

A IMPORTÂNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E DA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA FRENTE AOS DITAMES DO DINAMISMO DA ECONOMIA¹

Alberto Haruo TAKAKI²
Regina Maria de SOUZA³

RESUMO

O Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (Cade), principal autoridade antitruste brasileira, possui como fundamental competência fiscalizar e punir práticas anticompetitivas e atos de concentração de mercado. Atua de maneira repressiva ao punir práticas anticoncorrenciais em que já se constatou lesão à coletividade. De outra forma, age preventivamente ao analisar as concentrações de mercado que podem vir a prejudicar a concorrência e o consumidor. Este órgão administrativo tem a complicada e importante incumbência de, em um primeiro momento, coibir abusos, assegurando a livre concorrência e, num outro, tutelar a livre iniciativa e o desenvolvimento do país, buscando melhor adequação do Direito quando de sua aplicação na Economia de mercado. Neste contexto, o Direito deve acompanhar a evolução econômica e a alteração da Legislação Antitruste se fazia necessária, pois a Lei nº 8.884/94 não mais conseguia regular o dinamismo do mercado eficazmente. Por conta disso, foi criada em 2011 a Lei nº 12.529, reestruturando substancialmente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sobretudo o Cade, seu principal órgão, objetivando maior eficiência, rapidez e eficácia em suas decisões. As alterações trazidas pela nova Lei Antitruste tais como a análise prévia de atos de concentração, prazos determinados para aprovação de fusões e incorporações e ainda alterações nos acordos de leniência culminaram em um melhor rendimento do Cade, benefícios às empresas concorrentes e ao mercado consumidor, que é em última análise o que devem objetivar todas as políticas públicas. A atual pesquisa tem como objetivo democratizar os aspectos do Direito Antitruste, sua aplicação e importância no cotidiano da sociedade brasileira. Busca ainda um melhor entendimento da importância do Cade e, além disso, comparar os principais aspectos da antiga e da nova Lei Antitruste brasileira, apresentando a relevância da constante adequação do Direito diante do dinamismo dos fatos sociais.

Palavras-chave: Cade. Antitruste. Práticas anticompetitivas.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 adotou como sistema econômico o capitalismo que tem como principais diretrizes a livre iniciativa e a livre concorrência. A livre iniciativa atribui à iniciativa privada a prerrogativa de ingressar ou sair de determinado segmento do mercado livremente, ressalvados determinados setores da economia, como o da exploração de petróleo, por exemplo. Enquanto a livre concorrência confere à iniciativa privada autonomia

¹ Trabalho do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica das Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul – SP, PIBIC/FUNEC

² Graduando em Direito, Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul – SP, FUNEC, albertotakaki@gmail.com

³ Economista - Instituto de Economia/UFU, Mestre e Doutora - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Docente das Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul - SP, FUNEC, souzarm@hotmail.com

quanto à regulação do mercado, isto é, o agente econômico por meio de disputa via inovação, produção e preços, concorrem entre si. De um lado, fornecedores na busca pela maximização de seus lucros, do outro, consumidores buscando melhores produtos pelo menor preço possível.

O individualismo é inerente aos seres humanos e, em um primeiro momento, o individualismo é benéfico ao sistema capitalista, pois a disputa de fornecedores e consumidores, um pelo maior lucro e o outro pelo menor preço, gera uma concorrência perfeita, também chamada de mercado perfeitamente competitivo. Tal disputa foi chamada de Mão Invisível por Adam Smith, representante de maior envergadura do pensamento econômico.

Contudo, dentro do contexto de uma economia de mercado capitalista, cartéis e monopólios são consequências nefastas do individualismo humano e, mostram-se, prejudiciais ao próprio capitalismo, obrigando o Estado a intervir no mercado, por meio de leis antitruste, isto é, normas que regulam a concorrência, no intuito de tutelar a livre concorrência e, sobretudo, proteger o consumidor dessas práticas abusivas, punindo infrações contra a ordem econômica.

A lei sempre buscará regulamentar os fatos sociais, no entanto, a velocidade destes fatos sempre foi e, sempre será muito mais rápida e dinâmica do que o Direito. Nesse contexto, o objetivo do Direito Antitruste é de combater as práticas que arrefecem a concorrência e acabam por prejudicar a coletividade.

Tal combate é desempenhado, principalmente, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que atua, especialmente, sobre duas grandes frentes, a preventiva e a repressiva. Quando analisa a união de grandes empresas, almejando a mitigação de efeitos negativos que eventualmente possam ocorrer a partir dessas conglomerações, age preventivamente. De outra forma, atua repressivamente no momento em que já houve prejuízo à livre concorrência e ao mercado consumidor.

O indivíduo sempre tendeu a maximizar o seu bem-estar, sendo esta uma máxima da Economia que segue a humanidade desde os primórdios e dificilmente cessará. Quanto mais o Brasil caminhar na direção de investigação e punição das práticas anticoncorrenciais, por meio de uma intervenção estatal eficaz, o índice desses tipos de delitos invariavelmente diminuirá.

Apesar de muitas críticas dos liberais, que defendem a ideia de que a intervenção do Estado é prejudicial à Economia, é antiga e célebre a premissa de que em um Estado Democrático de Direito, os Poderes devem sofrer limitações e a democracia é construída a

partir desta ideia, lógica normativa que também deve ser aplicada às relações econômicas.

O Direito Antitruste é pouco conhecido e compreendido, então a atual pesquisa tem como um de seus objetivos democratizá-lo, além de compreender o papel das políticas públicas na esfera deste ramo do Direito e difundir à sociedade e ao meio acadêmico a importância da livre concorrência no cotidiano social.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

O Estado de Direito inicia-se em meados do século XIX, atribuindo ao Estado o encargo de perquirir a igualdade entre os cidadãos. A intervenção do Estado na ordem econômica e social é uma das ferramentas mais importantes para atingir tal finalidade. As limitações ao exercício dos direitos individuais em benefício de uma coletividade foram o único caminho encontrado para o alcance de uma maior igualdade social.

A política anticoncorrencial, também chamada de política antitruste, surgiu no Canadá, mas teve nos Estados Unidos sua grande plataforma de expressão, por meio do *Sherman Act*, ou Ato Sherman, primeiro dispositivo legal antitruste norte-americano, promulgado em 1890, de autoria do senador John Sherman. Tal ato se deu num momento em que a economia norte-americana testemunhava a formação de grandes conglomerados monopolistas, passando a punir a partir daí, toda e qualquer formação de *trust* (que significa confiança em português), ou seja, um concorrente confiava no outro para que não houvesse a necessidade de competirem entre si, nascendo assim os primeiros modelos de cartéis, altamente prejudiciais à sociedade. Nesse contexto, uma intervenção estatal na economia era necessária, objetivando o reestabelecimento de um *fair play* ou jogo justo, o *Sherman Act* é considerado um modelo até hoje e serviu de inspiração para várias leis antitruste em todo o mundo, inclusive a do Brasil (SHILLING, 2002).

Segundo Tavares (2006), no Brasil, os primeiros aparelhos legais que versavam sobre a organização econômica nasceram com a Constituição 1934, inspirada na Constituição Germânica de *Weimar*. Esta foi a primeira Constituição econômica brasileira que fixou o modelo de organização constitucional das relações e atividades econômicas. Em 1962, a Lei nº 4.137 criou o Cade, no entanto, como o país estava prestes a sofrer um golpe militar, que culminaria em um regime ditatorial, o órgão antitruste foi pouco requisitado. Considerado um órgão irrelevante até o início da década de 90, atualmente, o Cade é a autoridade estatal de maior envergadura na prevenção e repressão às falhas de mercado como as concentrações econômicas e os cartéis.

Princípios gerais da atividade econômica

Antes de qualquer análise, é importante conceituar o Direito Antitruste, ou seja, o ramo do direito que por meio de um conjunto de normas e princípios intervém no mercado, com vistas a viabilizar a concorrência leal e, atingido este objetivo, os benefícios ao consumidor são enormes, pois gera maior variedade da oferta e motiva a competição entre concorrentes, resultando em melhores preços de produtos e serviços.

O Direito Antitruste está em uma zona de interconexão entre o Direito e a Economia. Nesta seara, é importante a compreensão de alguns conceitos e princípios básicos da teoria econômica, tais como a livre concorrência, livre iniciativa, monopólios, cartéis e concentrações econômicas.

A livre iniciativa é um dos fundamentos trazidos pela Constituição Federal Brasileira, nos termos de seu artigo 1º, inciso IV. Também é um princípio da teoria econômica que consiste na prerrogativa da iniciativa privada em ingressar ou sair dos mais variados segmentos do mercado sem que o Estado imponha qualquer barreira, ressalvados determinados setores da economia que ofereçam risco à segurança nacional ou que sejam de relevante importância à coletividade, pois estes setores são de exploração exclusiva do Estado e a extração de petróleo é seu melhor exemplo.

Por seu turno, a livre concorrência que também é uma garantia expressa na Carta Magna do Brasil, nos termos do artigo 173, §4º, consiste, basicamente, na autorregulação do mercado, isto é, em um polo de agentes econômicos concorrendo via preços ou inovação disputam entre si determinados nichos do mercado, sempre na busca de melhores resultados financeiros. No outro polo, consumidores buscando produtos com menores preços, qualidade e inovação tecnológica. Mesmo sem intervenção estatal regulando o mercado, tais disputas individuais trazem benefícios à coletividade.

Adam Smith, mais respeitável teórico do liberalismo econômico, demonstrou que o comportamento egoísta do ser humano é a chave para o sucesso do capitalismo, pois na busca pelo bem-estar individual, cada membro da sociedade colabora com o crescimento de todos. Para ilustrar este raciocínio, basta entender o exemplo de uma padaria e seu cliente. De um lado o padeiro quando faz os pães não se preocupa como será o café da manhã de seu cliente, do outro lado, o cliente quando efetua compra de pães não está necessariamente preocupado com os lucros do padeiro, mas apenas com seu próprio café da manhã. Tal situação foi chamada por Adam Smith de Mão Invisível, ou seja, existe uma força invisível que

autorregula o mercado, sem que seja necessária a intervenção do Estado na Economia (SMITH, 1983).

Todavia, o sistema capitalista apresenta algumas deformações em decorrência do mesmo egoísmo intrínseco do ser humano, são as chamadas falhas de mercado, como os monopólios e cartéis e, ainda, as concentrações econômicas que podem trazer riscos para esse sistema.

No que se refere ao conceito de homem social, cabe mencionar que:

Cada um vê as coisas conforme o ponto de vista em que se coloca. O meu ponto de vista para julgar a sociedade é este: o homem social é um carnívoro açamado (amoraçado com açamo - focinheira para cães). O açamo chama-se a lei, polícia, poder público. Nos momentos em que a vigilância do poder público adormece ou a coação legal esmorece, cai o açamo, o homem recobra toda a sua liberdade natural, e fica apenas limitado o seu poder por esta lei única: o mais fraco é presa do mais forte. Encarando assim os fatos sociais, é tão insensato o louvor quanto o vitupério. A natureza é imoral. (MADJAROF, 2010, p.1)

Quando se fala em ser humano, em individualidade e em sociedade, não se pode deixar de falar, também em "Liberdade, Igualdade, Fraternidade" frase usada na Revolução Francesa, em 1784. Esses valores, no entanto, não foram atingidos integralmente na época e nem até os dias de hoje, mas devem ser perseguidos incessantemente tanto pela sociedade, quanto pelo próprio Estado.

Os monopólios são estruturas de mercado em que se constata, em determinado mercado, apenas um agente econômico oferecendo produto ou serviço. Esta estrutura, na maioria das vezes é prejudicial aos consumidores, pois favorece eventual abuso do poder econômico, na medida em que a probabilidade do aumento de preços e a estagnação de determinada tecnologia é muito grande.

O primeiro monopólio surgiu nos Estados Unidos, no final do século XIX e início do século XX, a *Standard Oil Company*, empresa criada por John D. Rockefeller, dominava sozinha a venda de querosene no país. O magnata do petróleo aniquilou cada concorrente, por intermédio de preços abaixo do custo de produção e até mesmo pela intimidação física dos concorrentes. Em 1911, no entanto, o monopólio foi desmantelado em mais de 30 empresas, por decisão judicial que aplicou o *Sherman Act*. Este julgamento ficou conhecido como "O Julgamento do Século" (SHILLING, 2002).

Denomina-se cartel, por outro lado, o ajuste entre concorrentes de dado segmento do mercado, objetivando principalmente a definição de preços ou o escoamento de produção, no intuito de aumentarem seus rendimentos, dificultando a entrada de novos concorrentes e prejudicando, por fim, o consumidor. Esta é considerada a pior falha do capitalismo, a prática

mais nefasta em um sistema econômico, prejudicando principalmente, as classes menos favorecidas. No Brasil, o cartel é considerado crime, além de infração administrativa, sendo a prática mais combatida pelas autoridades antitruste.

Igualmente, é importante que se compreendam as concentrações econômicas, tais como fusões e incorporações. De acordo com o artigo 228 da Lei nº 6.404 de 1976, considera-se fusão a união de duas ou mais empresas que formam uma nova pessoa jurídica e tal união gera a extinção das empresas que se uniram. Por seu turno, o artigo 227, do mesmo diploma legal, conceitua incorporação como o ato de uma empresa absorver uma ou mais concorrentes, sucedendo-as quanto aos direitos e obrigações.

Apesar de cada vez mais comuns ao redor do mundo, as concentrações econômicas podem ser consideradas em determinadas situações como prejudiciais ao mercado, tendo em vista a frequente constatação de domínio e conseqüente abuso de tal domínio nos mercados. Em razão disso, os atos de concentrações econômicas devem ser analisados com muito cuidado pelas autoridades antitruste, pois o risco da lesão ao mercado é muito alto.

Dentro de um mercado perfeitamente competitivo, ou seja, onde existam grande número de competidores, facilidades no ingresso de novos *players*, inovação e preços justos, não há necessidade de intervenção estatal, pois o mercado se autorregula.

Contudo, como já exposto, o sistema capitalista apresenta deformações em algumas situações e nestes casos é importante entender o papel que deve desempenhar o Estado, pois se torna imperiosa sua intervenção na ordem econômica, o que realiza por intermédio dos órgãos de defesa da concorrência, aplicando princípios e normas jurídicas do Direito Antitruste.

Legislação antitruste

O Brasil, seguindo os dogmas de sua Constituição, garantiu a livre concorrência e a defesa do consumidor, também disciplinou sobre a repressão ao abuso do poder econômico. No intuito de regular os princípios constitucionais da defesa da concorrência, foi criada em junho de 1994 a Lei nº 8.884, posteriormente revogada pela Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, sendo o instrumento necessário para reprimir infrações contra a ordem econômica, utilizadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), tendo o Cade como órgão de cúpula.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo

casos previstos em lei. Ainda, dispõe sobre a repressão ao abuso do poder econômico que se utiliza desta posição para dominar mercado relevante, arrefecer a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros (BRASIL, 1988).

Em que pese haver punição do abuso do poder econômico, deve-se salientar que o poder econômico *per se* não é punido, pois punir agentes econômicos que, eventualmente, dominem determinado mercado em decorrência dos próprios méritos, isto é, por meio da inovação e da produção de produtos ou serviços a menores custos, seria apenas o progresso e a inovação. Partindo dessa premissa, no Brasil, é punido apenas o abuso da posição dominante.

É necessário manter a Economia em equilíbrio, pois há duas formas de concorrência repudiadas pelo Direito Antitruste: a concorrência desleal e o abuso de poder econômico, além da Constituição Federal, o artigo 36, §1º e §2º da Lei nº 12.529/2011 disciplina tais atos, dispondo que:

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia (BRASIL, 1988).

O Legislador trouxe no corpo do §2º a expressão "mercado relevante", contudo, não esclareceu nenhum critério para sua análise, ficando por conta do aplicador do Direito tal tarefa, o que gerou insegurança jurídica quanto a este conceito. Em verdade, o Legislador, quando da elaboração da nova Lei Antitruste, perdeu uma excelente oportunidade de delimitar um critério para analisar determinado mercado relevante.

Sobre as delimitações de mercado relevante, assim dispõe o professor Eduardo Molan Gaban:

Para a delimitação do mercado relevante podem ser utilizados alguns testes econômicos, entre os quais o teste do “monopolista hipotético”. Esse teste delimita o mercado relevante como sendo o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno, porém significativo e não transitório”, aumento de preços (GABAN, 2012, p. 108).

No que tange à aplicação das normas antitruste, é de suma importância que conceitos da teoria econômica sejam aplicados em conjunto com tais normas. Nesse contexto, a delimitação do mercado relevante deve preceder qualquer investigação de condutas anticompetitivas ou mesmo de análises de concentrações de mercado.

DESENHO INSTITUCIONAL DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

Antes de se analisar como é o desenho institucional do SBDC, atualmente, é importante que se compreenda como este sistema era formatado antes da Lei nº 12.529/2011. Existiam três órgãos distintos, sendo eles: Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Hoje, as atribuições da Seae e da extinta SDE foram todas absorvidas pelo novo Cade, integrando assim os três guichês. A Seae que antes instruía os processos administrativos passa a atuar depois da entrada em vigor da nova Lei Antitruste da seguinte forma:

[...] a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, permanece como órgão integrando do SBDC, passando a ser responsável pela coordenação das atividades relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência, concentrando-se nas discussões de marcos regulatórios *ex ante* e podendo se manifestar em qualquer caso de concentração econômica ou conduta anticompetitiva (CORDOVIL, 2012, p.36).

De acordo com Passos (2008), essa única e grande estrutura detém todas as responsabilidades relativas à análise de concentrações econômicas e condutas anticompetitivas, desenhada institucionalmente da seguinte forma: Superintendência-Geral; Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e o Departamento de Estudos Econômicos.

A Superintendência-Geral do Cade desempenha as funções que antes eram da SDE, incumbida da investigação de condutas anticompetitivas e instrução dos processos de fusões e incorporações.

Por outro lado, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é o órgão de cúpula dessa nova estrutura, proferindo as decisões administrativas de atos de concentrações econômicas e de práticas anticoncorrenciais.

Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos é responsável, dentre outras atribuições, por elaborar estudos e pareceres econômicos capazes de auxiliar o Tribunal Administrativo nas decisões proferidas nos julgamentos de processos, tendo em vista que o Direito Antitruste, ao aplicar as normas jurídicas, tem por finalidade atingir resultados econômicos, o que gera um dever daquele que aplica o Direito de realizar uma fundamentação econômica ao proferir suas decisões.

O SBDC, antes da nova Lei de Defesa da Concorrência, sofria muitas críticas com

relação à demora no julgamento de seus processos administrativos, sobretudo, pela demasiada burocracia, pois os processos administrativos tramitavam três distintos órgãos: Seae, SDE e Cade. A atual estrutura do SBDC aumentou substancialmente a velocidade e a eficiência de suas decisões, gerando segurança jurídica nas decisões e devolução em tempo econômico no julgamento dos atos de concentrações.

Cade dentro da organização da administração pública

Para a correta compreensão da localização do Cade dentro da estrutura da administração pública, é preciso lançar mão de algumas considerações a respeito do desenho estrutural do Estado.

A administração pública direta é composta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de seus ministérios e suas secretarias. Por seu turno, a administração pública indireta é considerada como o conjunto de pessoas administrativas, com personalidade jurídica própria, vinculadas à administração pública direta, desempenhando atividades administrativas de maneira descentralizada e é considerada a *longa manus* da administração direta, pois suas funções são típicas desta administração (ZANELLA DI PIETRO, 2008).

A administração pública indireta é composta por fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, agências reguladoras, agências executivas e autarquias.

O Cade é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal e tutela a livre concorrência investigando e julgando, na esfera administrativa, atividades econômicas que possam restringir a concorrência e prejudicar o mercado consumidor. É considerado uma pessoa jurídica de Direito Público e tem como funções orientar, fiscalizar e julgar abusos de poder econômico e analisar atos de concentrações. Era, na vigência Lei nº 8.884/94, o órgão de cúpula.

Âmbitos de atuação do Cade

O Cade atua em três grandes âmbitos: preventivo, repressivo e educativo.

Na atuação preventiva que trata da análise estrutural do mercado, isto é, das concentrações econômicas que podem gerar efeitos negativos ao mercado, o Cade analisa os possíveis resultados decorrentes de fusões e incorporações.

Esta matéria vem insculpida no Título VII da nova Lei Antitruste, que trata do controle das concentrações. O artigo 88, incisos I e II desta Lei, estabelece quais as operações de atos de concentrações que devem ser notificadas ao Cade.

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

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

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

Feita a análise dos possíveis efeitos, o órgão antitruste poderá aprovar impondo algumas condições ou restrições, e por fim, pode reprovar a união das empresas, dependendo dos benefícios ou prejuízos que possam causar à concorrência, ao mercado de trabalho e ao consumidor.

Todavia, a Lei nº 12.529/2011 em seu art. 91, dispõe que o Cade pode, a qualquer tempo, revisar sua decisão, mesmo depois da aprovação de uma operação, desde que: (i) tal decisão seja baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, (ii) caso ocorra qualquer descumprimento das obrigações pactuadas, (iii) não forem alcançados os benefícios pretendidos, haja vista, o interesse coletivo é o que em última análise é tutelado.

Por seu turno, a atuação repressiva, consiste em ação coercitiva do Cade, tratada no Título V da Lei nº 12.529/2011. E ocorre nas situações em que se analisa e, eventualmente, pune condutas consideradas anticoncorrenciais que possam de alguma forma lesar a ordem econômica, dominar o mercado e gerar lucros excessivos, tais como os cartéis, as vendas casadas, os preços predatórios e os acordos de exclusividade. O Capítulo III desse Título versa sobre as possíveis penas por tais condutas, estipulando entre outras sanções multas que chegam a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Apesar da possibilidade de revisão judicial, nos últimos anos as decisões do Cade são cada vez menos alteradas nesta esfera, demonstrando que a autarquia tem acertado em suas decisões administrativas. A título de ilustração, no ano de 2013, 91% (noventa e um por cento) das decisões do Cade foram reiteradas por sentença no âmbito do Poder Judiciário. (CADE, 2013)

Segundo Rodas (2008), citado por Takaki (2011, p. 7), o Cade atua de forma educativa por meio da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito da Concorrência, do Relatório Anual da Gestão do Conselho, do boletim mensal “Cade Informa”

e de cartilhas que difundem os conceitos da livre concorrência, seus benefícios, bem como os efeitos extremamente prejudiciais de práticas como a de cartéis e monopólios. Tal papel também é hoje atribuição da Seae, sendo extremamente relevante levar ao conhecimento da coletividade os benefícios da democracia econômica, tendo em vista que as políticas anticoncorrenciais no Brasil são relativamente novas se comparadas com as dos Estados Unidos e da Europa.

Casos emblemáticos: decisões do Cade nas fusões que criaram a Ambev e a Brasil Foods

As relações econômicas entre empresas constituem-se em uma prática comum do capitalismo moderno, sendo as fusões e as incorporações de empresas muitas vezes mecanismos utilizados para reduzir os problemas financeiros e fugir de um colapso, já que através de sinergia e captação de recursos, conseguem melhorar de forma significativa os investimentos das empresas. Além disso, com a globalização do mercado, torna-se cada vez mais comum empresas brasileiras passarem por processos de concentração de mercado, objetivando competir com grandes empresas internacionais.

Os processos de concentrações econômicas constituem um diferencial competitivo benéfico não só às empresas que se unem, também do ponto de vista tributário, podem ser positivas ao Estado, dada a capacidade de aumento de arrecadação. No entanto, efeitos nefastos podem advir de tal união, pois a nova corporação passa a ter alto poder econômico, controlando grande parte do mercado, muitas vezes convertida em preços abusivos, condicionamento dos hábitos de consumo, menor inovação, menor produtividade, concentração de renda, entre outros males, o que culmina em prejuízos ao mercado consumidor.

Dois casos de fusões foram emblemáticos e um marco na história do Cade. A primeira foi a fusão que resultou na criação da Ambev, Companhia de Bebidas da América, unindo as duas maiores empresas de bebidas do país, Antarctica e Brahma, criando a maior companhia de bebida das Américas. A segunda fusão ocorreu entre a Sadia e a Perdigão, criando a Brasil Foods, que uniu concorrentes históricas do setor alimentício no Brasil.

Caso Ambev

Seguindo uma tendência mundial de atos de concentração de mercados, em julho de 1999, as concorrentes no setor de bebidas, Antarctica e Brahma se uniram, criando a Ambev -

American Beverage Company ou Companhia de Bebidas das Américas – na época as duas empresas passavam por um período de estagnação nas vendas de cerveja e o crescente ingresso de marcas independentes concorrendo no setor de refrigerantes. Além disso, marcas internacionais de bebidas estavam ingressando no mercado brasileiro o que prejudicava ainda mais a situação daquelas empresas. O risco de desaparecimento da Antarctica ou da Brahma do mercado era iminente.

Por tal razão, a fusão era imprescindível para a sobrevivência de ambas, pois por meio da sinergia e troca de tecnologia poderiam re-estabelecer sua saúde financeira e, além disso, passariam a competir com grandes marcas internacionais, tanto no mercado interno, quanto no mercado externo.

Após longa análise e intensas discussões, no dia 30 março de 2000, a fusão foi oficialmente aprovada pelo Cade, constituindo a maior operação dessa natureza já realizada no Brasil. A decisão considerou a união predominantemente benéfica, apesar de, inicialmente, haver a dominação do mercado interno de bebidas. Por outro lado, foi importante considerar que a Antarctica e a Brahma corriam o risco de serem engolidas por suas concorrentes estrangeiras, que já haviam ingressado no segmento de bebidas brasileiro.

O entendimento do Cade foi no sentido de que a eventual desaprovação causaria um efeito ainda pior para a economia interna, do que a própria aprovação que, por sua vez, geraria o domínio do segmento.

No entanto, para a aprovação do Cade, foram impostas algumas condições através de um Termo de Compromisso e Desempenho (TCD), obrigando a Ambev, entre outras coisas, a vender algumas unidades fabris num prazo de quatro anos, sendo vedada a dispensa de funcionários, com o claro objetivo de minimizar os efeitos negativos da união aos concorrentes, ao mercado de trabalho e ao consumidor.

Os benefícios foram enormes às duas empresas, pois a nova marca pôde aumentar seu poder de mercado, reduzir custos operacionais e financeiros, racionalizar gastos e esforços, buscar maior eficiência, produtividade, capacidade competitiva e crescimento internacional. Passou a oferecer seus produtos a dezenas de outros países, concorrendo com as grandes empresas internacionais do setor.

Todavia, o anúncio da criação da Ambev em um primeiro momento foi visto pelo mercado consumidor com desconfiança e medo, sobretudo, de aumento no preço dos produtos da marca, mas o que aconteceu não foi isso. De acordo com uma pesquisa efetuada pela Marplan Brasil, no Brasil, os consumidores de cervejas são pouco fiéis às marcas da bebida, sendo irrealizável o aumento abusivo no preço desse produto, haja vista que os consumidores,

possivelmente, passariam a comprar cervejas de marcas periféricas, por conta do eventual aumento dos preços (TAKAKI, 2012, p. 8).

Caso Brasil *Foods*

Durante a história das rivais, Sadia e Perdigão, duas das maiores empresas do setor alimentício no Brasil, foram várias as tentativas de associação, sem obter nenhum sucesso. No entanto, em 2008, a Sadia apresentou um prejuízo de mais de R\$ 2.500.000.000,00 (dois bilhões e quinhentos milhões de reais), fazendo com que as negociações para unirem as duas grandes empresas desse segmento, intensificassem. O risco do fechamento da Sadia era muito grande, em decorrência de tais déficits em seu faturamento, o que causaria grande número de perdas de postos de trabalho que dependiam da empresa direta e indiretamente.

A princípio, era certo que a união acarretaria o domínio do setor, eventual desaparecimento da concorrência e possível aumento de preços. Por sua vez, caso não fosse aprovada, o risco de prejuízo ao mercado de trabalho em decorrência da extinção de uma das empresas era elevado.

Finalmente, em meados de 2011, a fusão das antigas concorrentes foi oficializada pelo Cade, que sopesou os benefícios e eventuais prejuízos que decorreriam de tal operação, flexibilizando a aplicação de normas do Direito Antitruste com o objetivo de amoldar-se ao dinamismo do mercado.

Contudo, assim como para a aprovação da fusão que criou a Ambev, foram impostas pesadas condições para a consolidação da operação, que era sem dúvida benéfica às empresas, mas poderia causar prejuízos aos concorrentes, mercado de trabalho e principalmente ao consumidor, sendo elas: o compromisso da venda de algumas fábricas e abatedouros aos concorrentes, a suspensão da venda de diversos produtos da Perdigão e da Batavo por um prazo de até cinco anos, e ainda, manutenção o quadro de funcionários das duas empresas.

Embora, atualmente, a Brasil *Foods* domine grande fatia do setor alimentício brasileiro, as imposições feitas pela autoridade antitruste foram positivas, pois em decorrência delas não se constatou prejuízo ao consumidor, tendo em vista que a venda de alguns ativos para empresas concorrentes fomentaram a competição no segmento, não gerando aumento de preços ou diminuição da qualidade dos produtos.

ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI ANTITRUSTE

A Economia é dinâmica e mutante, o Direito que a disciplina é mais lento, fazendo-se necessárias alterações para sua adequação aos novos ditames do mercado. A Lei nº 8.884/1994 foi um importante instrumento na tutela da livre concorrência, todavia, mostravam-se, em alguns aspectos, sinais de ineficácia e lentidão. Para que o Direito pudesse aplicar suas regras diante da evolução dos fatos sociais, alterações na legislação antitruste eram imperiosas e, por conta disso, no final de 2011, foi sancionada a Lei nº 12.529, alterando substancialmente o regramento antitruste.

Foram várias as alterações trazidas pelo novel dispositivo legal, mas destacam-se, no entanto, a reestruturação do SBDC que já foi tratada em capítulo anterior; a análise prévia de atos de concentração econômica; os critérios de notificação e os programas de leniência.

A análise dos atos de concentração econômica que antes era feita após a efetiva união das empresas, hoje, é prévia, conforme norma insculpida no art. 88, § 2º da Lei nº 12.529/2011. Em outras palavras, a fusão ou a incorporação não podem mais se efetivar antes da aprovação do Cade, assim empresas que tenham a intenção de se unirem devem notificar a autoridade previamente. Inteligência, esta, que seguiu as melhores práticas de países com a cultura antitruste mais enraizada, como os Estados Unidos e a União Europeia.

Tal inovação conferiu à autoridade antitruste brasileira maior dinamicidade e celeridade na análise dessas operações, tornando possível mitigar os efeitos negativos de uma eventual desaprovação de atos de concentração, conferindo maior segurança jurídica e celeridade nas análises de concentrações. Com alteração legislativa, atualmente, as fusões e incorporações são analisadas em 24 dias, em média.

No que tange aos critérios de notificação, ou seja, quais concentrações econômicas devem notificar ao Cade quando de sua união, a alteração deixou esse critério mais objetivo. Na vigência da Lei 8.884/1994, havia subjetividade quanto à notificação, pois deveria levar à análise do Cade atos de concentração em que uma das empresas detivesse pelo menos 20% (vinte por cento) do mercado relevante ou que um dos participantes tivesse registrado faturamento anual bruto equivalente a R\$ 400.000.0000,00 (quatrocentos milhões de reais).

A nova Lei Antitruste, em seu artigo 88, III, estabelece que só sejam submetidos à análise do órgão de defesa da concorrência os atos de concentração em que cumula uma das partes da operação registrar faturamento anual bruto de, no mínimo, R\$ 400.0000.0000,00 (quatrocentos milhões de reais) e a outra parte de, pelo menos, R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Contudo, a Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, alterou o inciso II, do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 e, atualmente, apenas a empresa que tenha faturamento bruto

anual de mais de R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e tenciona se unir com empresa de faturamento anual de pelo menos R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) deve efetuar a notificação ao Cade. A alteração foi motivada pela necessidade de atualização dos valores mínimos de faturamento, isto porque houve crescimento das empresas e do PIB brasileiro nos últimos anos.

Por fim, outra importante alteração ocorreu no programa de leniência, disposta no artigo 86 e seguintes da Lei nº 12.529/2011, e é considerada a principal ferramenta na comprovação de cartéis, tendo em vista que, infelizmente, devido à falta de eficácia dos órgãos de investigação estatal e das sofisticadas técnicas dos membros de cartéis é muito difícil de ser comprovada tal prática. Este programa consiste em acordo firmado entre o Cade e um membro de cartel, podendo até isentar de punição o membro que auxiliar o Cade na comprovação da existência cartel, configurando uma espécie de delação premiada. O novo texto legal trouxe melhorias substanciais a esse programa, pois não mais proíbe que os líderes dos cartéis realizem acordos de leniência com o Cade, oportunizando a qualquer membro do cartel realizar o acordo.

Na vigência da antiga legislação, era vedado o benefício aos líderes dos cartéis, por esta razão, muitos membros não efetuavam tal acordo, isto porque corriam o risco de serem punidos como líderes do cartel, levando à ineficácia desse importante instituto.

Aspectos negativos da nova lei antitruste apontados por especialistas

É majoritário o entendimento de que a nova lei de defesa da concorrência foi benéfica à sociedade, contudo, alguns especialistas apontam imperfeições quanto a determinadas alterações. No que diz respeito à análise prévia de concentrações econômicas, segundo tal entendimento, o Legislador errou:

Assim como não existe, no mundo real, o modelo de concorrência perfeita dos economistas neoclássicos, também não existem seres humanos perfeitos. Os burocratas que ocupam as agências antitruste não são dotados de poderes sobrenaturais que lhes permitem adivinhar como o mercado deve funcionar para atingir seu desempenho ótimo (RAMOS, 2012, p.1).

Essa opinião observa que não pode a autoridade antitruste prever quais serão as consequências de uma união, pois mesmo as próprias empresas não têm a certeza de benefícios em eventuais concentrações. Portanto, seguindo esse raciocínio, a análise deveria continuar a ser posterior à fusão ou à incorporação.

Outrossim, existem algumas preocupações quanto aos programas de leniência, pois

com a alteração legislativa, houve grande aumento desses acordos, como já trazidos em momento oportuno. Em que pese ser este o principal instituto de comprovação de cartéis, há que se ter bastante cautela quanto ao conteúdo das informações prestadas pela empresa delatora.

É importante deixar claro, entretanto, que embora, em tese, o instituto da leniência seja benéfico, uma vez que viabiliza a obtenção de provas que em outras circunstâncias dificilmente seriam obtidas e sem as quais não se pode firmar juízo de condenação de agentes privados, é necessária extrema cautela por parte das autoridades para que utilizações espúrias desse instituto sejam evitadas. Não raras vezes, agentes privados imbuídos de má-fé valem-se do instituto para dificultar a atividade de seus rivais ou até mesmo para capitanear uma disputa de natureza privada (GABAN, 2012, p. 464).

Por tal motivo, devem os órgãos antitruste apreciar as provas trazidas pelos delatores com extrema cautela, para que garantam a defesa da concorrência e não sejam utilizados como instrumento de finalidades alheias a estas.

Relevância do Cade e sua evolução

O Cade sofria pesadas críticas e com muita razão tanto da opinião pública quanto das empresas, pois não devolvia em tempo econômico uma resposta aos atos de concentração que lhe eram trazidos. Em 2009, o tempo de médio de tramitação desses atos era de 182 (cento e oitenta e dois) dias, todavia com as alterações na nova lei antitruste, o tempo médio passou a ser de 21 (vinte um) no ano de 2012, demonstrando acentuada evolução quanto à celeridade da análise de fusões e aquisições (CADE, 2014).

A autarquia em junho de 2013 já em plena vigência da nova lei foi avaliada em quatro estrelas, pela revista britânica *Global Competition Review*, por conta da rapidez na análise de concentrações, novos critérios de notificação, do aperfeiçoamento no combate aos cartéis e pelos acordos de leniência. As quatro estrelas conferiram ao Cade a oitava posição no ranking das melhores autoridades antitruste do mundo, aproximando-se de países como Estados Unidos e França.

Os Estados Unidos são sem sombra de dúvida o país mais efetivo no combate às infrações contra a ordem econômica, seu órgão de defesa da concorrência recebe recursos vultosos, o que não ocorre no Brasil, e apesar do Cade ser um dos órgãos antitruste mais pobres do mundo, já recebeu em 2011 o prêmio de melhor agência antitruste das Américas. Reconhecimento também importante ocorreu no 18º Concurso Inovação na Gestão Pública Federal, em que o controle de concentração prévio desempenhado pela autoridade antitruste

brasileira foi escolhido entre as dez melhores ações governamentais.

CONCLUSÃO

O Direito é concebido a partir da necessidade social de normatizar determinados atos para viabilizar a vida em sociedade. Partindo dessa inteligência, a Economia é extremamente dinâmica em relação à regularização de normas do Direito, sua alteração constante é necessária para que possa, de maneira dinâmica, ser aplicado com eficiência à sociedade contemporânea.

Nessa seara, as alterações na legislação antitruste foram extremamente salutares, pois conferiu ao SBDC, sobretudo ao Cade, ferramentas mais apuradas no combate às falhas do mercado, tão prejudiciais à coletividade.

No Brasil, o Direito do Consumerista, bastante difundido pela mídia, sendo familiar aos brasileiros, protege o consumidor de forma micro, ou seja, aquele determinado consumidor que é lesado de alguma forma pelo fornecedor encontra amparo neste ramo do Direito. Por outro lado, o Direito Antitruste, ilustre desconhecido da grande maioria dos brasileiros, é um ramo do Direito também de extrema importância, atuando na defesa do consumidor de maneira indireta, pois ao punir e dismantelar um cartel, por exemplo, protege a livre concorrência e por consequência todos aqueles que consumiam aquele determinado produto ofertado a preços abusivos.

Por tais razões, é de grande valia compreender o Direito Antitruste, sua legislação e, finalmente, como é aplicado, por meio dos órgãos de defesa da concorrência, pois quando se compreende sua importância, isto é, o de garantir a democracia econômica, torna-se viável à sociedade, utilizar-se de tal instrumento como ferramenta de proteção individual e por consequência da própria coletividade. O presente estudo objetivou democratizar o Direito Antitruste, sobretudo, as alterações legislativas e as autoridades antitruste, para que a comunidade acadêmica e a sociedade possam, ao compreender tal ramo do Direito, exercer seus próprios direitos de maneira eficaz.

O Cade, mesmo com recursos escassos se comparados a órgãos antitruste internacionais, mostra-se cada vez mais adulto e robusto na tutela da livre concorrência, evoluindo ano após ano nesse sentido. Apesar de críticas daqueles que defendem a livre concorrência sem qualquer intervenção estatal, é imperioso salientar que em uma sociedade democrática todo o poder deve sofrer limitações e a história da humanidade se mostra clara quanto a isso, nas sociedades em que houve concentrações exacerbadas de poder, os

resultados se apresentaram catastróficos.

O desenvolvimento econômico de um país acaba com a exclusão de cidadãos do processo econômico e assegura que se tornem aptos a expressar suas preferências econômicas e suprimir instituições que bloqueiem esse processo é fundamental. A democracia política está diretamente ligada com a democracia econômica, tendo em vista que, infelizmente, o poder econômico gera o poder político. Defender a livre concorrência é em última análise proteger a democracia econômica, pois se garantida tal prática, o acesso de todos a produtos diversificados, com preços justos e cada vez melhores é também assegurado.

**FEATURES AND FUNCTIONS OF THE SUPERVISORY BOARD:
ADMINISTRATIVE COUNCIL OF DEFENSE DEPARTMENT OF ECONOMIC
AND ECONOMIC LAW**

ABSTRACT

The Administrative Council for Economic Defense has the primary responsibility to supervise economic relations, like cartels, acquisitions and mergers. It must act to severely punish anticompetitive practices, however, when it acts preventively is imperative that their performance is cautious and flexible, especially in relation market concentrations. Administrative authority has such a difficult and important task to, at first, curb abuses, guaranteeing free competition and, in another, protect free enterprise and the development of the country. The Law 12.529/2011 was created in order to search better Law adaptation to the market economy, which has substantially restructured the Brazilian System of Competition Defense (SBDC), especially Cade, aiming greater efficiency, speed and efficiency in their decisions. Though this, it met the expectations of economic evolution, changing the Law 8.884/94 that could no longer regulate the market dynamism efficiently. Such changes, as the previous analysis of acts of concentrations, certain time limits for approval of mergers and acquisitions, also, changes in the leniency agreements culminated in a better yield of Cade, benefits to competitors and to the consumer market. The current research aims to a better understanding of importance of Cade in Brazilian society, and also compare the main aspects of the old and the new Brazilian antitrust law, having not intended exhaust every differences.

Keywords: Mergers. Free competition. Market dominance.

REFERÊNCIAS

BASILE, J. Multas milionárias destacam cade em ranking mundial de órgãos antitruste.

Disponível em:

<<http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=644159>>.

Acesso em: 15 ago. 2012.

BRASIL. Constituição federal de 1988. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL Econômico. Disponível em:

<http://www.brasileconomico.ig.com.br/noticias/super-cade-surge-no-ano-de-recorde-de-fusoes-e-aquisicoes_117458.html>. Acesso em: 4 set. 2012.

BRASIL, Lei nº 6.404/1976: Lei das sociedades por ações. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 16 dez. 2013.

BRASIL, Lei nº 8.884/94: Lei antitruste. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em: 7 dez. 2013.

BRASIL, Lei nº 12.529/2011: Lei do sistema brasileiro de defesa econômica. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Balanço 2013.

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%202013%20.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Histórico.

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

CORDOVIL, L. et al. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ECONOMIABR.NET. Concentração econômica no Brasil - o Cade. Disponível em:

<http://www.economiabr.net/economia/5_cade.html>. Acesso em: 2 maio 2013.

GABAN, E. M; DOMINGUES, J. O. Direito antitruste. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Global competition review (Reino Unido). **Brazil's competition bar.** Disponível em:

<<http://www.globalcompetitionreview.com/news/frontpage.cfm>>. Acesso em: 1 fev. 2014.

MADJAROF, R. O ser humano e a sociedade: individualidade ou sociabilidade? 2010.

Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/rosana6.htm>>. Acesso em 3 de maio 2013.

PASSOS, F. O papel de acompanhar o equilíbrio do mercado. In: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO SUPERIOR

NO ESTADO DE SÃO PAULO – SEMESP. **Guia da concorrência.** Disponível em:

<http://www.semesp.org.br/portal/pdfs/2008/guia_da_concorrencia.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2013

RAMOS, A. L. S. C. A nova lei antitruste brasileira: uma agressão à livre concorrência.

2012. Disponível em: <<http://libertatum.blogspot.com.br/2013/02/a-nova-lei-antitruste-brasileira-uma.html>>. Acesso em: 2 jan. 2014.

RODAS, J. G. O direito antitruste e as entidades educacionais. In: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO SUPERIOR

NO ESTADO DE SÃO PAULO – SEMESP. **Guia da concorrência.** Disponível em:

<http://www.semesp.org.br/portal/pdfs/2008/guia_da_concorrencia.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2013

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Histórico**. Disponível em:

<<http://www.sde.df.gov.br/>>. Acesso em: 2 dez. 2013.

SHILLING, V. **O truste e a democracia**. 2012. Disponível em:

<<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/truste.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

SMITH, A. A. **Riqueza das nações - investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

TAKAKI, A. H. **Conselho administrativo de defesa econômica**: sua importância na tutelada livre concorrência e as principais alterações trazidas pela Lei 12.529 de 2011. Disponível em:

<<http://www.funecsantafe.edu.br/SeerFunec/index.php/rfc/article/view/939/923>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

TAVARES, A. R. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

ZANELLA DI PIETRO, M. S. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.