



EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva*

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de apontar desafios e tendências atuais do direito concorrencial a partir da análise da evolução histórica da legislação de defesa da concorrência no Brasil e a formação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com base em revisão documental e análise de dados e estatísticas divulgadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Com base na análise da trajetória legislativa da política de defesa da concorrência no Brasil ao longo dos anos, o estudo buscou estabelecer as possíveis tendências e desafios do direito concorrencial.

Palavras-chave: defesa da concorrência; políticas públicas; evolução legislativa; política de defesa da concorrência; nova lei concorrencial.

LEGISLATIVE EVOLUTION AND PERSPECTIVES FOR THE FUTURE OF COMPETITION LAW IN BRAZIL

Abstract: This study has the objective of outlining the current challenges and trends of competition law based on the analysis of the legislative evolution of the competition policy in Brazil and the formation of the Brazilian System of Competition Defense (SBDC). The research used the deductive method, together with the review of documentation and analysis of data and statistics provided by the Administrative Council for Economic Defense (CADE). Based on the findings on the trajectory of the competition defense policy in Brazil throughout the years, the study has sought to establish the possible challenges and trends of competition law.

Keywords: competition defense; public policy; legislative evolution; competition policy; new competition law

* Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Linha de Pesquisa “Empresa e Atividades Econômicas”). Mestre em Direito pela UCLA School of Law. Membro do grupo de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Endereço na Avenida Ataulfo de Paiva, 1235, 4º andar, Leblon, Rio de Janeiro, RJ, 22240-034. E-mail: ricardovmafra@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

O direito da concorrência é uma das principais formas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico. Originalmente concebido como forma de combater *trusts* e cartéis nos Estados Unidos da América, no final do século XIX (vide Sherman Act de 1890), no Brasil a matéria deu os seus primeiros passos na década de 1930.

O presente trabalho tem o objetivo de apontar desafios e tendências atuais do direito concorrencial a partir da análise da evolução histórica da legislação de defesa da concorrência no Brasil e da formação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

Para este fim, serão analisadas as legislações anteriores à Lei nº 8.884/1994, que deram origem ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e estabeleceram alguns dos fundamentos da Lei nº 12.529/2011, atualmente em vigor. Em seguida, será analisada a Lei nº 8.884/1994, que incluiu a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”) no SBDC e foi responsável por viabilizar importantes avanços no direito concorrencial brasileiro. Por fim, serão abordadas as recentes mudanças trazidas pela Lei nº 12.529/2011 e seus impactos no SBDC e na aplicação do direito concorrencial, com o objetivo de apontar possíveis desafios e tendências para o futuro da defesa da concorrência.

O método de pesquisa será dedutivo, com base em revisão documental e análise de dados e estatísticas divulgadas pelo CADE. Assim, o estudo buscará estabelecer as possíveis tendências do direito da concorrência a partir de sua evolução legislativa e de sua efetivação ao longo do tempo. Espera-se que a análise possa servir como contribuição para indicar uma forma de aplicação mais eficiente da política de defesa da concorrência nos próximos anos.

2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 8.884/1994

O direito da concorrência passou a ganhar maior relevância e destaque no cenário jurídico nacional com o advento da Lei nº 8.884/1994, que transformou o CADE em autarquia federal independente e o posicionou no centro de uma estrutura estatal de regulação e supervisão econômica criada no contexto do Plano Real. No entanto, antes desta lei, outras normas já haviam tratado do tema da defesa da concorrência.



Em um dos mais completos estudos sobre o histórico das normas de defesa da concorrência no Brasil, Paula Forgioni destacou alguns dos principais marcos constitucionais e legislativos do direito concorrencial (FORGIONI, 2012, p. 94-120).

O primeiro destes marcos foi a Constituição de 1934, que em seu artigo 115 dispôs sobre a liberdade de iniciativa, um dos pilares da defesa da concorrência, com a seguinte redação: “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”. Ainda que condicionada, a liberdade econômica fazia sua primeira aparição em uma constituição brasileira.

Em seguida, a liberdade econômica foi objeto da Constituição de 1937, embora em contexto autoritário. A Constituição de 1937 concedeu ao Estado, em seu artigo 135, a prerrogativa de limitar a liberdade econômica para “introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”, podendo a intervenção estatal revestir-se da “forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

Em 1938, foi promulgada a primeira norma infraconstitucional a abordar questões concorrenciais. O Decreto-lei nº 869/1938 definiu os crimes contra a economia popular, reprimindo, por exemplo, a destruição de produtos para causar aumento de preços (art. 2º, I), abandonar lavouras e plantações ou suspender serviços e atividades em troca de indenização por não concorrência (art. 2º, II), promover ou participar de convênios, consórcios ou outras formas de conluio com o fim de impedir ou dificultar concorrência e causar aumento arbitrário de lucros (art. 2º, III), reter ou açambarcar matérias primas (art. 2º, IV), vender mercadorias abaixo de custo (art. 2º, V), exercer funções administrativas em “mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio” para dificultar concorrência (art. 2º, VI), dentre outros.

No ano de 1945, por sua vez, testemunhou-se a primeira norma administrativa a respeito da defesa da concorrência. O Decreto-lei nº 7.666/1945, também denominada “Lei Malaia”, em função de ter sido resultado de projeto elaborado por Agamemon Magalhães, imbuído de forte viés nacionalista e revogado em 9 de novembro de 1945 pelo Decreto-lei nº 8.167/1945, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (precursora do CADE), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República (art. 19, caput), que tinha, dentre suas prerrogativas, “julgar a existência ou inexistência, em cada caso



concreto que lhe for presente de atos ou práticas contrários aos interesses da economia nacional, ou nocivos ao interesse público, ou da coletividade” (art. 21, “a”).

No ano seguinte à promulgação (e revogação) da Lei Malaia, a Constituição de 1946 estabeleceu, em seu artigo 148, a determinação de que “a lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico” que tivesse como fim “dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

No ano de 1951, promulgou-se nova lei a respeito de crimes contra a economia popular. A Lei nº 1.521/1951 dispôs sobre os crimes contra a economia popular e repetiu a definição de alguns dos ilícitos introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro no Decreto-lei nº 869/1938.

A primeira lei a estruturar de forma mais sofisticada a defesa da concorrência foi promulgada na década de 1960. A Lei nº 4.137/1962 foi resultado de projeto originalmente elaborado por Agamemon Magalhães e posteriormente resgatado por seu filho, Paulo Magalhães. A lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e foi a primeira lei a dispor sobre o direito da concorrência de forma mais sistemática e coerente.

O último diploma relevante a respeito do direito concorrencial antes da Lei nº 8.884/1994 foi a Lei nº 8.158/1991, que atribuiu à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE, precursora da Secretaria de Direito Econômico, a SDE) a prerrogativa 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” que fossem capazes de afetar a concorrência (conforme artigo 1º da lei).

Além destes marcos destacados por Paula Forgioni, cumpre ressaltar também: (i) a Constituição de 1967, que em seu artigo 157 elevou à condição de princípio constitucional a liberdade de iniciativa (art. 157, I) e a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (art. 157, VI); (ii) Emenda Constitucional nº 1/1969, também chamada de Constituição de 1969, que manteve a livre iniciativa e repressão ao abuso de poder econômico como valores constitucionais (art. 160, I e V); e (iii) Constituição de 1988, que introduziu a livre concorrência como valor constitucional (art. 170, IV), assim como manteve como valores constitucionalmente protegidos a livre iniciativa (art. 170, parágrafo único) e a repressão ao abuso de poder econômico (art. 173, §4º).

Interessante notar que a história legislativa do direito da concorrência se confunde com a história legislativa do próprio direito comercial no Brasil. Por exemplo, o Decreto nº 869/1938



não definiu apenas ilícitos concorrenciais, tendo atribuído caráter ilícito também a outras condutas que até hoje são consideradas ilegais no direito comercial brasileiro, como a manipulação de mercado (art. 2º, VI), o fornecimento de informações falsas em prospectos e anúncios a respeito de subscrição ou venda de títulos, ações ou quotas (art. 2º, VII) e gestão fraudulenta de instituições financeiras (art. 2º, IX). Outro aspecto interessante, apontado por Paula Forgioni (2012, p. 105), diz respeito ao artigo 1º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 7.666/1945, que, quase sessenta anos antes da promulgação da Lei nº 10.406/2002, já definia com certa precisão técnica o conceito de empresa, embora ainda sob um viés subjetivo, determinando que “a palavra ‘empresã’ abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos”.

Em função do histórico das normas de defesa da concorrência no Brasil, Forgioni nota que “o antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência”, mas sim como “repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor” (FORGIONI, 2012, p. 99).

3 A LEI Nº 8.884/1994 E A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL

A Lei nº 8.884/1994 pode ser considerada como o marco inicial do direito da concorrência no Brasil, embora tenha sido precedida por diversas outras normas. São quatro as razões que sustentam essa afirmação: (i) até a década de 1990, com a abertura do mercado brasileiro promovida pelo Plano Real, não era possível se falar efetivamente de concorrência no Brasil, tendo em vista a forte intervenção do Estado na economia, controle de preços, proteção à indústria nacional e altos índices de inflação (BAPTISTA; MACHADO, 2015, p. 404); (ii) durante sua vigência, a Lei nº 4.137/1962 experimentou apenas “surto” de vigência (FORGIONI, 2012, p. 119-120); (iii) até o advento da Lei nº 8.884/1994, as normas de direito da concorrência eram muitas vezes utilizadas para fins políticos, como instrumento de proteção do mercado nacional contra estrangeiros, como foi o caso do Decreto-lei nº 7.666/1945 (FORGIONI, 2012, p. 101-104), ou mesmo como instrumento de pressão do governo, como no caso da Lei nº 8.158/1991 (FORGIONI, 2012, p. 121); e (iv) a Lei nº 8.884/1994 conferiu maior sistematicidade e coerência ao direito da concorrência.



Pode-se destacar alguns “eixos” fundamentais da Lei nº 8.884/1994, que serviram de base para a política de defesa da concorrência durante toda a sua vigência:

O primeiro eixo refere-se aos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994, que dispuseram sobre as condutas anticompetitivas. O artigo 20 as definia em abstrato, caracterizando como infração os atos manifestados sob qualquer forma e independentemente de culpa, que tivessem por objetivo alcançar ou pudessem produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

O artigo 21, por sua vez, apresentava um rol não exaustivo de condutas anticoncorrenciais, listando práticas colusivas, como o cartel, e práticas unilaterais, a exemplo da recusa de venda, discriminação adquirentes e fornecedores, fechar mercados, criar dificuldades ao funcionamento de concorrentes, dentre outras.

Outro eixo importante da Lei nº 8.884/1994 diz respeito ao artigo 35-A (incluído pela Lei nº 10.149/2000), que conferiu à Advocacia Geral da União, por solicitação da SDE, requerer ao Poder Judiciário “mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física”. Esse mecanismo foi utilizado com frequência na investigação de cartéis.

O artigo 35-B (incluído pela Lei nº 10.149/2000) da Lei nº 8.884/1994, por sua vez, introduziu no ordenamento jurídico, de forma pioneira, o Acordo de Leniência, por meio do qual a União, representada pela SDE, poderia conceder a um investigado a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, desde que de sua colaboração resultasse: “I - a identificação dos demais coautores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

O artigo 54 exercia papel importante na Lei nº 8.884/1994. Este dispositivo introduziu no ordenamento brasileiro, de forma inédita, o controle de estruturas, estabelecendo a obrigação de os agentes econômicos apresentarem ao CADE, no prazo de 15 (quinze) dias úteis após a sua realização, “[o]s 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”. Como se visto ao longo deste trabalho, o controle de estruturas permanece, até os dias atuais, como uma das mais relevantes ferramentas do direito concorrencial.



Além das mudanças de substância, a Lei nº 8.884/1994 também provocou grandes modificações no desenho institucional dos órgãos de defesa da concorrência. Adicionalmente ao CADE, conferiu-se papel de destaque à SDE, sucessora da SNDE, ao Ministério Público Federal perante o CADE, bastante atuante em casos de cartel, e à Procuradoria do CADE (ProCADE). Embora a SEAE tenha merecido apenas uma menção, no artigo 38, o órgão também teve atuação marcante, utilizando sua especialidade econômica para dar pareceres sobre os processos julgados pelo CADE.

A multiplicidade de órgãos deu origem à denominação informal de “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, expressão que posteriormente foi adotada pela Lei nº 12.529/2011. Embora esse novo desenho institucional demonstrasse a maturidade do direito da concorrência, ele também gerava inconvenientes, com sobreposição de competências. Para harmonizar suas atuações, a SDE e SEAE celebraram, em 4 de janeiro de 2006, a Portaria Conjunta nº 33/2006, por meio da qual se convencionou que: (i) a SDE se dedicaria à instrução de casos de condutas anticompetitivas, emitindo, ao final da instrução, parecer ao CADE, o qual seria corroborado pela SEAE; e (ii) a SEAE se dedicaria à instrução de atos de concentração, emitindo, ao final da instrução, parecer ao CADE, o qual seria corroborado pela SDE.

A Lei nº 8.884/1994 permitiu a sofisticação da aplicação do direito da concorrência. Durante a sua vigência, foram emitidos os seguintes documentos delineando entendimentos de órgãos do SBDC ou estabelecendo orientações: (i) Resolução nº 20/1999 do CADE, que dispôs sobre a análise de condutas anticompetitivas; (ii) Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, que aprovou o primeiro Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal; e (iii) Cartilhas elaboradas pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica, da SDE, sobre temas afeitos ao direito da concorrência (inclusive uma cartilha voltada ao público em geral, em forma de história em quadrinhos da Turma da Mônica elaborada por Maurício de Sousa)¹.

Adicionalmente aos avanços legislativos, foi na vigência da Lei nº 8.884/1994 que o CADE julgou alguns de seus mais importantes casos.

Com relação a atos de concentração, pode-se destacar os seguintes casos como marcos do direito concorrencial durante a vigência da Lei nº 8.884/1994:

¹ Vide: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Documentos da antiga lei**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei>>. Acesso em 6 de setembro de 2018.

Tabela 1 – Principais atos de concentração julgados na vigência da Lei nº 8.884/1994

Caso	Relevância	Julgamento	Resultado
Ato de concentração nº 0027/1995 (caso Kolynos – Colgate).	Aquisição da Kolynos pela Colgate. Concentração elevada no mercado de pasta de dente.	18/09/1996	Aprovação mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho (“TCD”).
Ato de concentração nº 08012.005846/1999-12 (caso Ambev).	Operação que gerou grande concentração no mercado nacional de cerveja.	29/03/2000	Aprovação mediante assinatura de TCD.
Ato de concentração nº 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé – Garoto).	Aquisição da Garoto pela Nestlé. Primeiro ato de concentração reprovado pelo CADE.	04/02/2004	Reprovação.
Ato de concentração nº 08012.011303/2008-96 (caso Itaú – Unibanco).	Fusão do Itaú com o Unibanco. Discussão sobre a competência do CADE para analisar operações do sistema financeiro.	15/04/2009	Aprovação sem restrições.
Ato de concentração nº 08012.001383/2007-91 (caso Mate Leão – Coca-Cola).	Aquisição do Matte Leão pela Coca-Cola. Assinatura de Acordo de Preservação para Reversibilidade da Operação (“APRO”).	17/06/2009	Aprovação mediante assinatura de TCD.



Caso	Relevância	Julgamento	Resultado
Ato de concentração nº 53500.012487/2007 (caso Telécom Itália – Telco).	Aquisição de participação minoritária da Telecom Itália pela Telco. Aprofundamento da discussão acerca da influência relevante.	28/04/2010	Aprovação mediante assinatura de TCD.
Ato de concentração nº 08012.002467/2008-22 (caso Polimix).	Aquisição, pela Polimix, de ativos da Tupi. Reprovação da operação em razão de influência relevante de grandes cimenteiras.	06/10/2010	Reprovação.
Ato de concentração nº 08012.004423/2009-18 (caso Sadia – Perdigão).	Fusão da Sadia e Perdigão, com a criação da BR Foods. Grande concentração de mercado e assinatura de APRO.	13/07/2011	Aprovação mediante assinatura de TCD.

Fonte: Elaboração própria.

Além dos atos de concentração, foi também na vigência da Lei nº 8.884/1994 que foram julgados alguns dos mais relevantes processos administrativos a respeito de práticas anticompetitivas. Estes casos foram julgados ao longo dos anos 2000 e, em muitos deles, a utilização de instrumentos criados pela Lei nº 10.149/2000 (mandados de busca e apreensão, conforme artigo 35-A, e Acordo de Leniência, conforme artigo 35-B) foram essenciais para a instrução do processo e obtenção de provas. Os seguintes casos se destacam:

Tabela 2 – Principais processos administrativos julgados na vigência da Lei nº 8.884/1994



Caso	Relevância	Julgamento	Resultado
Processo administrativo nº 08012.002127/2002-14 (cartel das britas).	Primeira busca e apreensão da história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.	13/07/2005	Condenação.
Processo administrativo nº 08012.004086/2000-21 (cartel do aço).	Um dos primeiros casos de cartel clássico investigado e condenado pelo CADE.	23/09/2005	Condenação.
Processo administrativo nº 08012.004599/1999-18 (cartel das vitaminas).	Cartel internacional, no qual o CADE trabalhou em coordenação com órgãos de defesa da concorrência de outras jurisdições.	14/02/2007	Condenação.
Processo administrativo nº 08012.001826/2003-10 (cartel dos vigilantes)	Primeiro Acordo de Leniência feito pelo CADE.	24/10/2007	Condenação.
Processo administrativo nº 08012.010932/2007-18 (cartel internacional no mercado de mangueiras marítimas).	Assinatura do primeiro Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) com confissão de culpa.	27/08/2008	Assinatura de TCC com a Bridgestone Corporation assinado em 27 de agosto de 2008.
Processo administrativo nº 08012.000820/2009-11 (cartel dos compressores herméticos).	Investigação de cartel internacional, em cooperação com órgãos de defesa da concorrência de outras jurisdições.	30/09/2009	Assinatura de TCC com a Brasmotor S.A., Whirlpool S.A., Whirlpool



Caso	Relevância	Julgamento	Resultado
			S.A. – Unidade de Negócios Embraco e pessoas físicas a elas relacionadas, assinado em 30 de setembro de 2009.
Processo administrativo nº 08012.009888/2003-70 (cartel dos gases).	Maior multa aplicada a empresas condenadas por formação de cartel (mais de R\$2 bilhões em multa).	18/08/2010	Condenação.
Processo administrativo nº 08012.004484/2005-51 (caso Siemens).	Caso de convite à cartelização.	18/08/2010	Condenação.
Processo administrativo nº 08012.004283/2000-40 (caso Box 3).	Primeira condenação por <i>sham litigation</i> .	15/12/2010	Condenação.
Averiguação preliminar nº 08012.002673/2007-51 (caso ANFAPE).	<i>Leading case</i> sobre abuso de direitos de propriedade intelectual com efeitos anticompetitivos.	15/12/2010	Conversão da averiguação preliminar em processo administrativo e prosseguimento das investigações.

Fonte: Elaboração própria.



Não obstante os diversos avanços promovidos pela Lei nº 8.884/1994, alguns problemas foram se revelando ao longo dos anos, especialmente com relação ao controle de estruturas. A redação demasiadamente ampla do artigo 54, conjugada com o baixo requisito de faturamento bruto de grupo econômico para caracterizar a submissão obrigatória do ato ao CADE (R\$400 milhões, conforme artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/1994), fazia com que centenas de atos de concentração fossem notificados todos os anos, criando um imenso estoque de processos.

No ano de 2010, por exemplo, o CADE julgou 660 (seiscentos e sessenta) atos de concentração, enquanto julgou apenas 20 (vinte) processos administrativos, 57 (cinquenta e sete) averiguações preliminares, 13 (treze) embargos declaratórios e 15 (quinze) procedimentos de outras naturezas (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2010, p. 109).

Muitos dos atos de concentração submetidos ao CADE eram considerados simples. Dos 660 (seiscentos e sessenta) atos de concentração julgados pelo CADE em 2010, 498 (quatrocentos e noventa e oito), ou 75,5% (setenta e cinco vírgula cinco por cento) do total foram analisados pelo procedimento sumário, reservado aos casos menos complexos e sem ameaça à concorrência (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2010, p. 113). O tempo de análise destes atos era, em média, 41 (quarenta e um) dias, com apenas 3 (três) atos de concentração tendo demorado mais de 1 (um) ano para serem analisados (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2010, p. 114).

Dentre os atos de concentração conhecidos pelo CADE em 2010, 95,4% (noventa e cinco vírgula quatro por cento) foram aprovados sem restrições, 4,4% (quatro vírgula quatro por cento) foram aprovados com restrições e apenas 0,2% (dois décimos por cento) foram reprovados (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2010, p. 116).

A grande quantidade de atos de concentração analisados pelo CADE dificultava que o órgão se dedicasse à análise de condutas anticompetitivas. Dos 20 (vinte) casos julgados em 2010, apenas 4 (quatro) resultaram em condenação (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2010, p. 131). O tempo médio de análise destes casos foi de 567 (quinhentos e sessenta e sete) dias, sendo que 4 (quatro) deles demoraram mais de 2 (dois) anos para serem julgados (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2010, p. 134).

Além do grande número de atos de concentração gerado pela amplitude do texto do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994, outro problema fazia-se sentir na prática: os atos de



concentração podiam ser implementados antes da aprovação do CADE, o que dificultava posterior reprovação ou imposição de restrições à implementação da operação.

O caso emblemático foi a fusão entre Sadia S.A. e Perdigão S.A., que gerou a BRF². Após um voto de quase 500 (quinhentas) páginas, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, então relator do caso, votou pela reprovação da operação, apontando concentração alta em diversos mercados, que em alguns casos chegava a alcançar 90% (noventa por cento) de participação de mercado. O voto restou vencido, no entanto, tendo prevalecido o voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, que defendeu a aprovação da operação com restrições (mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho).

Após quase duas décadas de vigência da Lei nº 8.884/1994, estava claro que era necessário fazer mudanças na legislação, especialmente quanto ao ambiente institucional, de modo a conferir mais eficiência ao direito da concorrência.

4 A LEI Nº 12.529/2011 E A SOFISTICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL

A Lei nº 12.529/2011 surgiu a partir das discussões em torno do Projeto de Lei nº 3.937/2004 da Câmara dos Deputados. As motivações principais para a nova lei foram a deficiência material e institucional do SBDC e os problemas gerados pela análise posterior de atos de concentração (BRASIL, 2004, p. 8 e 9)³. Em resposta a esses problemas, a lei introduziu

² CADE, ato de concentração nº 08012.004423/2009-18, Rel. Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, aprovado com restrições em 13 de julho de 2011.

³ Vide a justificação do Projeto de Lei nº 3.937/2004: BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 3.937/2004**. Altera a Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que “transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em 30 de abril de 2018. Um dos fundamentos do Projeto de Lei nº 3.937/2004 foi o Documento de Trabalho nº 26 da SEAE, SDE e CADE, que determinou (2002, p. 4): “A estrutura atual do SBDC compreende a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. A SEAE e a SDE são os órgãos encarregados da instrução dos processos, enquanto o CADE é a instância julgante administrativa. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário. 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 o custo 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. Já os recursos materiais e humanos disponíveis aos órgãos integrantes do SBDC são absolutamente insuficientes para fazer frente às suas atribuições, principalmente no que concerne à instrução dos processos. Tal atividade é eminentemente complexa e dispendiosa, notadamente nos casos de investigações atinentes à prática de cartel, infração que costuma ser de difícil detecção. Ademais, a inexistência de planos de carreira e remuneração adequada aos funcionários torna inviável a formação e a manutenção de quadros de profissionais bem preparados”.



diversas modificações ao SBDC, com o intuito de conferir maior eficiência ao funcionamento do sistema.

Uma das principais mudanças foi a incorporação da SDE pelo CADE, que passou a ser composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (órgão colegiado, responsável pelo julgamento dos casos de competência do CADE), pela Superintendência-Geral (órgão responsável pela instrução dos casos de competência do CADE) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (órgão consultivo, responsável por emitir pareceres à Superintendência-Geral e ao Tribunal)⁴. O CADE também recebeu as atribuições da SEAE, que passou a ser dedicada exclusivamente (na seara concorrencial) à advocacia da concorrência⁵.

Outra relevante mudança introduzida pela Lei nº 12.529/2011 foi a instituição da análise prévia de atos de concentração, ficando as partes proibidas de implementar o ato antes da aprovação pelo CADE (artigo 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011). Além disso, a nova lei limitou as hipóteses de atos passíveis de notificação ao CADE (artigo 90 da Lei nº 12.529/2011) e alterou os critérios de faturamento bruto dos grupos econômicos das partes⁶. Estas alterações tiveram o objetivo de reduzir o número de atos de concentração notificados ao CADE, de modo que apenas os atos mais relevantes fossem apresentados à autarquia.

Algumas omissões da Lei nº 12.529/2011 foram corrigidas posteriormente por meio de resoluções emitidas pelo CADE. As regras específicas a respeito da submissão de atos de concentração (como calcular faturamento bruto dos grupos econômicos, quais informações submeter, quais atos são passíveis de análise pelo procedimento sumário etc.) foram dispostas pela Resolução nº 2/2012 do CADE. Da mesma forma, a notificação de contratos associativos (artigo 90, IV, da Lei nº 12.529/2011), que causou grande dúvida nos primeiros anos de aplicação da lei, foi objeto de regulamentação por meio da Resolução nº 17/2016.

Um terceiro tópico que demandou regulamentação pelo CADE foi o Acordo em Controle de Concentração, que veio a substituir o Termo de Compromisso de Desempenho da Lei nº 8.884/1994. O artigo 92 da Lei nº 12.529/2011, que previu o acordo, foi vetado pela

⁴ Artigos 5º ao 18 da Lei nº 12.529/2011.

⁵ Artigo 19 da Lei nº 12.529/2011. Posteriormente, a SEAE foi extinta pelo Decreto nº 9.266/2018, dando lugar, no âmbito concorrencial, à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac).

⁶ Os critérios de faturamento bruto passaram a ser de R\$400 milhões para um grupo e R\$30 milhões para outro grupo, conforme artigo 88, I e II, alterado para R\$750 milhões e R\$ 75 milhões, respectivamente, por meio da Portaria Interministerial nº 994/2012 do Ministério da Fazenda e do Ministério da Justiça, conforme permitido pelo artigo 88, §1º, da Lei nº 12.529/2011.



Presidência da República, que considerou o texto legal muito restritivo à utilização do acordo⁷. Percebe-se que o veto não foi pautado em ilegalidade ou inconstitucionalidade do Acordo em Controle de Concentração, mas sim na restrição de seu uso. Por este motivo, não obstante o veto presidencial, o CADE decidiu dispor sobre o acordo em seu Regulamento Interno (atualmente regido pela Resolução nº 20/2017), na forma do artigo 165.

O problema da disparidade do número de atos de concentração e de processos administrativos julgados pelo CADE, que existia na vigência da Lei nº 8.884/1994, permanece sob a vigência da Lei nº 12.529/2011. No relatório sobre as atividades do ano de 2017, o CADE divulgou que julgou 378 (trezentos e setenta e oito) atos de concentração, enquanto 75 (setenta e cinco) processos administrativos foram julgados no mesmo período (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 2).

No entanto, ao analisar estes números de forma mais detalhada, percebe-se que o desenho institucional do novo SBDC tratou de amenizar o problema. A maior parte dos atos de concentração são aprovados pela Superintendência-Geral, permitindo que o Tribunal do CADE, órgão colegiado, dedique-se apenas aos casos mais relevantes.

De acordo com a Lei nº 12.529/2011, o Tribunal do CADE analisa apenas os atos de concentração: (i) impugnados pela Superintendência-Geral (artigo 57, II); (ii) impugnados por terceiros interessados ou agências reguladoras, no caso de mercados regulados (artigo 65, I); e (iii) avocados por um dos Conselheiros que compõem o Tribunal do CADE (artigo 65, II). Assim, são poucos os atos de concentração que efetivamente chegam à análise do Tribunal do CADE. Via de regra, são casos complexos, capazes de gerar danos ao mercado.

Para fins de comparação, em 2013, o Tribunal do CADE julgou 104 (cento e quatro) atos de concentração, sendo que 3 (três) foram reprovados e 47 (quarenta e sete) sofreram restrições. Juntos, os atos de concentração reprovados e aprovados com restrições em 2013 representaram 48,07% (quarenta e oito vírgula zero sete por cento) do total de atos analisados pelo Tribunal.

Em 2017, no entanto, apenas 13 (treze) atos de concentração foram julgados, dos quais 3 (três) foram reprovados e 5 (cinco) sofreram restrições. Juntos, os atos de concentração reprovados e aprovados com restrições em 2017 representaram 61,53% (sessenta e um vírgula

⁷ A razão do veto foi disposta da seguinte maneira: “[o]s dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica” (BRASIL, 2011).



cinquenta e três por cento) do total de atos analisados pelo Tribunal (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 7).

A principal explicação para a forte queda no número de atos de concentração analisados pelo Tribunal do CADE refere-se à redução da quantidade de atos de concentração regidos pelo rito da Lei nº 8.884/1994. Sob o antigo diploma, todos os atos de concentração, inclusive aqueles com recomendação de aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral, deviam necessariamente serem submetidos ao Plenário do CADE, que passou a ser representado pelo Tribunal.

Ao analisar o número de casos julgados pelo CADE em 2017, percebe-se que há um equilíbrio entre atos de concentração e processos administrativos julgados pelo Tribunal do CADE. Enquanto 13 (treze) atos de concentração foram julgados em 2017, neste mesmo ano foram julgados 13 (treze) processos administrativos, homologados 75 (setenta e cinco) requerimento de Termos de Compromisso de Cessação e analisadas 16 (dezesesseis) propostas de Acordos de Leniência (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 18-25).

Percebe-se, portanto, que a Lei nº 12.529/2011 permitiu ao Tribunal do CADE dedicar-se de forma mais detida aos processos administrativos sobre condutas anticoncorrenciais, o que pode explicar: (i) o aumento de contribuições pecuniárias em Termos de Compromisso de Cessação, de R\$101.671.132,00 em 2012, para R\$845.772.486,00 em 2017; (ii) o aumento do número de Termos de Compromisso de Cessação homologados, de 5 (cinco) em 2012, para 70 (setenta) em 2017; e (iii) o aumento do número de Acordos de Leniência celebrados (incluindo “Leniência Plus”, celebrada quando já há uma leniência vigente no caso), de 10 (dez) em 2012, para 33 (trinta e três) em 2017 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 16-25).

Neste mesmo período (de 2012 a 2017), o número de condenações impostas pelo Tribunal do CADE demonstra uma tendência de queda; após um pico de 39 (trinta e nove) condenações em 2015, em 2017 houve apenas 9 (nove) condenações (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 18). Da mesma forma, as multas



aplicadas foram reduzidas de um pico de R\$3.321.733.616,00⁸, em 2014, para R\$95.896.204,00 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 19).

Pode-se afirmar que há uma aparente correlação entre o número de condenações aplicadas pelo CADE e o aumento subsequente no número de requerimentos de Termos de Compromisso de Cessação; em outras palavras, quanto mais o CADE condena, mais incentivos os agentes têm para requerer a celebração de Termos de Compromisso de Cessação. Essa correlação fica clara no seguinte gráfico:

Gráfico 1 – Comparação entre multas em processos administrativos e contribuições pecuniárias em Termos de Compromisso de Cessação



Fonte: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 21.

Em suma, é possível dizer que, até o momento, a Lei nº 12.529/2011 tem alcançado os fins para os quais foi elaborada, quais sejam: (i) dar mais eficiência ao SBDC, evitando duplicidade de tarefas; (ii) permitir maior foco em atos de concentração complexos; e (iii) viabilizar atuação mais intensa em âmbito de repressão a condutas anticompetitivas.

5 DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

⁸ Este número é explicado pelas multas aplicadas pelo CADE aos membros de cartel no mercado de cimentos (CADE, processo administrativo nº 08012.011142/2006-79, Rel. Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani Luis, jul. 28 de maio de 2014), que, somadas, totalizaram aproximadamente R\$3 bilhões.



Os números não mentem: o direito da concorrência ficou mais eficiente com o advento da Lei nº 12.529/2011. Mas, ainda que a visão quantitativa seja promissora, uma análise qualitativa ainda evidencia alguns desafios.

O primeiro desafio que pode ser apontado diz respeito à aplicação de remédios concorrenciais em atos de concentração.

Os chamados remédios concorrenciais são obrigações de fazer ou não fazer impostas de forma unilateral pelo CADE às partes de ato de concentração ou negociada com as partes de um ato de concentração e a autarquia. Remédios concorrenciais, por essência, limitam a propriedade privada e a livre iniciativa, pois permitem que o CADE modifique a vontade original das partes.

São diversos os remédios que o CADE pode impor as partes de um ato de concentração nos termos do artigo 61, §2º, da Lei nº 12.529/2011, como: (i) venda de ativos; (ii) reorganização societária; (iii) alienação de controle; (iv) separação jurídica ou contábil de sociedades; (v) licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e (vi) qualquer outro ato ou providência que seja necessário à neutralização dos efeitos anticompetitivos.

Em razão do impacto dos remédios concorrenciais na propriedade privada e na vontade das partes, sua utilização deve observar uma dosimetria ótima. Dentre as regras aplicáveis à dosagem dos remédios, pode-se citar: (i) o remédio deve ser claro e preciso; (ii) o dano a ser remediado deve ser demonstrado; (iii) o remédio deve ser apto a sanar o dano; (iv) deve-se avaliar possíveis externalidades do remédio; (v) o remédio não deve ser sanção; (vi) o remédio deve levar em consideração o mercado que afetará; (vii) deve-se avaliar a eficácia do remédio com base em experiências passadas e seus custos; (viii) o remédio deve representar a mínima restrição possível; (ix) deve-se considerar a possibilidade de flexibilização do remédio; e (x) o remédio não deve ser instrumento de persecução de objetivos outros que não sejam a proteção da livre concorrência (e.g. política industrial) (OLIVEIRA, 2011, p. 24-25).

Alguns casos julgados pelo CADE demonstram uma forma de utilização dos remédios concorrenciais que, se adotada, pode gerar distorções no mercado. A título de exemplo, no ato de concentração nº 08700.006185/2016-56 (concentração entre Kroton e Estácio), propôs-se remédios baseados em metas de qualidade e medidas comportamentais de caráter de “responsabilidade social”. Além de os remédios propostos possivelmente extrapolarem a



competência do CADE, a finalidade de alguns dos remédios claramente não era de manutenção da concorrência. Os remédios não foram aplicados, no entanto, pois a operação foi reprovada.

No ato de concentração nº 08700.006444/2016-49 (compra da Alesat pela Ipiranga), por sua vez, o CADE deixou de utilizar remédios. Embora as partes tenham tentado negociar um acordo com o CADE, a autarquia mostrou-se inflexível e resolveu reprovar a operação. Neste caso específico, a questão não foi o remédio aplicado, mas o fato de que nenhum remédio proposto foi aceito pelo CADE. Embora a união da Alesat e Ipiranga fosse causar concentração adicional em mercado já bastante concentrado (distribuição de produtos derivados do petróleo), a operação criaria um concorrente à altura do líder de mercado, a BR Distribuidora, que poderia passar a sofrer contestação ao seu poder de mercado.

Assim, o CADE terá que desenvolver a sua jurisprudência nos próximos anos no sentido de se buscar uma dosimetria ótima dos remédios concorrenciais que, ao mesmo tempo: (i) seja capaz de neutralizar os efeitos danosos do ato de concentração sobre a concorrência; e (ii) não gere distorções desnecessárias no mercado, tampouco afete a liberdade de iniciativa das partes de forma excessiva.

Outro desafio que deverá ser enfrentado pelo CADE diz respeito à utilização de Termos de Compromisso de Cessação em processos administrativos sobre condutas anticompetitivas. As estatísticas demonstram que o uso deste instrumento tem se intensificado nos últimos anos, tendo causado, como consequência, uma diminuição das condenações em processos administrativos.

Esta situação dá ensejo a três preocupações: (i) a utilização recorrente do Termo de Compromisso de Cessação pode tornar previsível a punição a atos anticompetitivos, permitindo, em tese, que os agentes econômicos se antecipem a este custo; (ii) a realização de acordos faz com que o CADE não analise a fundo a conduta, debilitando a jurisprudência no longo prazo; e (iii) a dosimetria da contribuição pecuniária em sede de Termo de Compromisso de Cessação pode não ser a ideal, visto que, a depender da etapa de instrução do processo, os fatores que impactam diretamente a dosimetria da sanção concorrencial podem não ter sido analisados (os fatores são, segundo o artigo 45 da Lei nº 12.529/2011, a gravidade da infração, a boa fé do infrator, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, a situação econômica do infrator e a reincidência).



Portanto, o CADE terá o desafio de conciliar, nos próximos anos, a necessidade de celeridade e eficiência na resolução de casos envolvendo condutas anticoncorrenciais, que é atendida pela utilização do Termo de Compromisso de Cessão, com a necessidade de se construir uma jurisprudência robusta e reduzir incentivos ao cometimento de infrações, objetivos que, a longo prazo, podem não ser alcançados com o uso frequente de acordos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho analisou a evolução legislativa, percorrendo as normas promulgadas desde o começo do Século XX até a Lei nº 12.529/2011, que estabeleceu um novo marco legal para a política de defesa da concorrência.

Com base na análise da evolução do direito concorrencial no Brasil, é possível chegar às seguintes conclusões: (i) as normas que antecederam a Lei nº 8.884/1994 ajudaram a moldar o direito da concorrência como atualmente posto no Brasil; (ii) foi na vigência da Lei nº 8.884/1994 que o direito concorrencial avançou de forma mais significativa, ganhando relevância no ordenamento pátrio; e (iii) a Lei nº 12.529/2011 trouxe maior sofisticação ao direito da concorrência e corrigiu muitos dos erros observados na lei anterior.

O artigo também analisou algumas das tendências e desafios recentes do direito da concorrência no Brasil, a partir da aplicação da Lei nº 12.529/2011. Neste sentido, é possível concluir que a aplicação da política concorrencial no ordenamento pátrio apresenta muitos desafios, principalmente quanto à aplicação de remédios concorrenciais e ao uso de Termos de Compromisso de Cessão, cujo uso tem se intensificado não só do ponto de vista quantitativo (crescente número de casos), como também do ponto de vista qualitativo, quanto à forma de sua aplicação. Nos próximos anos, é recomendável que o CADE busque um equilíbrio maior na utilização destes instrumentos, de modo a evitar a criação de distorções no comportamento de agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Fernando José de O.; MACHADO, Jeanne. A evolução histórica da legislação antitruste sob a ótica da proteção do interesse social. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho;





Gomes, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Org.). **Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira**. São Paulo: Migalhas, 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 536, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Msg/VEP-536.htm>. Acesso em 2 de maio de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Balanco Anual - 2017**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes>>. Acesso em 2 de maio de 2018.

_____. **Prestação de contas ordinária anual – Relatório de gestão do exercício de 2010**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1>>. Acesso em 30 de abril de 2018.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coord.). **Remédios antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Uma Proposta de Reestruturação**. Disponível em <<http://seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2002>>. Acesso em 30 de abril de 2018.