3-4), “O Presidente do Cade, Gesner Oliveira, submeteu ao Plenário o teor de Carta-Alerta endereçada à empresa Cotia Trading Penske Logistics Ltda. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos desta Carta-Alerta.”

e assegurar que a lei fosse cumprida, com a aplicação de multas por apresentação intempestiva (que chegou a 20% dos casos, em 1999 e 2000).⁵⁸ Nesse afã de implementar a lei antitruste, foi adotada interpretação extensiva do critério do faturamento constante do art. 54, § 3.º:⁵⁹ todos os atos em que os grupos econômicos das partes envolvidas apresentassem faturamento mundial no ano anterior à operação igual ou superior a R\$ 400 milhões deveriam ser apresentados ao SBDC. Se por um lado isso aumentava a visibilidade da lei, por outro fazia com que um crescente número de atos sem potencial lesivo fossem apresentados às autoridades brasileiras, principalmente após 2000, ano a partir do qual o Cade passou a ter reputação nacional e internacional.⁶⁰ O gráfico a seguir ilustra a evolução da quantidade de atos julgados a partir da vigência da Lei 8.884/1994, em que se nota a mudança de escala a partir de 2000. Foi incluída igualmente tabela que indica o número de operações que sofreram restrições ou foram proibidas pelo Cade. A tabela a seguir demonstra que aproximadamente 4,5% dos atos sofreram restrições e

57. Há registro de que o Cade, em sessão de 26.02.2003, decidiu encaminhar aos bancos “cartas-alerta”, informando sobre a necessidade de as instituições financeiras apresentarem todas as fusões e incorporações ocorridas no sistema financeiro à apreciação do órgão.
58. Gesner Oliveira e Bruno Werneck, *Roteiro para análise de atos de concentração: uma proposta para o quadro institucional brasileiro*, EAESP/FGV/NPP: Núcleo de pesquisas e publicações, sem data.
59. Prevê o art. 54 que: Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. (...) § 3.º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”
60. Em linha com o planejamento estratégico estabelecido pelo Cade em 1997: “A consolidação dos avanços fartamente ilustrados neste Relatório Anual 1997, aliada à formulação criteriosa e realista da nova agenda que se vislumbra com a modernização da economia brasileira, permitirá ao Cade se credenciar como instituição que almeja a maturidade institucional no ano 2000.” (CADE. *Relatório Anual 1997*. Brasília, 1998. p. 20).

apenas 0,1% foram reprovados.⁶¹ Se excluirmos das restrições aquelas relacionadas à apresentação da versão final do contrato firmado e restrição de cláusula de não concorrência, esse percentual é reduzido para 1,6% (estimativa conservadora).⁶² Vê-se ainda a concentração da assinatura dos TCDs no período 1994-1998,⁶³ que além da razão comentada acima,

61. Sendo que dos atos reprovados, o Ato de Concentração 01/1994 (Rockwell do Brasil S.A./Albarus Indústria e Comércio S.A., j. 01.12.1994) foi posteriormente reapresentado e aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho (Ato de Concentração 26/1995) e a proibição do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (Chocolates Garoto S.A./Nestlé Brasil Ltda., j. 04.02.2004) ainda não foi implementada por conta de litígio judicial pendente.
62. Daniel Goldberg, O controle de estruturas no Brasil: reflexões sobre o estudo de José Tavares, in João Paulo dos Reis Velloso, *Por uma moderna política de competição*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, indica que no período de 2000 a 2004 apenas 0,15% dos atos julgados sofreram restrições estruturais de relevo.
63. No período 1994-2009, os TCDs foram firmados como condição para a aprovação dos seguintes atos de concentração: Fosfértil – Fertilizantes Fosfatados/Ultrafértil Indústria e Comércio de fertilizantes (Ato de Concentração 2/1994), Carborundum do Brasil/Norton Indústria e Comércio (Ato de Concentração 5/1994), Carbex Indústrias Reunidas/Helios (Ato de Concentração 13/1994), Companhia Siderúrgica Belgo Mineira/Siderúrgica Dedini (Ato de Concentração 14/1994), Alcan Alumínio do Brasil/Ficap (Ato de Concentração 18/1994), Ajinomoto Co./Oriente Indústria e Comércio (Ato de Concentração 19/1994), Bayer/Companhia Nitro Química Brasil (Ato de Concentração 22/1995), Crown Química/Grace Produtos Químicos e Plásticos (Ato de Concentração 24/1995), Carfepe S.A. Administradora e Participadora/Santista Alimentos (Ato de Concentração 25/1995), Albarus S.A. Indústria e Comércio/Rockwell do Brasil S/A (Ato de Concentração 26/1995), Ke S Aquisições/Kolynos do Brasil (Ato de Concentração 27/1995), Dow Produtos Químicos/Hoechst Marion Roussel/Laboratórios Silva Araújo Roussel (Ato de Concentração 47/1995), Copesul/OPP Petroquímica S.A./Petroquímica Triunfo/Polioléfinas (Ato de Concentração 54/1995), Jovita/Melitta do Brasil (Ato de Concentração 56/1995), Companhia Cervejaria Brahma/Miller Brewing Company (Ato de Concentração 58/1995), Eletrolux/Kaspar/Oberdorfer (Ato de Concentração 62/1995), White Martins/Unigases (Ato de Concentração 78/1996), Alcan Alumínio do Brasil/Alumínio Penedo/Panex (Ato de Concentração 79/1996), Companhia Bahiana de Fibras/Du Pont do Brasil (Ato de Concentração 145/1997), Companhia Vale do Rio Doce/Valepar (Ato de Concentração 155/1997), Amadeus Global Travel Distribution/Transbrasil/Varig (Ato de Concentração 08012.008101/1999-79), Fundação Antônio Helena Zerrenner/Ambev (Ato

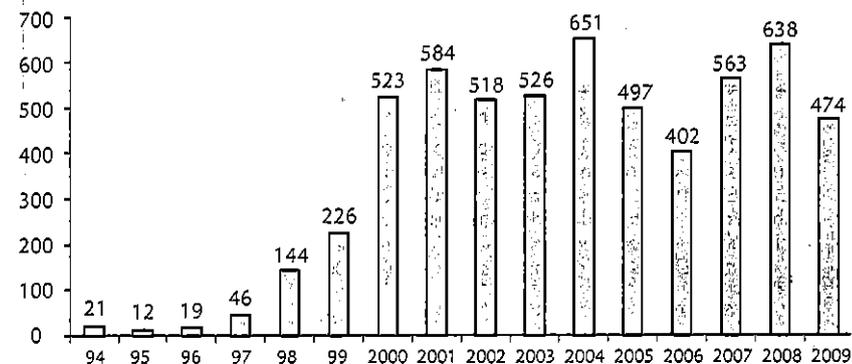
é devido ao fato de que, a partir de 2000, começou a haver forte movimento internacional contra os remédios de ordem comportamental, por serem considerados ineficazes dada a dificuldade de monitoramento.⁶⁴

de Concentração 08012.005846/99-12), Internet Digital Boulevard/Terra Networks Brasil (Ato de Concentração 08012.004818/2000-82), CTBC Celular/Net Site (Ato de Concentração 08012.006688/2001-01), Companhia Brasileira de Bebidas/Pepsico (Ato de Concentração 08012.000212/2002-30), Serrana/Nevada Woods (Ato de Concentração 08012.000497/2000-01), Andely Holding/Manah/Raspail Empreendimentos (Ato de Concentração 08012.004904/2000-97), Cargill Agrícola/Companhia Nacional de Fertilizantes (Ato de Concentração 08012.007454/2000-49), Brasil Mídia Exterior/Hélio Lux/Itasilk/Pintex/Veículo Public (Ato de Concentração 08012.005116/2000-16), Brasil Mídia Exterior/Pintex/Pintex Luminosos (Ato de Concentração 08012.005117/2000-61), Brasil Mídia Exterior/D2E Participações/Local Participações (Ato de Concentração 08012.005118/2000-13), Ripasa Celulose e Papel/Suzano Bahia Sul Papel e Celulose (Ato de Concentração 08012.010195/2004-19), Ripasa Celulose e Papel/Votorantim Celulose e Papel (Ato de Concentração 08012.010192/2004-77), Axalto Holding/Gemplus International (Ato de Concentração 08012.011178/2005-71), ALL Logística/Brasil Ferrovias/Novoeste (08012.005747/2006-21), Vivax/NET Serviços (Ato de Concentração 53500.029599/2006), Petrobras/Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A. (Ato de Concentração 08012.002820/2007-93), Leão Júnior/Recofarma Indústria do Amazonas (Ato de Concentração 08012.001383/2007-91), BPS Shopping Center Ltda./Brascan Shopping Centers Ltda (Ato de Concentração 08012.013500/2007-69), DGB Logística S.A./Fernando Chinaglia e outros (Ato de Concentração 08012.013152/2007-20), Dana Corporation/Mahle GmbH (Ato de Concentração 08012.011518/2006-45), RV Empreendimentos Ltda/Silicar Empreendimentos, Comércio e Participações Ltda (Ato de Concentração 08012.008847/2005-28), Agricur Defensivos Agrícolas Ltda/Sumitomo e outros (Ato de Concentração 08012.002148/2008-17), Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (Ato de Concentração 08012.009463/2006-11) e Brasil Telecomunicações AS/CLIC Clube de Investimentos dos Empregados da Cemig (Ato de Concentração 53500.022515).

64. ICN, *Recommended practices for merger notification procedures*, 2005. Disponível em: www.internationalcompetitionnetwork.org/media/archive0611/mnprepractices.pdf. Acesso em: 10.11.2009. A primeira versão do manual foi publicada em 2002. A preferência por remédios estruturais também é refletida no U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, 2004. Disponível em: www.usdoj.gov/atr. Acesso em: 15.01.2007 e European Commission, *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No. 4064/89 and under Commission*

Contudo, pelo sistema atual ser de controle *a posteriori* e dada a limitação do uso de remédios estruturais, de 2007 a 2009 voltou a haver um maior uso de remédios comportamentais.

Atos de Concentração julgados pelo Cade
(1994-2009)



FONTE: Para os atos de concentração julgados, de 1994 a 1998: Relatório Anual do Cade de 1998; de 1999 a 2000, Relatório Anual do Cade de 2000, de 2001 a 2006, Relatório Anual do Cade para o respectivo ano; 2007 a 2009: CADE. Cade em números: Ato de Concentração. Disponível em: www.cade.gov.br/Default.aspx?5ada5da368a669c193b4. Acesso em: 18.03.2010.

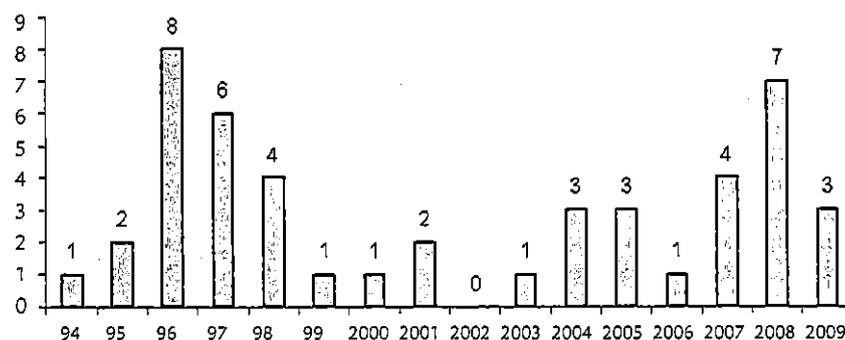
Regulation (EC) No. 447/98, 2001, *Official Journal* C 68, 02.03.2001, p. 3. A pouca efetividade dos remédios comportamentais é o resultado do estudo dos remédios adotados pela Comissão Europeia de 1996 a 2000 (European Commission, *Merger Remedies Study: an ex post analysis of 96 remedies included in merger decisions adopted in 1996-2000*, 2005. Disponível em: [http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf]. Acesso em: 12.03.2010.

Restrições impostas pelo Cade (1994-2009)

	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09
Restrições	2	4	8	8	4	7	17 (6)	12 (2)	9 (1)	8 (1)	43 (3)	37 (13)	19 (6)	37 (13)	58	19
Proibições	2	0	0	0	0	0	2	0	0	0	1	0	0	0	1	1

FONTE: Relatórios Anuais dos respectivos anos quando disponíveis; CADE, Cade em números: Ato de Concentração. Disponível em: www.cade.gov.br/Default.aspx?5ada5da368a669c193b4. Acesso em: 18.03.2010. Os números entre parêntesis da segunda linha referem-se à totalidade de restrições por ano, excluídas as restrições relacionadas à cláusula de não concorrência e àquelas relacionadas à apresentação da versão final do contrato. Dados não disponíveis para 2008 e 2009.

Número de TCDs firmados pelo Cade (1994-2009)



A dificuldade com relação aos compromissos de ordem comportamental trouxe um outro desafio para a implementação da lei antitruste: como estabelecer restrições estruturais minimamente efetivas em um sistema de controle *a posteriori*? A despeito de não solucionar o problema, tal como faz a análise prévia⁶⁵ (porque permanecem os incentivos das partes em não prestar informações completas que permitiriam às autoridades detectar problemas concorrenciais a tempo), um avanço importante foi feito pelo Cade em 2002: o *Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação* (Apro).⁶⁶ Por meio de tal acordo com o Cade, a parte compromete-se a tomar as medidas para garantir que eventuais restrições à operação impostas pela autoridade no futuro sejam efetivas (e.g., cláusula recorrente em Apro é a obrigação de administrar os ativos envolvidos na operação separadamente até a aprovação pelo Cade). Já foram firmados ao menos 25 Apro,⁶⁷ sendo 12 apenas em

65. A preferência pela análise prévia já havia sido reconhecida pelo Relatório Anual do Cade de 2003, p. 373: “É interessante lembrar que a legislação da concorrência encontra-se em fase de revisão e que dentre as propostas de alteração legal em discussão encontra-se a de introduzir a possibilidade de controle prévio das operações. De qualquer forma, como a celebração de Apro tem respaldo dentro da atual legislação, o Cade tem mecanismos institucionais para prevenir danos ao mercado decorrentes de determinadas operações. A solução também apresenta a vantagem de ser seletiva, pois são elaborados acordos apenas aquelas operações que possam gerar algum efeito significativo no mercado.”

66. O Apro foi primeiramente regulamentado pela Res. Cade 28, de 24.07.2002 (publicada no *DOU* 02.08.2002) e mais recentemente pela Res. 45, de 28.03.2007, *DOU* 12.04.2007.

67. Os Apro firmados são: Chocolates Garoto/Nestlé Brasil (Ato de Concentração 08012.001697/2002-89), NN Holding do Brasil e Biopart Ltda. (Ato de Concentração 08012.007861/2001-81), Companhia Brasileira de Bebidas/PepsiCo. (Ato de Concentração 08012.0000212/02-30), BR Participações e Empreendimentos/G Barbosa e Cia. (Ato de Concentração 08012.006976/2001-58), CBD/Sendas (Ato de Concentração 08012.009959/2003-34), Cia. Brasileira de Distribuição/Sé (Ato de Concentração 08012.004897/2002-93), TAM Linhas Aéreas/Varig Linhas Aéreas (Ato de Concentração 08012.001291/2003-87), GTI/VRG Linhas Aéreas (Ato de Concentração 08012.003267/2007-14), Compagnie de Saint-Gobain/Owens Corning (Ato de Concentração 08012.001885/2007-11), Dana Corporation/Mahle GmbH (Ato de Concentração 08012.011518/2006-45), Braskem/Petróleo Brasileiro (Ato de Concentração 08012.002813/2007-91), Refinaria de Petróleo Ipiranga/Ultrapar Participações (Ato de Concen-

2007.⁶⁸ Na prática, contudo, nem sempre o Apro consegue solucionar a questão que se propõe a atacar e há que se ter cuidado para que não se imponha ônus excessivo aos entes privados por todo o tempo em que se tardar a análise. Ainda com relação à dificuldade de implementar restrições estruturais em um sistema *a posteriori*, há que se dizer que o SBDC não conseguiu implementar em um prazo razoável duas de suas mais significativas restrições – a proibição da aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé S.A.⁶⁹ e as restrições impostas a uma série de aquisições da

tração 08012.002816/2007-25), Braskem/Petrobras/Refinaria de Petróleo Ipiranga/Ultrapar Participações (Ato de Concentração 08012.002818/2007-14), Petrobras/Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A. (Ato de Concentração 08012.002820/2007-93), Leão Júnior/Recofarma Indústria do Amazonas (Ato de Concentração 08012.001383/2007-91), Air Liquide Brasil/White Martins Gases Industriais (Ato de Concentração 08012.011196/2005-53), General Motors Corporation/Hughes Electronics Corporation /The News Corporation Limited (Ato de Concentração 53500.002423/2003), Globo Comunicações e Participações/The DIRECTV Group/The News Corporation (Ato de Concentração 53500.029160/2004), Hypermarcas/DM (Ato de Concentração 08012.009107/2007-71), Ambev/Cintra (Ato de Concentração 08012.003302/2007-97), Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (IP) (Ato de Concentração 08012.009463/2006-11), Brasil Telecom/Intel AS e Telemar Norte Leste Oi (Ato de Concentração 53500.012477/2008 e 08012.005789/2008-23), Medley/Sanofi Aventis Farmaceutica Ltda. (Ato de Concentração 08012.003189/2009-10), Perdígão S.A./Sadia S.A. (Ato de Concentração 08012.004423/2009-18).

68. O grande número de Apro firmados em 2007 é devido a dois fatores: (a) a operação Petrobrás/Ultra/Braskem/Ipiranga gerou a assinatura de quatro Apro (um para cada ato de concentração apresentado); e (b) atos apresentados em 2005 e 2006 tiveram Apro firmados em 2007 (e.g., Air Liquide Brasil/White Martins Gases Industriais – Ato de Concentração 08012.011196/2005-53, e Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (IP) – Ato de Concentração 08012.009463/2006-11).
69. Ato de Concentração 08012.001697/2002-89; Requerentes: Chocolates Garoto S.A./Nestlé Brasil Ltda., j. 04.02.2004). A decisão do Cade foi questionada no Judiciário. Em 19.03.2007, o Juiz da 4.ª Vara Federal do Distrito Federal julgou procedente o pedido dos autores, declarando “aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do Cade em 15.03.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7.º, da Lei 8.884/1994, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação”. (Processo 2005.34.00.015042-8). Em 28.05.2007, o Cade interpôs recurso de apelação perante o TRF-1.ª Região. Em setembro de 2009, a 5.ª Turma

Vale,⁷⁰ o que pode explicar a volta à assinatura de TCDs (compromisso de ordem comportamental) mais recentemente.

Outras dificuldades surgiram na implementação do controle de concentrações. Nesse sentido, a OCDE quando realizou a análise do

do TRF-1.ª Reg., por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação “para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento pelo Cade do pedido de repreciação, a fim de que outro julgamento proceda na devida forma”. Em março de 2010, o processo permanecia no Tribunal, aguardando julgamento de embargos de declaração.

70. Em 10.08.2005, o Cade julgou sete atos de concentração envolvendo a aquisição de cinco mineradoras pela Vale e o descruzamento societário entre a mineradora e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) (Atos de Concentração ns. 08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65 e 08012.006472/2001-38). A decisão do Cade foi pela aprovação das operações com a restrição de que a Vale, alternativamente, vendesse a mineradora Ferteco ou abrisse mão do direito de preferência sobre a produção da Mina Casa de Pedra. Em seguida, a Vale ingressou com ação judicial contra a determinação do Conselho, contestando a validade do voto de qualidade dado pela presidente Elizabeth Farina. Em 18.12.2007, a 1.ª Turma do STF rejeitou o recurso apresentado pela empresa, mantendo a decisão imposta pelo Cade. Em outra ação, a empresa alegava que deveria ser indenizada pela CSN pela perda do direito de preferência da mina Casa de Pedra e pedia nova liminar para suspender o cumprimento da decisão do Cade. Negada em 1.ª instância, a liminar foi concedida, após recurso da empresa, pelo Des. Antonio de Souza Prudente, do TRF-1.ª Região (AgIn 2007.01.000392448). Em 07.01.2008, o Presidente do STJ concedeu suspensão de segurança (SS 1.793/DF 2007/0281238-0) requerida pelo Cade contra a decisão citada no Agravo no Instrumento por haver risco de lesão à ordem administrativa. Em suas palavras: “O não-cumprimento do acórdão proferido pelo Cade, após o emprego de vários expedientes de cunho judicial, constitui ofensa à ordem pública administrativa, uma vez que compromete – à evidência – a tutela administrativa de defesa da ordem econômica, subverte a execução das deliberações administrativas emanadas da autarquia e impede o normal exercício de suas funções e atribuições. Na hipótese dos autos, os atos tidos como de concentração são datados de 2000 e 2001, apreciados pelo Cade em 2005 e, até agora, conforme assinalado, não houve o devido cumprimento da deliberação administrativa.” Em seguida, a Vale interpôs recurso chamado “Reclamação” com o objetivo de suspender a referida decisão do STJ, o qual teve seguimento negado pela Presidente do STF em 15.01.2008 (Rcl 5.780-1/DF).

SBDC em 2000⁷¹ chamou a atenção para o fato de que muitos recursos estavam sendo usados para a análise de operações que nem sequer tinham potencial lesivo à concorrência (aproximadamente 4,5% das operações apresentadas sofreram restrições, incluídas nesse número as restrições ancilares ao contrato). Começou então um esforço das autoridades para, de um lado, tornar mais ágil a análise de atos de concentração simples e, de outro, sofisticar a análise daqueles atos com real risco à concorrência. Para esses fins, a SDE e a Seae instituíram, por meio de portaria conjunta, o “procedimento sumário”⁷² e a “instrução conjunta”.⁷³ Os procedimentos para julgamento dos atos considerados “sumário”, que no ano de 2008 representaram 70% dos casos julgados,⁷⁴ também foram simplificados no Cade.

Além disso, foi sendo refinada a interpretação dos critérios de notificação. Em 2002 e 2003, uma série de atos de concentração foram arquivados *sem julgamento de mérito* uma vez que foi considerado que eles não tinham o potencial de gerar efeitos no território brasileiro.⁷⁵

71. OECD. *Competition Policy and regulatory reform in Brazil: a progress reform*. Paris: OECD Publishing, 2000.
72. Portaria Conjunta SDE/SEAE n. 01, de 18.02.2003, publicada no DOU 19.02.2003, alterada pela Portaria Conjunta SDE/SEAE n. 08, de 02.02.2004, publicada no DOU 04.02.2004, p. 24.
73. Portaria Conjunta SDE/SEAE n. 33, de 04.01.2006, publicada no DOU 05.01.2006.
74. CADE. *Relatório de Gestão (exercício de 2008)*, 2009. Disponível em: www.cade.gov.br/upload/relatório_de_gestão_2008_cade.pdf.
75. São eles: (i) Ato de Concentração 08012.006025/2001-89, Pacific Cycle/Schwinn/GT Corp., rel. Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, j. 22.05.2002 (tratava-se da aquisição de ativos da Schwinn/GT Corp. pela Pacific Cycle, LLC. A Pacific Cycle não ofertava seus produtos no Brasil. Por sua vez, a Schwinn/GT Corp. ofertava seus produtos no país por meio de inexpressivas exportações, sendo que no ano anterior à operação a empresa vendeu apenas cento e quarenta bicicletas no país (tais vendas conferiam à empresa participação de mercado inferior a 1%); (ii) Ato de Concentração 08012.003246/2002-86, Assa Abloy AB/Besam AB, rel. Conselheiro Thompson Almeida Andrade, j. 04.09.2002 (tratava-se da aquisição das quotas da Besam AB pela Assa Abloy AB. A Besam AB atuava no mercado brasileiro apenas por meio de insignificantes exportações, sendo que no ano anterior à operação vendeu uma porta no Brasil. A Assa Abloy não oferecia qualquer produto ou serviço no Brasil no mercado relevante da operação); (iii) Ato de Concentração 08012.009254/2002-36, The Carlyle

A sinalização foi no sentido de que o art. 2.º da Lei 8.884/1994⁷⁶ impõe diretrizes de interpretação ao art. 54 da mesma lei – é necessário haver ao menos a expectativa de que o ato possa produzir efeitos diretos e substantivos no Brasil para que ele seja passível de notificação. Em seguida, em janeiro de 2005, o Cade passou a adotar novo entendimento em relação ao critério do faturamento,⁷⁷⁻⁷⁸ refletido em

- Group/Qinetiq Group Plc, rel. Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, j. 13.08.2003 (trava-se da aquisição da Qinetiq Group pelo The Carlyle Group. A Qinetiq Group não possuía ativos ou estabelecimento comercial no Brasil e atuava no país apenas por meio de contratos esporádicos, e insignificantes do ponto de vista econômico. Por sua vez, The Carlyle Group não oferecia diretamente qualquer produto ou serviço no Brasil no mercado relevante da operação); (iv) Ato de Concentração 08012.005749/2003-77, NSK/NSK Torrington, rel. Conselheiro Thompson de Almeida Andrade, j. 05.11.2003 (tratava-se da aquisição pela NSK, de 49% do capital social deído por The Torrington Company na joint-venture NTC, não havendo ativos ou empresas envolvidos no Brasil. Entendeu-se que uma operação realizada no exterior, envolvendo a aquisição de capital social de empresa que não possui filial, agência, sucursal, escritório, agente ou representante no Brasil, e que não comercializa qualquer produto no país, não possui condão de produzir efeitos em território nacional); (v) Ato de Concentração 08012.005925/2003-71, Eastman Kodak Company /Practiceworks, rel. Conselheiro Thompson Almeida Andrade, j. 10.12.2003 (tratava-se da aquisição da Practiceworks Inc. pela Eastman Kodak Company. Apesar de a adquirente atuar regularmente no país, a atuação da adquirida no Brasil era insignificante, pois o grupo não possuía representante em território nacional, nem unidades produtivas instaladas no país. Suas atividades em território nacional restringiam-se a exportações esporádicas, não tendo no ano da apresentação da operação desempenhado qualquer atividade em território nacional).
76. “Art. 2.º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”
77. O primeiro ato de concentração em que foi aplicado tal entendimento foi o Ato de Concentração 08012.002992/2004-14 (ADC Telecomunications Inc. e Krone International Holdings Inc.; rel. Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer; j. 19.01.2005). Em seu voto, o relator conselheiro ressaltou que: “Resta claro, neste contexto, que a operação somente terá uma dimensão significativa em função da importância da empresa para o mercado brasileiro quando o faturamento no Brasil for de grande porte. Assim, a regra do art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994 somente faz sentido caso o faturamento nele previsto seja adstrito ao território nacional. (...) cumpre mencionar que a generalidade das operações analisadas pelo Cade

sua Súmula⁷⁹ 1/2005,⁸⁰ que estabeleceu que: “Na aplicação do critério

envolvendo empresas que possuem no Brasil faturamento inferior a R\$ 400.000.000,00 não apresentou qualquer impacto significativo no território nacional. Aliás, bastante sintomático que os pareceres da Seae têm disposto que os atos de concentração efetuados fora do território nacional, cujos requerentes possuem faturamento bruto globalmente considerado superior a R\$ 400.000.000,00, mas faturamento no território nacional inferior a tal montante, além de participação inferior a 20% em mercado relevante nacional, de forma alguma são ou podem vir a ser considerados prejudiciais à concorrência, devido à insignificância de sua participação e de seu faturamento, em território nacional. (...) Consequentemente, depreende-se que a presunção de possibilidade de efeitos deletérios à livre concorrência em nível nacional, corroborada pelas duas hipóteses alternativas elencadas no § 3.º do art. 54 da Lei 8.884/1994, refere-se, exclusivamente, à participação no mercado relevante nacional e do faturamento bruto em território pátrio. Assim, tanto pelo prisma econômico como jurídico, resta claro que atos ocorridos fora do território nacional entre empresas estrangeiras que tenham faturamento inferior ao requerido pela Lei Antitruste no território brasileiro não devem ser conhecidos pelo Plenário do Cade, salvo se a soma das participações de mercado das empresas envolvidas ultrapassar o índice de 20% do mercado relevante atingido.”

78. Outras teses já foram apreciadas, como a não aplicação do critério de presunção de lesividade constante no art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994 quando apenas o grupo vendedor apresentar faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões no Brasil. A justificativa baseia-se em uma interpretação sistemática do art. 2.º (a lei aplica-se aos atos que causem efeitos no país) cumulado com o art. 54. A interpretação foi apresentada pela primeira vez pela SDE no Ato de Concentração 08012.011559/2006-31 (Cheminova Brasil/Bayer Cropscience; parecer disponível em: www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t141200812159822.pdf) e contou com parecer favorável do Procurador-Geral do Cade, que afirmou que “a interpretação proposta, resultante de análise sistemática e finalística da Lei de Concorrência, está de acordo com diversas manifestações anteriores deste Cade, quando já entendeu, mesmo em casos em que o critério objetivo de faturamento se apresentou, não ser obrigatória a notificação do ato de concentração”. O Plenário do Cade conheceu a operação por considerar que não tinha sido essa a intenção do legislador, nos termos do voto do rel. Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, de 10.10.2007. Disponível em: www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t141200812219493.pdf. Mais recentemente, na 413.ª Sessão ordinária do Cade, de 16.01.2008, foi discutido se o critério de participação de 20% aplica-se mesmo no caso em que apenas uma das partes participa no mercado em questão e que não haja relação vertical entre as partes do negócio. Por maioria, o Cade entendeu que tais atos devem ser

estabelecido no art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994, é relevante o faturamento bruto anual *registrado exclusivamente no território brasileiro* pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”. Posteriormente, em 2007, a Súmula 2 do Cade trouxe transparência adicional aos critérios de notificação.⁸¹ Tais mudanças refletiram no número de atos de concentração apresentados às autoridades⁸² e julgados pelo Cade, conforme visto acima.

Paralelamente, os recursos liberados passaram a ser usados no incremento da repressão a condutas anticompetitivas, com especial foco em cartéis. Em 2003 foi realizada a primeira diligência de busca e apreensão por parte da Secretaria de Direito Econômico para obter provas

79. A “súmula” foi regulamentada primeiramente pela Res. Cade 39, de 23.02.2005 (DOU 25.02.2005, p. 52), e posteriormente pela Res. 45, de 28.03.2007 (DOU 12.04.2007).

80. Publicada no DOU 18.10.2005, n. 200, Seção 1, p. 49.

81. “A aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória (art. 54 da Lei 8.884/1994) se concorrerem as seguintes circunstâncias: (i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não-concorrência com prazo superior a cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação”. Os Atos de Concentração usados como referência foram: ns. 08012.005932/2003-72, rel. Cleveland Prates Teixeira (j. 05.11.2003), 53500.006612/2002, rel. Fernando de Oliveira Marques (j. 26.11.2003), 08012.003096/2003-91, rel. Miguel Tebar Barrionuevo (j. 10.12.2003), 08012.007497/2003-11, rel. Fernando de Oliveira Marques (j. 14.01.2004), 08012.000383/2004-21, rel. Cleveland Prates Teixeira (j. 05.05.2004), 08012.002992/2004-14, rel. Roberto Augusto C. Pfeiffer (j. 19.01.2005), 08012.011220/2005-54, rel. Paulo Furquim de Azevedo (j. 15.03.2006), 08012.000321/2006-81, rel. Paulo Furquim de Azevedo (j. 12.04.2006), 53500.014636/2005, rel. Luís Fernando Rigato Vasconcellos (j. 26.04.2006), 08012.007389/2006-91, rel. Abraham Benzaquen Sicsú (j. 06.12.2006).

82. Por óbvio, os números são uma combinação das variáveis “critérios de notificação estabelecidos na lei”, “grau de aquecimento da economia”, “grau de aplicação da lei pelas autoridades” e “observância da legislação pelas partes em um ato de concentração”.

de conduta ilícita.⁸³ No mesmo ano, foi firmado o primeiro acordo de leniência.⁸⁴ Até dezembro de 2009, tinham sido cumpridos mais de 200 mandados de busca e apreensão para obter provas de cartéis e 10 acordos de leniência foram firmados.⁸⁵ A aproximação da Secretaria de Direito

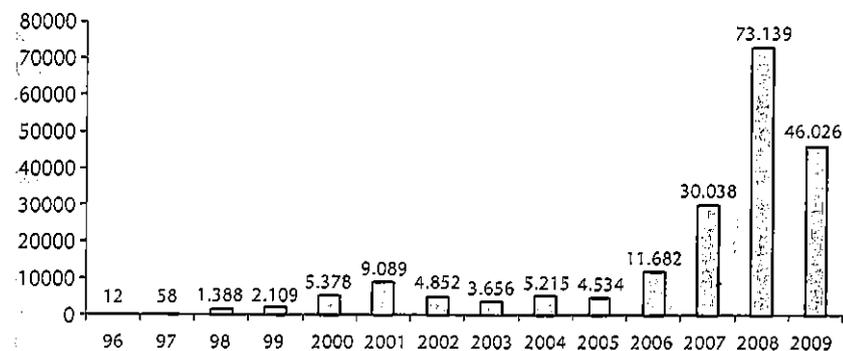
83. A primeira diligência de busca e apreensão no Brasil para obter provas da existência de um cartel foi realizada em 2003 no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras). O cartel ficou conhecido como “cartel das britas”. A SDE, munida de autorização judicial obtida via Advocacia-Geral da União, ingressou na sede do Sindipedras e apreendeu cinco computadores, um laptop e vinte e sete caixas de documentos, como atas e memórias de reuniões, súmulas, manuais, flip charts, planilhas, recibos, editais e discos rígidos de computadores. Com base no material apreendido, foi instaurado processo administrativo (Processo Administrativo 08012.002127/2002-14) em face do Sindicato e das empresas que atuavam no mercado de britas na região metropolitana de São Paulo, inclusive grandes grupos, como Mendes Junior S/A, Holdercim Brasil S/A (atual Holcim), Reago Indústria e Comércio S/A (Grupo Camargo Correa), Mineração Britabrás (Grupo Lafarge) e Constran S/A. Em novembro de 2004, a SDE emitiu seu parecer, pedindo a condenação do Sindipedras e 19 empresas envolvidas. Em julho de 2005, o Cade concluiu pela existência do cartel, com a aplicação de multas recordes, que variaram de 15 a 20% do faturamento bruto das empresas envolvidas, dependendo de seu envolvimento no cartel. O caso marcou o início do endurecimento do combate a cartéis no Brasil, tanto na investigação quanto na punição da prática. O Ministério Público de São Paulo, com base nas provas levantadas pela SDE, denunciou dezesseis dirigentes das empresas. Desde então, a SDE tem atuado em contínua cooperação com a Polícia Federal e Ministérios Públicos, de modo a garantir que cartéis sejam desmantelados e seus dirigentes devidamente punidos, no campo administrativo e criminal. Fonte: www.cade.gov.br e www.sde.gov.br.

84. O acordo foi firmado pela empresa Vigilância Antares Ltda. e duas pessoas físicas no âmbito do Processo Administrativo 08012.001826/2003-10, que investigava a prática de cartel em serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul. As empresas participantes do cartel foram condenadas pelo Cade ao pagamento de 15% de seu faturamento no ano anterior à instauração do processo administrativo. Os beneficiários do acordo de leniência tiveram reconhecida a extinção de punibilidade pelo Cade (decisão de 19.09.2007, acórdão disponível em: www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t141200812333149.pdf).

85. Dados fornecidos pela Secretaria de Direito Econômico, em 04.01.2008.

Econômico com a Polícia Federal e locais⁸⁶ e com Ministérios Públicos Federais e Estaduais, que resultou na criação da *Estratégia Nacional de Combate a Cartéis* em 2009, também tem garantido que pessoas físicas participantes de cartéis sejam denunciados no campo penal, nos termos da Lei 8.137/1990, o que aumenta a efetividade do Programa de Combate a Cartéis. Outro dado relevante que demonstra a consolidação do SBDC na defesa da concorrência no Brasil são as multas aplicadas pelo Cade e recolhidas ao Fundo Gestor de Direitos Difusos.

Arrecadação do Fundo Federal de Direitos Difusos
(1994-2009)
(em mil)



FONTE: Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos, CFDD, *Relatório de Gestão de 2008*. Disponível em: www.mj.gov.br. As multas aplicadas pelo Cade representam a maior arrecadação do FDD: no ano de 2008 atingiram 88,12% do total e nos anos de 2006 e 2007 representaram, respectivamente, 94,18% e 92,42%. O valor de 2009 referido acima foi o valor arrecadado em decorrência das decisões do Cade.

86. A consolidação da parceria entre a Secretaria de Direito Econômico e a Polícia Federal deu-se com a assinatura do Convênio de Cooperação para combate a cartéis em 26.12.2007 (extrato publicado no DOU 03.01.2008). Vide SDE, *SDE e Polícia Federal assinam convênio para combate a cartéis*, 2007. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em: 03.01.2008. Mais recentemente, em outubro de 2009, foi firmado o primeiro acordo de cooperação da SDE com a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná.

Essa breve descrição da política antitruste sob a égide da Lei 8.884/1994 demonstra que não só houve relevante amadurecimento institucional por parte das autoridades, mas que o valor da concorrência está disseminado no Brasil. Contudo, a despeito dos notórios avanços, isso não significa, por óbvio, que não há aperfeiçoamentos legislativos a serem feitos – especialmente no controle de concentrações, ainda hoje bastante inefetivo –, o que nos leva ao nosso próximo tema: o projeto de reforma do SBDC.

3. O PROJETO DE REFORMA DO SBDC SOB A ÓTICA DAS CONCENTRAÇÕES

É fato que o contexto político e econômico pós-1990 possibilitou o marco adequado para que a Lei 8.884/1994 pudesse ser efetiva. Sua aplicação, contudo (e como era de se esperar) demonstrou a necessidade de significativos aperfeiçoamentos. Os pontos mais sensíveis são a estrutura institucional (há notável sobreposição de funções entre a SDE e a Seae) e o sistema de controle de concentrações, que da forma tal qual é hoje onera por demais a sociedade.

Em um primeiro momento (de 2000 a 2002) discutiu-se a criação da “Agência Nacional de Defesa da Concorrência – ANC” e um Projeto de Lei paralelo para alterar e acrescentar dispositivos à Lei 8.884/1994. Decreto Presidencial de 11.08.2000⁸⁷ instituiu “Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de concluir os estudos para criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência”. Em 26.10.2000, referido Grupo de Trabalho colocou em consulta pública por 30 dias o resultado de seu trabalho. Com relação ao controle de concentrações, a proposta tocava em três pontos principais: estabelecimento de um controle prévio, aperfeiçoamento dos critérios de notificação e nova sistemática de análise das operações.

A justificativa para a análise prévia era que “dessa forma as partes envolvidas são incentivadas a colaborar ao máximo para a celeridade da análise ao mesmo tempo em que são grandemente ampliadas as opções para a solução de problemas concorrenciais”.⁸⁸ Vê-se que, muito diferentemente da justificativa da análise prévia do Dec.-lei de 1945 ou da Lei

87. Publicado no DOU 14.08.2000, p. 4.

88. SEAE, Nota Oficial: Grupo de Trabalho apresenta modelo da ANC, de 26.10.2000. Disponível em: www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r001026.asp. Acesso em: 05.10.2007.

de 1962 (a mão do Estado presente na economia) agora a preocupação é dar efetividade ao sistema. De fato, um sistema obrigatório e *a posteriori* oferece dificuldades bem peculiares: as partes não têm qualquer incentivo em prestar informações e, quanto mais tardar a análise, mais difícil (ou mesmo impossível) de se implementar eventual decisão estrutural restritiva. Aos argumentos mais teóricos de 2000 somaram-se àqueles de ordem prática (na linha do caso *United States v. El Paso Natural Gas Co.*):⁸⁹ como visto o SBDC não conseguiu dar efetividade em um tempo razoável a duas de suas mais significativas restrições (Chocolates Garoto/Nestlé e as restrições impostas a uma série de aquisições por parte da Vale). Não por outro motivo, dos oitenta e oito países identificados como possuidores de controle estrutural,⁹⁰ apenas o Brasil, Egito e Paquistão tem controle obrigatório e *a posteriori*. Ou se adota um controle voluntário e *a posteriori* ou bem um controle obrigatório e prévio, com o cuidado de refinar os critérios de notificação e prever um período de análise curto para que o sistema não se torne excessivamente oneroso para a economia. Isso nos leva à segunda proposta de modificação do projeto: os critérios de notificação.

89. *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964). Tratava-se da aquisição da *Pacific Northwest Pipeline Corp.* pela *El Paso*, ambas ativas no transporte de gás natural por ductos. O DOJ se opôs à operação, apresentando pedido de desfazimento perante o Judiciário. Após sete anos de litígio, a Suprema Corte decidiu a favor do Departamento de Justiça dos EUA. Porém, outros dez anos foram necessários para se desfazer a operação, fazendo com que todo o processo durasse um total de dezessete anos. Estimou-se que a *El Paso* teve lucro adicional de US \$10 milhões por cada ano que manteve sob seu controle os ativos da *Pacific Northwest Pipeline Corp.*, totalizando uma transferência indevida de renda total dos consumidores para a *El Paso* de US \$170 milhões (U.S. Senate Report n. 803, 94th Cong. 2d Sess. 66 (1976) apud William J. Baer, *Reflections on 20 Years of Merger Enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act*, Remarks before the Conference Board, Washington, D.C., October 29, 1996, e the 35th Annual Corporate Counsel Institute Northwestern University School of Law, San Francisco, CA, October 31, 1996). A trajetória do caso *El Paso* desencadeou uma onda de discussões no Senado norte-americano acerca da possibilidade de adoção de um sistema de controle prévio, o que levou à emissão do *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act* de 1976 (HSR).

90. Para lista completa, vide MARTINEZ, Ana Paula. *Controle de concentrações econômicas por países em desenvolvimento: uma contribuição jurídica à análise de custo-benefício*, Dissertação de Mestrado apresentada em maio de 2008 para obter o título de Mestre na Faculdade de Direito da USP.

O projeto que foi à consulta pública em 2000 aboliu o critério de notificação relacionado à participação de mercado (no caso da lei atual, toda vez que uma das partes detiver participação de mercado igual ou superior a 20%, o ato deve ser apresentado). A decisão foi acertada e está em linha com as melhores práticas internacionais, uma vez que participação de mercado deve ser critério de análise e não de notificação.⁹¹ Contudo, para “compensar” o abandono desse critério, o projeto então apresentado reduzia o valor do critério do faturamento dos atuais R\$ 400 milhões para R\$ 150 milhões, o que, a nosso ver, poderia gerar uma avalanche de atos de concentração a serem apresentados. Ainda em relação ao critério do faturamento, avançou-se em prever expressamente que este se refere ao faturamento *no Brasil*, evitando a incerteza jurídica que advém da redação atual da Lei 8.884/1994. Outra proposta pouco comentada à época, mas de suma importância, era a de limitar o controle de estruturas a concentrações econômicas *stricto sensu*, eliminando as cooperações econômicas da obrigatoriedade de notificação (ao substituir a expressão “Os atos, sob qualquer forma manifestados” por “Os atos de concentração, sob qualquer forma manifestados”). Finalmente, foi proposta nova sistemática de análise de atos de concentração segundo a qual o Diretor-Geral da Agência, em até 30 dias da notificação, autorizaria a operação ou solicitaria informações complementares. Caso o Diretor-Geral considerasse que a operação poderia apresentar riscos à concorrência deveria impugná-la perante o Tribunal de Concorrência, caso em que as partes ficariam impedidas de consumir a operação por um prazo máximo de 120 dias.⁹²

A consulta foi amplamente debatida pela sociedade. Por meio do Aviso n. 805/MF, de 02.12.2002, o Ministro da Fazenda encaminhou os projetos (com algumas modificações em relação ao projeto original) para o Ministro Chefe da Casa Civil com a justificativa abaixo:

“(…) os problemas diagnosticados são decorrentes não só de um inadequado desenho institucional do Sistema, aliado à carência de recursos disponíveis, mas também de questões de ordem legal – impropriedades pontuais da Lei 8.884/1994.

91. Cf. International Competition Network, *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, 2004. Disponível em: www.internationalcompetitionnetwork.org. Acesso em: 23.01.2007.

92. Os prazos mencionados poderiam ser suspensos em situações excepcionais e bem delineadas.

A existência de três órgãos distintos e a decorrente fragmentação da instrução processual, esta sem paralelo internacional, prolonga excessivamente o prazo de tramitação dos casos e aumenta os custos para o administrado. Note-se, ainda, que esta divisão aumenta significativamente o custo de coordenação entre os três órgãos e propicia inclusive que, em alguns momentos, haja trabalhos replicados. (...)

Submeter à análise do Cade todas as operações de concentração notificadas, a maioria das quais nitidamente não prejudiciais à concorrência, é minar-lhe a possibilidade de ação efetiva, no horizonte de tempo necessário, em casos de mérito, por pura e absoluta sobrecarga de trabalho. Isso apenas perpetuaria o modelo perverso que existe hoje, mediante o qual se confere prioridade ao que é menos importante.”

Anexo ao projeto encontrava-se Carta Interministerial firmada pelos então Ministros da Justiça, Fazenda e Planejamento, Orçamento e Gestão que explicava as mudanças propostas, com especial ênfase na limitação do controle a concentrações *stricto sensu* e na introdução da análise prévia.⁹³ O principal avanço com relação à proposta de 2000 foi colocar uma segunda “trava” no critério do faturamento, a exemplo de outras jurisdições como União Europeia: não basta que uma parte envolvida na operação (ou seu grupo econômico) apresente faturamento no Brasil no ano anterior à operação de R\$ 150 milhões. Será necessário também que o grupo econômico de qualquer outra parte da operação tenha registrado R\$ 30 milhões de faturamento no Brasil no mesmo período. Outra inovação importante foi a previsão de que esses valores poderiam “ser alterados por resolução conjunta do Cade e da SDE (ou do órgão colegiado do SBDC)”, possibilitando a flexibilidade necessária

93. A referida carta esclarecia que: “O atual art. 54 da Lei 8.884/1994 trata, conjuntamente, de ato de concentração e de outros atos que possam, de qualquer forma, prejudicar a concorrência. A previsão de que esses ‘outros atos’ precisariam, em tese, ser notificados implica ambiguidade à interpretação do artigo. Desse modo, e seguindo a tendência internacional, o art. 54 foi limitado a controle de concentrações. O projeto estabelece o controle prévio de concentrações e aperfeiçoa os critérios de notificação. Está sendo proposto que a Agência emita seu juízo em relação às operações de concentração que se enquadrem em critério de notificação previamente à sua consumação. Dessa forma, as partes envolvidas são incentivadas a colaborar ao máximo para a celeridade da análise, ao mesmo tempo em que são grandemente ampliadas as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente surgidos.”

para adequar o critério caso se percebesse que o valor era por demais restrito ou amplo.

Em 2005, foi a vez de nova tentativa para emplantar a reestruturação do sistema. A Exposição de Motivos 107-A MJ/MF/MP, de 01.09.2005, deu grande destaque à necessidade de reforma do controle de estruturas:

“(…) Atualmente, toda operação de concentração em que quaisquer dos participantes tenham registrado faturamento bruto anual de quatrocentos milhões de reais deve ser notificada. Tal critério é excessivamente amplo, tendo em vista que mesmo operações com impacto insignificante na economia brasileira devem ser notificadas.

17. Como consequência, o Sistema é congestionado por esse tipo de operação, muitas das quais sem necessidade de análise, uma vez que não são casos efetivos de concentração econômica ou visivelmente não são capazes de causar danos à concorrência. Isso significa que o Sistema vem empregando grande parte dos seus recursos escassos em análises de menor ou de nenhum potencial danoso para a sociedade, o que caracteriza uma alocação ineficiente de recursos públicos.

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

19. O órgão judicante analisa todos os casos de concentração que dão entrada no Sistema – quando, internacionalmente, sabe-se que, em média, noventa e cinco por cento deles não apresentam qualquer prejuízo à concorrência. A consequência é que esse órgão fica sem condições para conferir a devida atenção aos casos de maior potencial ofensivo aos consumidores, que demandam, por isso mesmo, soluções rápidas.”

Por conta do (então) ambiente desfavorável à criação de novas “agências”, entendeu-se por bem descaracterizar que a proposta implicaria nessa situação, excluindo a referência à Agência Nacional de Defesa da Concorrência – ANC. Preferiu-se investir na reestruturação

do Cade, que passaria a ser composto por uma Superintendência (com papel similar ao hoje desempenhado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico) e um Tribunal da Concorrência. De resto, o projeto manteve a previsão de análise prévia, a eliminação do critério de participação de mercado e a redução do critério do faturamento de R\$ 400 milhões para R\$ 150 milhões, com a criação da “segunda trava” de R\$ 30 milhões. O Executivo, na figura do Presidente da República, apoiou o projeto, encaminhado à Câmara sob o n. 5.877/2005.

O PL 5.877/2005 foi apensado ao PL 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca – que trata igualmente da reforma da Lei 8.884/1994, ainda que de forma muito mais pontual. O PL 5.877/2005 foi analisado por Comissão Especial da Câmara e em setembro de 2007, o Deputado-Relator Ciro Gomes apresentou seu voto e proposta de substitutivo, bastante próximo ao projeto apresentado pelo Executivo. Em relação ao controle de concentrações, destaca-se o retorno ao valor de R\$ 400 milhões como critério de faturamento, cumulado com a manutenção da “segunda trava” de R\$ 30 milhões, de modo a limitar o controle de concentrações àquelas operações que de fato podem trazer riscos à concorrência.⁹⁴

O projeto de reforma do SBDC foi incluído como um dos objetivos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal,

94. Nos termos do voto do Deputado-relator, “A introdução de uma ‘segunda trava’ com critério de faturamento de R\$ 30 milhões para a outra requerente constitui inovação importante, proposta tanto no Projeto do Deputado Carlos Cadoca quanto do Poder Executivo, para evitar que todas as aquisições de empresas muito pequenas por empresas maiores tenham que ser notificadas. Esta medida tende a reduzir o número de operações notificadas. De outro lado, a redução proposta do limite do critério de notificação de R\$ 400 para R\$ 150 milhões pode aumentar o número de operações notificadas. O efeito líquido dessas duas alterações é ambíguo. Dado o grande número de operações notificadas sem quaisquer problemas, entendemos que o ideal seria reduzir o número de operações apresentadas, diminuindo, inclusive, os custos dessas transações para boa parte das empresas. Já o Projeto de Lei 3.937/2004 do ilustre Deputado Carlos Cadoca mantém o valor da primeira trava de faturamento em R\$ 400 milhões, o que, pelos motivos expostos, consideramos mais apropriado. Assim, seguimos, neste dispositivo, a regra estabelecida no Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca, mantendo o valor do faturamento da primeira requerente para R\$ 400 milhões e introduzindo a segunda trava de R\$ 30 milhões.”

programa apresentado em janeiro de 2007.⁹⁵ Isso porque espera-se que com a aprovação do PL criar-se-á ambiente institucional mais favorável ao “livre funcionamento dos mercados e ao investimento privado”. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados no final de 2008 e recebido pelo Senado Federal em fevereiro de 2009, onde desde então aguarda aprovação.

4. CONCLUSÃO

A construção de um ambiente concorrencial – pautado por mercados contestáveis – é essencial para garantir crescimento de longo prazo não apenas porque produz benefícios estáticos, mas sobretudo porque incentiva a inovação, caracterizada pelo constante investimento dos agentes econômicos no desenvolvimento de ideias e processos que os aproximam da vanguarda produtiva. Sem um contexto marcado pela pressão competitiva, é difícil imaginar uma configuração que possa garantir, em uma economia capitalista, a produção de benefícios e riquezas necessários à promoção de bem-estar da população. Deve-se, portanto, tomar especial cuidado para não reduzir a política de promoção da concorrência à mera edição de uma lei antitruste, com seu instrumental clássico de adjudicação administrativa em torno das categorias de repressão a condutas colusivas, abuso de posição dominante e controle de concentrações econômicas. Muito ao contrário, o formulador de políticas públicas deve entender que a introdução de um sistema formal de intervenção antitruste – e em especial o controle de concentrações econômicas – deve ser apenas parte de um grupo maior de medidas que plasmadas em instituições e institutos jurídicos, constituem o arcabouço concorrencial de um país. Além disso, em um ambiente de recursos humanos, materiais e políticos voláteis e eventualmente bastante limitados, a escolha de em que sequência implementar reformas também pode ser crucial para a obtenção de bons resultados.

Na avaliação do leque de medidas que impactam o ambiente concorrencial de uma economia, há diversas iniciativas que podem ter um efeito muito mais significativo no incremento da rivalidade nos mercados do que a implementação, no vácuo, de uma autoridade de defesa da concorrência e uma lei antitruste. Como vimos, o Brasil ilustra bem o fato de que a legislação de defesa da concorrência, por si só, pode

95. Vide CASA CIVIL. *Programa de Aceleração do Crescimento 2007-2010*, 22.01.2007.

fazer muito pouco pela concorrência na ausência de um marco adequado à economia de mercado. O país possui, desde a década de 30, legislação para a defesa da concorrência (Dec.-lei 869/1938, de caráter penal, e Lei 4.137/1962, de cunho administrativo), mas foi apenas no contexto de um arcabouço institucional mais maduro, decorrente das reformas implementadas nos anos 90, é que a legislação antitruste passou a ter um papel complementar importante na garantia da eficiência dos mercados.

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