

A Reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o PL n^o 3.937/2004

CAROLINA SABOIA FONTENELE E SILVA

Advogada, Pós-Graduada em Direito Público no Instituto Brasiliense de Direito Público.

RESUMO: O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é responsável pela aplicação da política de defesa da concorrência no Brasil. O SBDC é composto por três órgãos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda. Após a consolidação da política antitruste brasileira, é importante uma renovação do sistema a fim de alcançar maior celeridade e efetividade na análise de atos de concentração e de processos administrativos para apuração de infrações à concorrência. O PL n^o 3.937/2004 propõe uma reestruturação do SBDC e incorpora importantes críticas feitas pela doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema brasileiro de defesa da concorrência; CADE; SDE; SEAE; evolução da concorrência no Brasil; constituições brasileiras; legislação; atos de concentração; processos administrativos; condutas anticoncorrenciais; reestruturação do SBDC; PL n^o 3.937/2004.

ABSTRACT: The Brazilian Competition Defense System (SBDC) is responsible for the implementation of competition policy in Brazil. The SBDC is composed by: the Administrative Council of Economic Defense (CADE), Economic Law Office (SDE) of the Ministry of Justice and Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) of the Ministry of Finance. After the consolidation of Brazilian antitrust policy, the renewal of the system is important in order to achieve greater speed and effectiveness of the investigation analysis in merger acts and administrative proceedings related to violations of the economic order. The Bill n^o 3.937/2004 proposes a restructuring of the SBDC and incorporates major criticisms made by the doctrine.

KEY WORDS: Brazilian competition defense system; CADE; SDE; SEAE; evolution of competition in Brazil; brazilian constitutions; legislation; merger acts; administrative proceedings; violations of the economic order; restructuring of the SBDC; Bill n^o 3.937/2004.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A defesa da concorrência no Brasil; 2 A atual estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência; 3 O projeto de Lei n^o 3.937/2004; Conclusão.

INTRODUÇÃO

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é responsável pela aplicação da política de concorrência no Brasil. A necessidade de sua reforma tem sido amplamente discutida para uma melhor adaptação à realidade

brasileira. Nesse sentido, está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 33.937/2004, apensado ao Projeto de Lei nº 5.877/2005.

O SBDC atualmente é composto por três órgãos: (I) Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda; (II) Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça; e (III) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

Essa reestruturação não pode ser entendida fora da dinâmica de inclusão do Brasil nas melhores práticas antitruste do mundo. Isso porque a inserção econômica dos países cada dia mais exige práticas adequadas à concorrência em mercados cada vez maiores que, na maioria das vezes, extrapolam as fronteiras nacionais.

Entre as várias críticas feitas ao SBDC, a principal parece ser o grande decurso de tempo entre a realização da operação e seu julgamento pelo CADE. Como consequência da demora na análise, muitas vezes a decisão é posterior à concretização da operação. A fim de diminuir esse problema, muitos sugerem a implementação da apresentação prévia de operações para análise. Embora a lei atual preveja a possibilidade de celebração de um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), a demora até a decisão final pode acarretar problemas para as empresas envolvidas. Faz-se também necessária a implantação de um mecanismo célere de decisão, tanto para acarretar menores danos às empresas requerentes envolvidas nas operações, quanto para dar maior efetividade às eventuais decisões contrárias aos atos de concentração.

No que tange à repressão de condutas anticoncorrenciais, a mesma crítica é feita. É importante possibilitar procedimentos investigatórios ágeis e eficientes para a completa instrução do processo e comprovação dos eventuais danos à concorrência. Nesses casos também se faz necessário um rápido julgamento para que, em caso de absolvição, as empresas envolvidas tenham minimizado os prejuízos decorrentes do processo administrativo. Por outro lado, em caso de condenação, a pena imposta deve ser efetivamente aplicada, guardando proximidade temporal entre o dano e a sanção e evitando longos períodos de incerteza nos mercados envolvidos, dada a expectativa de decisão em um ou outro sentido.

Os debates acerca da reformulação do SBDC implicam a contraposição do valor “concorrência” a outros valores caros à sociedade. No caso brasileiro, a efetivação da defesa da concorrência é, muitas vezes, prejudicada quando contraposta a outras prioridades. Isso pode ser justificado, em parte, porque “a nossa tradição processualista é uma tradição muito baseada no princípio da segurança; e entre a eficiência, a agilidade e a segurança, o modelo processual brasileiro optou por maior segurança no tratamento das representações. Isso implica menor eficácia, um retardamento da atuação e da agilidade desses órgãos”¹.

1 Marcus Vinicius de Campos apud ERBER, Fábio Stefano. Estado contemporâneo e mercado. In: *Defesa da concorrência: a prática brasileira e a experiência internacional*. Brasília: IPEA, 1993. p. 17.

É verdade que a defesa da concorrência brasileira vem se fortalecendo aos poucos, com um crescente processo de institucionalização, de modo que, “não obstante a utilização da Lei Antitruste, pelo governo, com fins populistas, a atuação do CADE, nos últimos quatro anos, vem se consolidando de forma a já não se vislumbrar ‘surto’ de aplicação da Lei Antitruste, mas sim uma linha contínua de atuação”².

A efetiva consolidação da política concorrencial de determinado país exige vários requisitos. O desenvolvimento dessa política não ocorre subitamente. Ao contrário, obedece a um processo histórico que requer tempo, disseminação da cultura da concorrência e investimento em instituições adequadas³. Ademais, de acordo com o objetivo a ser perseguido, a maneira de implementação variará, uma vez que diferentes arranjos institucionais levarão a resultados distintos⁴. Dessa forma, “a lei antitruste desempenha, em cada sistema, em cada ordenamento, uma função própria, cambiável, inclusive, em virtude do momento histórico”⁵.

Com efeito, economias competitivas são condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável em longo prazo, uma vez que nelas os consumidores dispõem de maior variedade e qualidade de produtos pelos menores preços. Num ambiente econômico competitivo, as empresas têm incentivos para aumentar a produtividade e melhorar os produtos ofertados⁶.

Tendo em vista o contínuo processo de globalização e a crescente influência recíproca dos diferentes ordenamentos jurídicos, há que se compreender a realidade brasileira a fim de que se alcance uma legislação antitruste ainda mais eficiente. A partir disso, mais um passo rumo ao desenvolvimento será consolidado.

1 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Conforme ressaltado por Nusdeo:

“A defesa da livre concorrência no Brasil tem sua origem imiscuída na proteção à economia popular. Com efeito, é a percepção da lesividade das práticas abusivas descontroladas dos agentes econômicos, antes do que uma crença genuína nos valores da livre iniciativa e da livre concorrência, que levou à adoção de

2 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 134.

3 OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. *Revista Idéias e Debate*, Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. p. 7.

4 GHEVENTER, Alexandre. Política concorrencial e desenho institucional. *Revista de Direito Econômico*, n. 31, jan./jul. 2000. Brasília, CADE, 1995. p. 165.

5 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 22.

6 CONSIDERA, Cláudio Monteiro. Concorrência e desenvolvimento econômico. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/SEAE/arquivos/Artigo_Secretario.PDF>. Acesso em: 13 jan. 2006.

regras destinadas a, de alguma forma, proteger a integridade dos mercados nacionais.”⁷

A Constituição de 1934 foi a primeira a ter um título referente à “Ordem Econômica e Social”, refletindo a nova ideologia do constitucionalismo social⁸. Teve a intenção de organizar um regime democrático que assegurasse a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico. Por isso, o direito de propriedade, até então garantido em sua plenitude, sujeitou-se à observância dos interesses sociais e coletivos⁹. Em seu art. 115¹⁰, positivou a intervenção estatal sobre o domínio econômico, dispondo que a ordem econômica deveria ser organizada pelo Estado.

Nessa Constituição, os objetivos a serem alcançados eram eminentemente concretos. Dessa forma, em seu art. 113, inseriu o direito à subsistência, ao lado de outros direitos já consagrados como liberdade, segurança individual e propriedade. Observados esses parâmetros, era garantida a liberdade econômica. Além disso, impôs a obrigatoriedade de o Estado direcionar a economia através das leis. Para tanto, a União poderia monopolizar determinada indústria ou atividade econômica. Finalmente, foi a primeira a disciplinar o fomento à economia popular¹¹.

A Constituição de 1937 foi apenas semântica, pois seus dispositivos não tiveram eficácia, à exceção dos arts. 180 e 186, que diziam que, enquanto o parlamento não se reunisse, o Presidente da República poderia expedir decretos-leis sobre todas as matérias, e que declarava estado de emergência em todo o País. E, assim, o País foi governado por meio de decretos-leis.

No entanto, em seu art. 135, a Constituição trouxe, pela primeira vez, a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”, devendo essa intervenção apenas corrigir as falhas de mercado¹². Além disso, autorizou o sancionamento penal dos comportamentos que ofendessem a economia popular¹³. Foi a regulamentação dessa norma, contida no art. 141, que fez surgir o Decreto-Lei nº 869/1938, a primeira lei antitruste do Brasil. Seu objetivo era proteger a economia popular, isto é, o consumidor. Deste modo, estabeleceu sanções de

7 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: Introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 218.

8 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 74.

9 GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 50-52.

10 “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.”

11 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Op. cit., p. 75-76.

12 Ibid., p. 76-78.

13 GOMES, Carlos Jacques Vieira. Op. cit., p. 52-53.

natureza penal para práticas contrárias à economia popular, merecendo destaque aquelas tendentes a impedir ou dificultar a concorrência.

Em 1945 foi promulgada a chamada Lei Malaia, com o objetivo de reprimir as práticas capazes de suprimir a concorrência, eliminar a pequena empresa, elevar os preços dos produtos ou o desemprego em massa de trabalhadores. Portanto, a defesa da concorrência e do consumidor foram alargadas de modo a se compatibilizar com outros interesses¹⁴. Essa lei foi revogada com a Carta de 1946, que também introduziu, pela primeira vez em uma Constituição brasileira, o direito da concorrência.

A Constituição de 1946 teve por objetivo organizar um regime democrático, através da harmonização dos sistemas político, econômico e social. É esta Constituição a que primeiro faz menção expressa à valorização do trabalho humano, além de estabelecer o princípio da repressão ao abuso de poder econômico. Estatuíu, ainda, que a intervenção do Estado no domínio econômico deveria obedecer ao interesse público e limitar-se à observância dos direitos garantidos ao indivíduo. Além disso, condicionou o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, buscando equilibrar capital e trabalho¹⁵. Assim, “enquanto a Constituição de 1937 procurava reprimir os ‘crimes contra a economia popular’, a Constituição de 1946 se pautou pela ideologia inspirada na legislação norte-americana antitruste”¹⁶, conforme se observa em seu art. 148¹⁷.

As Leis nº 1.521 e 1.522, de 1951, além de confirmarem a repressão das práticas já contidas na Lei Malaia, fomentavam mecanismos de intervenção estatal voltados para o controle de preços. Apesar de sua pequena eficácia, foi fundamental para a aprovação da Lei nº 4.137, de 1962, que se destinava, principalmente, à tutela do consumidor e da livre concorrência, “esta como meio de se corrigir as distorções de mercado criadas pela concentração empresarial e pelos cartéis”¹⁸.

Forgioni destaca que um dos maiores problemas para a concretização pelo CADE do disposto na Lei nº 4.137 “derivou da atuação do Poder Judiciário, agindo para a salvaguarda das garantias individuais dos cidadãos, constitucionalmente asseguradas. Assim, a grande maioria das decisões do CADE acabou por ter seus efeitos suspensos em decorrência de mandados de segurança impe-trados pelas empresas condenadas na esfera administrativa”¹⁹.

14 Ibid., p. 59-60.

15 Ibid., p. 53.

16 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Op. cit., p. 80.

17 “Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso de 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.”

18 GOMES, Carlos Jacques Vieira. Op. cit., p. 61.

19 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 127.

O CADE foi criado em 1962, num contexto em que se objetivava não só o combate à concentração econômica, mas também combater a concorrência desleal, a fraude, o abuso do poder econômico, características que emergiam na economia brasileira à medida que se concretizava o processo de industrialização deflagrado pelo Governo Kubitscheck.

No entanto, a partir da Revolução de 1964, constata-se a existência de um modelo diferente, que objetivava o processo de concentração. As Constituições de 1967 e 1969 tinham como meta principal a segurança do Estado. Além disso, a ordem econômica e social almejava o desenvolvimento nacional e a justiça social. Para tanto, o Estado poderia atuar no domínio econômico ou intervir indiretamente na economia. Foram fixados, pela primeira vez, os princípios gerais condutores da atividade econômica, quais sejam, a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, a função social da propriedade, a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e a repressão ao abuso de poder econômico²⁰.

Assim, a atuação do CADE ficou prejudicada, haja vista que não havia mecanismos eficazes contra a política econômica desenvolvida pelo governo. É somente a partir das décadas de 70 e 80 que o CADE passa a ter uma atuação mais independente, no sentido de efetivamente dar cumprimento à Lei nº 4.137/1962, tendência acentuada a partir de 1990, com a criação da Secretaria Nacional do Direito Econômico²¹.

Finalmente, a Constituição de 1988 estabeleceu as bases de organização do Estado Democrático de Direito, buscando compatibilizar a ideologia liberal com o princípio da justiça social, ressaltado na relação entre o valor social do trabalho e a liberdade de iniciativa econômica²². Ademais, ao estabelecer os princípios que devem permear o conteúdo econômico, destacou os da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, preservação e engrandecimento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa²³.

Nessa Carta Política, o título anteriormente denominado *Da ordem econômica e social* foi desdobrado em dois, que assim foram designados: *Da ordem econômico-financeira* e *Da ordem social*²⁴.

Destaca Forgioni, no entanto, que “o texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato da concorrência ser, entre nós, um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar a

20 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Op. cit., p. 82-84.

21 CAMPOS, Marcus Vinicius de. Op. cit., p. 17-19.

22 GOMES, Carlos Jacques Vieira. Op. cit., p. 48-62.

23 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Op. cit., p. 84-87.

24 NUSDEO, Fábio. Op. cit., p. 203.

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”²⁵. Para isso, o princípio da livre iniciativa deve ser compatibilizado com os princípios de natureza social.

Ademais, de acordo com Vaz, deve-se ter em vista que a Constituição de 1988 não busca apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico. Pretende atingir um modelo eficiente de concorrência, por meio da utilização, se necessário, de regras jurídicas e instituições para esse fim criadas. Elas devem ser capazes de prevenir, apurar e reprimir quaisquer formas consideradas abusivas de poder econômico. Destarte, “no contexto das normas constitucionais onde se insere, a livre concorrência funciona também como uma das diretrizes que se impõem a todos quantos se dedicam ao exercício das atividades econômicas, ao lado da ‘defesa do consumidor’, da ‘função social da propriedade’ e da ‘defesa do meio ambiente’”²⁶.

A Lei nº 8.137/1990 estabeleceu sanções de natureza penal às práticas de exercício abusivo de poder econômico. Já a Lei nº 8.158/1991 visou conferir maior celeridade à apreciação de denúncias envolvendo o descumprimento das normas antitruste.

A Lei nº 8.884/1994 é um marco na defesa da concorrência no Brasil, uma vez que sistematiza o regime jurídico do controle do exercício abusivo de poder econômico tanto em sua vertente repressiva, contra as condutas anticoncorrenciais capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência, como de forma preventiva, submetendo à aprovação pelo CADE os atos e contratos hábeis a produzir qualquer forma de concentração econômica. Ressalta-se que, “entre os escopos antitruste expressamente indicados na Lei nº 8.884/1994, estão a proteção da livre concorrência, da liberdade de iniciativa e do consumidor (art. 1º), da eficiência econômica (art. 54, § 1º, I), do interesse nacional (art. 54, § 2º) e do nível de emprego (art. 58, § 1º)”²⁷.

Do exposto, percebe-se que, em termos de legislação econômica, o Brasil foi marcado por dois momentos. Nos principais períodos de industrialização por substituição de importações, entre a Carta de 1937, do Estado Novo, e a de 1988, da redemocratização, prevaleceu a inclinação para proteção da economia popular. Não poderia ser diferente, uma vez que o País, naquele momento, era marcado pela intervenção direta do Estado na atividade econômica. Num segundo momento, entre o final dos anos 1980 e o Plano Real, houve um período de transição caracterizado por mudanças em direção a um novo modelo de desenvolvimento, com maior exposição à economia mundial. Além disso, diante da ineficácia dos mecanismos de controle de preços como instrumento de

25 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 170.

26 VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 101.

27 GOMES, Carlos Jacques Vieira. Op. cit., p. 62.

combate à inflação (que se acelerara a partir de meados dos anos 80), buscou-se estimular a concorrência entre as empresas, inclusive com a desregulamentação de diversos setores da economia e a desindexação dos preços²⁸.

Tais fatos explicam, em parte, o caráter híbrido da regulação dos mercados que, por um lado, exigia das autoridades brasileiras uma coordenação das expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada e, de outro, promovia reformas liberalizantes com a necessidade de adoção de regras típicas de defesa da concorrência.

Superada a necessidade de estabilizar os preços, que foi alcançada com o Plano Real, foi possível dinamizar a atividade de defesa da concorrência. Assim, a Lei nº 8.884/1994 constitui um marco, uma vez que: (I) restabeleceu o poder de decisão de um conselho técnico como o CADE, restringindo a atuação da Administração Direta à instrução dos processos na SEAE e SDE; (II) conferiu maior grau de autonomia ao CADE ao transformá-lo em autarquia com poder de decisão e mandato de dois anos para seus membros; e (III) introduziu o controle de atos de concentração²⁹.

Tal lei colocou o Brasil em posição de destaque com relação à defesa da concorrência, constituindo um importante fator para o fortalecimento do SBDC a disseminação da cultura antitruste. Nesse sentido, a própria lei contém dispositivos que realçam a importância da promoção das regras concorrenciais ao incluir, entre as atribuições do plenário do CADE, a instrução do público sobre as formas de infração da ordem econômica³⁰.

2 A ATUAL ESTRUTURA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Conforme dito, atualmente, a análise da concorrência no Brasil é feita com uma tripartição de atribuições e competências entre a SEAE, a SDE e o CADE³¹.

A SEAE e a SDE possuem função analítica e investigativa, sendo responsáveis pela instrução dos processos. Assim, a primeira secretaria emite pareceres predominantemente econômicos, enquanto a segunda emite pareceres com maior enfoque jurídico³².

28 OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2-3.

29 *Ibid.*, p. 2-3.

30 “Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

[...]

XVIII – instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;”

31 Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 – Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.

32 A Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 33, de 4 de janeiro de 2006, estabelece a análise conjunta de atos de concentração e de condutas anticompetitivas. Dessa forma, o tempo de análise é reduzido e um único parecer é emitido, abrangendo os aspectos jurídicos e econômicos da operação ou da conduta anticoncorrencial.

O CADE, por sua vez, é a instância julgante, sendo um tribunal administrativo. Suas decisões não comportam revisão pelo Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário.

Nos termos do art. 4º da Lei nº 8.884/1994, “o Plenário do CADE é composto por um presidente e seis conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico, depois de aprovados pelo Senado Federal”. O mandato dos membros do CADE é de dois anos, permitida uma recondução.

A atuação do SBDC divide-se em duas vertentes, nos moldes das demais políticas concorrenciais, quais sejam: (I) controle de estruturas de mercado via apreciação de atos de concentração, ou seja, a vertente preventiva; e (II) a repressão a condutas anticompetitivas, isto é, a vertente repressiva.

A matéria relativa aos atos de concentração é regida pelo art. 54 da Lei nº 8.884/1994, que prevê, *in verbis*:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

[...]

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”³³

Embora a legislação brasileira preveja a notificação prévia, na prática esta regra não tem aplicação. A lei também estabelece um prazo de quinze dias úteis, a partir do primeiro documento vinculativo da operação, para apresentação dela às autoridades antitruste.

No caso, a transação é notificada à SDE, que solicita à SEAE a emissão de parecer primordialmente econômico. Posteriormente, a SDE emite um parecer, com enfoque jurídico³⁴. Daí, encaminham-se os autos ao CADE. Uma vez remetido o processo, a Procuradoria do CADE terá prazo de vinte dias para manifestar-

33 A Súmula nº 1 do CADE restringiu o alcance do faturamento para que seja aplicado apenas ao território brasileiro, como se observa pela leitura da redação literal: “Súmula nº 1: Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei nº 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”.

34 Deve-se ressaltar que, caso seja feita a análise conjunta do ato de concentração, como regra, apenas um parecer será emitido após instrução comum, sendo as suas razões ratificadas pela SDE. Procedimento semelhante é adotado no caso de análise conjunta de processo administrativo por conduta anticoncorrencial.

se sobre a operação. Em seguida, o Ministério Público Federal, embora não tenha prazo regulamentado, emitirá parecer sobre o processo. Caso julgue necessário, o Conselheiro-Relator realizará diligências complementares dispondo, entretanto, do prazo de sessenta dias para o julgamento do processo. Este prazo ficará suspenso enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo solicitados pelo Conselheiro-Relator³⁵.

Assim, incumbirá ao órgão verificar se as operações impõem riscos de prejuízo à livre concorrência e de dominação de mercados, que podem resultar na sua rejeição. Em caso negativo, devem ser aprovadas.

As ações que possam implicar prejuízos à concorrência não são consideradas por si só ilícitas. Se estas operações implicarem o aumento da eficiência econômica ou caso os benefícios dela decorrentes possam ser relevantes ao interesse nacional e ao bem comum, poderão ser aprovadas³⁶. Caso contrário, podem ser aprovadas com restrições ou reprovadas.

No que diz respeito à caracterização de condutas anticoncorrenciais, o sistema da lei brasileira enfoca a análise no objeto ou no efeito. Desse modo, “pouco importa a forma de que se reveste o ato analisado, uma vez que o próprio texto normativo determina a vedação de ‘atos’, sendo estes ‘sob qualquer forma manifestados’. Mais uma vez, bastará a verificação dos efeitos atuais ou potenciais para comprovar a existência da prática vedada”³⁷.

Para que seja contrário à ordem econômica, basta que o ato determine a incidência do art. 20, ou seja: (I) limite, falseie ou, de qualquer forma, prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa; (II) domine mercado relevante de bens e serviços; (III) aumente arbitrariamente os lucros; e (IV) exerça de forma abusiva posição dominante.

O art. 21 enumera vinte e quatro condutas enumeradas que são exemplificativas. As mesmas abrangem “práticas diretas e indiretas contra os concorrentes e manobras para o aumento de preços”³⁸.

Na apuração das condutas anticompetitivas, conforme o caso, a SEAE pode realizar procedimento administrativo com o objetivo de instruir a representação a ser encaminhada à SDE. Esta, a seu turno, pode promover averiguação preliminar ou instaurar diretamente processo administrativo. Ressalte-se que, na

35 A suspensão do prazo também ocorre quando os esclarecimentos e documentos forem solicitados pela SEAE, SDE ou Procuradoria do CADE.

36 Observe-se que a Comunidade Européia utiliza critério semelhante na análise de atos de concentração. Com relação ao controle das concentrações de empresas, o Tratado de Roma não apresenta qualquer disposição expressa sobre essa questão e nem condena a existência de posição dominante, apenas sancionando os abusos cometidos no exercício desta. Para maiores informações, ver CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

37 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 148.

38 BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 125.

análise de condutas anticompetitivas, a manifestação da SEAE é facultativa. O CADE, com base nas informações obtidas, julga se houve ou não configuração de infração à ordem econômica.

Do exposto, nota-se que a Lei nº 8.884/1994 deu mais autonomia ao CADE ao transformá-lo em autarquia. No entanto, a curta duração dos mandatos dos conselheiros é um fator que prejudica a consolidação da jurisprudência, bem como permite uma maior influência política na conformação da defesa da concorrência.

3 O PROJETO DE LEI Nº 3.937/2004

Como visto, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é responsável pela aplicação da política de concorrência no Brasil. A necessidade de uma reforma é, há muito, exaltada pela doutrina e pelos aplicadores da defesa da concorrência. Como resposta a isso, encontra-se em trâmite, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 3.937/2004³⁹ (apensado ao PL nº 5.877/2005), que estrutura o SBDC e dispõe sobre a prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, além de outras providências.

A primeira grande mudança diz respeito à composição do SBDC, hoje dividida entre a SEAE, a SDE e o CADE. A proposta é pela concentração de tarefas em apenas dois órgãos, a SEAE e o CADE.

O CADE, por sua vez, passará a ter composição distinta da hoje apresentada, passando a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. Em linhas gerais, o Tribunal assumirá as competências que hoje cabem ao Plenário do CADE e a Superintendência-Geral da SDE. A vantagem da reunião de atribuições em dois órgãos será a celeridade na análise dos atos de concentração e processos administrativos.

O projeto de lei prevê maior autonomia para o CADE e estabilidade da sua composição com a mudança da duração do mandato dos Conselheiros do CADE. Atualmente, o mandato tem duração de dois anos, com uma possível recondução. No novo modelo, o mandato será de quatro anos, vedada a recondução. Dessa forma, haverá uma menor ingerência política na atuação dos conselheiros. Ademais, um mandato mais longo possibilitará uma maior estabilidade no entendimento jurisprudencial do CADE, trazendo segurança para os administrados.

A estrutura da Procuradoria-Federal no CADE será mantida, assim como a atuação do Ministério Público Federal, com um membro designado pelo Procurador-Geral da República para oficial junto ao CADE.

Considerando a necessidade, muitas vezes presente, de uma análise complexa sobre aspectos econômicos, será criado o Departamento de Estudos

39 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 29 jun. 2007.

Econômicos. O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, entre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico.

O projeto de lei prevê ainda uma redefinição do papel da SEAE, atualmente responsável, juntamente com a SDE, por elaborar pareceres em análises de atos de concentração e condutas anticoncorrenciais. Com a assunção dessas competências pela Superintendência-Geral do CADE, a SEAE concentrará suas atividades na promoção da concorrência, em setores regulados e não-regulados, principalmente por meio da participação nas discussões governamentais para o desenvolvimento de políticas públicas que possam ter impacto sobre as condições de concorrência nos mercados.

Com relação aos atos de concentração, haverá duas importantes mudanças. A primeira diz respeito ao prazo para a apresentação. Hoje, a regra é de que as operações sejam submetidas à análise do SBDC após sua realização, embora a lei preveja a possibilidade de apresentação *a priori*. Sendo adotada a nova regra, todas as operações serão submetidas a controle prévio. Dessa forma, os prejuízos decorrentes de eventual rejeição da operação serão menores e não haverá dificuldades para o retorno ao *status quo ante*⁴⁰.

A segunda importante novidade diz respeito ao critério de subsunção das operações. Deverão ser submetidos ao CADE, pelas partes envolvidas na operação, os atos de concentração 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 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).

Atualmente, são submetidas ao CADE as operações que acarretam 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 no território brasileiro equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). A adoção do novo critério busca delimitar a análise antitruste a operações que possam de fato acarretar algum tipo de preocupação anticoncorrencial a partir da avaliação tanto do faturamento do comprador quanto do vendedor.

Com a restrição do número de atos de concentração submetidos ao SBDC, o resultado será a maior dedicação na apreciação dos processos administrativos para imposição de sanções por infração à ordem econômica. Com

40 Os Estados Unidos são um exemplo bem sucedido das vantagens do modelo de controle prévio dos atos de concentração.

efeito, a prioridade dada à repressão de infrações à ordem econômica parece ser uma tendência mundial, tendo em vista os efeitos nocivos que acarretam à concorrência e ao desenvolvimento.

CONCLUSÃO

A atual legislação antitruste brasileira, conforme visto, representou uma significativa evolução para a consolidação da política de defesa da concorrência. Superada a primeira etapa, é necessário que novos objetivos sejam buscados.

A sociedade, de modo geral, já compreende a importância de uma efetiva política de defesa da concorrência. A partir de agora, para um uso mais apropriado dos recursos disponíveis, é importante que seja utilizado um filtro eficaz, de modo que o enfoque da análise seja voltado para as operações ou práticas anticoncorrenciais que representem dano real à concorrência.

A Súmula nº 1 do CADE, que traz o entendimento consolidado do órgão sobre o critério de faturamento utilizado para operações a serem apresentadas, alcança esse objetivo. O Projeto de Lei nº 3.937/2004 também leva em conta a necessidade de a atenção ser voltada para operações que apresentem riscos à concorrência. Nesse sentido, o referido projeto traz importantes avanços com base nas experiências brasileira e estrangeira, incorporando muitas das críticas feitas pela doutrina.

Com isso, a atenção será voltada para a análise de processos administrativos para apuração de infrações à concorrência, permitindo um resultado mais célere e eficaz entre a verificação da conduta, a sua investigação e a eventual aplicação de sanção. O combate eficaz de práticas anticoncorrenciais em diversos setores trará benefícios para toda a sociedade.

De fato, o cumprimento efetivo da política concorrencial constitui importante fator para o desenvolvimento de um país em longo prazo, pois permite uma maior capacidade de atração do capital externo e confere maior estabilidade à economia. Assim, deve haver uma agenda adequada que garanta a institucionalização da política de defesa da concorrência e sua revisão periódica, a fim de que essa possa se adequar às novas realidades e eventuais problemas que venham a surgir, derivados da própria dinâmica do processo econômico.

O atual estágio da defesa da concorrência no Brasil e sua proposta de reestruturação podem servir ainda como exemplo para a aplicação de normas e sistemas análogos em todo o Mercosul, pois, num contexto atual de formação de blocos econômicos, é importante que os países integrantes do bloco tenham caracterização e tratamento semelhantes com vistas a coibir totalmente essas práticas. Isso permitirá sua integração eficaz e possibilitará um melhor posicionamento do bloco na economia global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.
_____. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o CADE em Autarquia, dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.
_____. *Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001*. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.
_____. *Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 33, de 4 de janeiro de 2006*.
- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo: Atlas, 1997.
- CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CONSIDERA, Claudio Monteiro. Concorrência e desenvolvimento econômico. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/SEAE/arquivos/Artigo_Secretario.PDF>. Acesso em: 13 jan. 2007.
- _____. Uma breve história da economia política da defesa da concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo: IBRAC, v. 9, n. 5. 2002.
- FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- GHEVENTER, Alexandre. Política concorrencial e desenho institucional. *Revista de Direito Econômico*, n. 31, jan./jul. 2000.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: Aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. *Revista Idéias e Debate*, Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.
- SAMPAIO, Ellen; SALGADO, Lucia Helena (Org.). *Defesa da concorrência: a prática brasileira e a experiência internacional*. Brasília: IPEA, 1993.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.