

**O NOVO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA - SBDC À
LUZ DA LEI N.º 12.529/11: CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA EM
CONTRARIEDADE AO DESENVOLVIMENTO E À REDUÇÃO DAS
DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS.**

**THE NEW BRAZILIAN'S ANTITRUST SYSTEM UNDER THE LAW N.º. 12.529/11:
ECONOMIC CONCENTRATION AGAINST DEVELOPMENT AND REDUCTION
OF SOCIAL AND REGIONAL INEQUALITIES.**

Raquel Araújo Lima*

RESUMO: O novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC foi criado com a substituição da Lei n.º 8.884/94 pela Lei n.º 12.529/11, a qual modificou sua estrutura, bem como seu processo de apreciação dos atos de concentração econômica. O critério objetivo *Market Share* – participação de mercado - que antes era usado, resultante de operação em que os agentes detivessem 20% ou mais de participação no mercado relevante, passou a ser descartado exclusivamente em detrimento do critério faturamento das empresas envolvidas na operação. Tal mudança acarretará concentração econômica nos moldes de monopólios, oligopólios e cartéis em determinadas regiões, esbarrando nos aos princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 170, *caput*) e da livre concorrência (art. 170, IV). Ademais, tal fato causa desequilíbrio na distribuição isonômica dos mercados, o que não se coaduna com os princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades sociais e regionais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; Política Antitruste; Concentração Econômica; Desenvolvimento; Redução das Desigualdades Sociais e Regionais

ABSTRACT: The new Brazilian's Antitrust System was established with the substitution of Law n.º. 8.884/94 by Law n.º 12.529/11, which one modified the structure as well as the process for assessing economic concentration acts. The objective criterion Market Share, which was previously used, resulting from operation in which agents held 20% share in the relevant market has to be dropped exclusively at the expense of revenue criteria of the companies involved in the operation. This will change the result in economic concentration in the mold of monopolies, oligopolies and cartels in certain regions, bumping the constitutional principles of free enterprise (Article 170, *caput*) and free competition (Article 170, IV). Moreover, this fact causes an imbalance in the distribution isonomic markets, which is inconsistent with the constitutional principles of national development and the reduction of social and regional inequalities.

* Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Bacharel em Tecnologia em Meio Ambiente pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte - IFRN.

KEYWORDS: Brazilian's Antitrust System; Antitrust Policy, Economic Concentration; Development; Reducing Social and Regional Inequalities

1 INTRODUÇÃO

O estudo que se pretende desenvolver examinará o novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC à luz da Lei n.º 12.529/11, no que concerne ao modelo de apreciação dos atos de concentração realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Com a substituição da Lei n.º 8.884/94 pela Lei n.º 12.529/11 a política antitruste brasileira restou modificada em sua estrutura, bem como no seu processo de notificação dos atos de concentração econômica. Assim, o critério objetivo *Market Share* – participação de mercado - que antes era usado, passou a ser descartado exclusivamente em detrimento do critério faturamento das empresas envolvidas na operação. Diante disso, o presente estudo analisará como essa mudança no modelo de apreciação dos atos de concentração influenciará a perspectiva nacional de desenvolvimento econômico e de redução das desigualdades sociais e regionais. Nesse sentido, proceder-se-á uma análise acerca das normas antitruste e do procedimento de análise dos atos de concentração econômica.

A metodologia empregada para a realização do presente estudo é teórico-descritiva e desenvolveu-se por meio da análise e interpretação de dados obtidos a partir da verificação de revistas e livros, referentes à temática, e mais especificamente, através do exame realizado no que diz respeito à doutrina vigente e pertinente sobre a temática e às informações contidas no CADE.

2 A CONTEXTUALIZAÇÃO DO NOVO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC

Na atual fase pós-moderna, o Estado¹ se adequou aos interesses do fenômeno globalizante, que está enraizado nos ordenamentos jurídicos dos diferentes países, e constituiu-se como agente integrante da economia, desenvolvendo vigorosa atividade econômica no campo dos serviços públicos². Demais disso, o Estado, nessa fase, como parte

¹ Sahid Maluf conceitua o Estado como um órgão executor da soberania nacional, tendo em conta que é uma criação da vontade humana e que, mormente não tenha autoridade nem finalidades próprias, é uma síntese da comunhão que ele representa. MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22-23.

² GRAU Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

integrante da sociedade, também é parte indispensável ao funcionamento do mercado³, o que afasta os ditames neoliberais, segundo os quais se deve ao poder do mercado a máxima eficiência dos recursos disponíveis, ou a idéia de um mercado autoregulado ou de Estado Mínimo. A presença do Estado garantindo e equilibrando as relações econômicas sempre existiu, com diferença de intensidade.

A atuação interventiva do Estado consecutivamente foi meio decisivo para a estabilidade e harmonia da economia, seja de maneira mais elementar, garantindo a propriedade privada, seja viabilizando a intervenção, a participação e o planejamento do Estado. Assim, é nítida a inter-relação entre o aparato estatal e as ações dos indivíduos para a realização das normas constitucionais.

Nesse sentido, o modelo capitalista de produção não mais se baseia no poder autorregulatório do mercado; a ausência absoluta do Estado na economia - *laissez-faire* - mostrou-se ineficiente, sobretudo no sentido de garantir o desenvolvimento econômico-social das nações. Observa-se que o mercado, sob a égide desse modelo, sofre falhas e distorções com a criação de monopólio, oligopólios, cartéis, bem como de práticas desleais, a exemplo da concorrência predatória, que provoca uma concentração concorrencial e, por consequência, uma ineficiência de mercado⁴.

Assim, cabe inicialmente adotar o conceito de mercado⁵:

Do ponto de vista da teoria do direito, o mercado pode ser visto como um conjunto de instituições jurídicas que possibilitam que os consumidores, ainda que individual, somem suas preferências para “comunicar” aos produtores, qual a quantidade (e qualidade) de determinado bem ou serviço a sociedade demanda. Por outras palavras, o mercado pode ser concebido com um mecanismo não linguístico de coordenação. Em um mercado perfeitamente competitivo, a oferta e a procura interagem até que, em equilíbrio, a quantidade ofertada de determinado bem ou serviço seja exatamente a quantidade de que a sociedade “precisa”, ao menor preço possível.

³ O Estado deve ser compreendido por meio de sua ligação com a realidade social. “O Estado não pode ser visto com um setor isolado e independente de toda atividade social. Esta separação impede a compreensão do fenômeno estatal”. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

⁴ Falhas de mercado para Saggi ocorrem quando há ineficiência alocativa – quando diversos bens e serviços não são produzidos ou consumidos nas quantidades ótimas, isto é, que maximizam o bem-estar -; ineficiência técnica ou produtiva – quando a produção não se dá ao menor custo possível -; ineficiência dinâmica – quando uma quantidade insuficiente de recursos é despendida na busca de inovações de produto e processo. PINHEIRO, Armando Castelar; SAGGI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 257-258.

⁵ GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 28.

Com isso, percebe-se que o mercado se desenvolve mediante uma concorrência perfeita ou imperfeita, mormente observa João Bosco Leopoldino da Fonseca⁶:

A concorrência pode definir-se como perfeita ou imperfeita. A concorrência perfeita pressupõe uma absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado, ou seja, pressupõe que todos os concorrentes são equivalentes a um átomo (atomicidade) e que a saída individual de um deles do mercado não afete a formação do preço dos bens.

A concorrência imperfeita se caracteriza pelo rompimento ou mau funcionamento dos elementos que identificam a primeira. Em lugar de atomicidade, existe molecularidade, em que existe heterogeneidade dos sujeitos que atuam no mercado.

A concorrência perfeita se desdobra em um espaço no qual haveria um equilíbrio no universo de produtores ou comerciantes e consumidores, de forma que estes últimos não se importariam se estariam comprando produtos de um ou de outro produtor e o preço praticado seria equivalente⁷.

Assim, a concorrência não poderia ser perfeita, tendo em vista as diferenças inerentes ao próprio produto, como também ao produtor, que são características do sistema capitalista e da livre iniciativa e da livre concorrência. Daí a necessidade de um direito concorrencial que proporcione a manutenção da eficiência dos mercados para o desenvolvimento econômico.

Nessa sistemática surge o direito antitruste ou direito concorrencial, que se caracteriza por ser uma “legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa (art. 170, *caput*), da livre concorrência (art. 170, IV) e da repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º) – princípios base da ordem econômica constitucional brasileira”⁸. Assim, a política da defesa concorrencial promove a eficiência econômica, estabelecendo limites e regras para a atuação das empresas – competição -, com o objetivo primordial de promover a liberdade dos cidadãos e o bem-estar social, chegando o mais próximo possível dos termos da concorrência perfeita.

No Brasil, a política antitruste foi regulamentada pela Lei n.º 8.884, de 11 de agosto de 1994, comumente chamada de “Lei Antitruste”. Esta Lei foi criada para normatizar a concorrência no mercado econômico brasileiro, dentro de um sistema concorrencial adequado, sadio e real, que possibilite a liberdade dos cidadãos com a adoção de regras,

⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3.

⁷ ZEGER, Arthur. **Mercado e Concorrência**: abuso de poder econômico e concorrência desleal. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, p. 51.

⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 63.

coibindo condutas anticompetitivas e delimitando a atuação dos indivíduos, cumprindo assim, o Estado, o papel de regulador e normatizador da economia (CF, art. 174). Ademais, concebeu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, criando e determinando a competência dos seus órgãos, prevendo práticas contrárias à ordem econômica, bem como sanções aplicáveis.

A evolução da economia brasileira, atrelada ao período de expressivo desenvolvimento do país, tornando-o possivelmente em uma grande potência econômica mundial, implicou na necessidade de reformular sua política de defesa da concorrência, sobretudo, tendo em conta algumas falhas na Lei Antitruste, principalmente no que concernem às análises dos atos de concentração que provocavam insegurança jurídica⁹.

Nessa perspectiva, em 29 de maio de 2012 entrou em vigor a Lei n.º 12.529 que substituiu a Lei n.º 8.884/94, alterando a estrutura do SBDC, além de trazer algumas mudanças importantes no procedimento de análise dos atos de concentração empresarial.

2 MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI N.º 12.529/11

Com base no modelo existente nos Estados Unidos e na Europa, o legislador pátrio criou a Lei n.º 8.884/94, a qual adotou um sistema de controle dos atos de concentração econômica para, assim, afastar a concretização de operações potencialmente lesivas à livre concorrência, sujeitando-as a um processo administrativo para a aceitação ou não desses atos. Era o que veria a se chamar de controle das estruturas de mercado¹⁰.

Esse modelo previsto na Lei n.º 8.884/1994, quanto a sua estrutura, dividia o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC em três autoridades: (a) Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; (b) a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE; e (c) a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE. Quanto ao procedimento dos atos de concentração, era vigente o sistema de notificação ulterior de atos de concentração, ou seja, as empresas tinham até 15 dias úteis após a realização do ato de concentração para submetê-lo ao exame do CADE (art. 54, § 4º). Ademais, atos de concentração deveriam ser notificados e submetidos ao CADE em dois casos: (a) um dos grupos econômicos envolvidos na operação registrar uma receita bruta de

⁹ MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Economia Brasileira em Perspectiva**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/docs/perspectiva-economia-brasileira/edicoes/Economia-Brasileira-Em-Perspectiva-Mar-Abr12-alterado.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117.

no mínimo R\$400 milhões no último balanço, ou (b) na participação de mercado resultante da operação for de no mínimo 20% (art. 54, § 3º) – critério *Market Share*.

No Brasil, era vigente o sistema de notificação ulterior de atos de concentração no CADE, ou seja, fusões, aquisições de empresas ou outra forma de concentração que poderiam ter efeito anticompetitivos seriam submetidas após a sua efetiva realização ao CADE, tornando tais atos válidos e eficazes até a sobrevinda de uma decisão em contrário do órgão, que, vale salientar, não tinha prazo fixado, podendo demorar anos.

Esse sistema de controle de concentração gerava entraves à segurança jurídica, já que caso o CADE decidisse após anos pela não realização do ato de concentração, as empresas anteriormente fundidas alegavam que a fusão já era ato consolidado, apelando pela irreversibilidade dos efeitos gerados¹¹.

Com o fim de reestruturar o sistema de defesa da concorrência no Brasil, buscando mais segurança jurídica às empresas e maior agilidade à análise dos atos de concentração, a Lei n.º 12.529/11 deu mais poder ao CADE unindo-o ao SDE, sendo então formado pela: (a) Superintendência-Geral, que analisará e emitirá decisões quanto a investigações antitruste e atos de concentração; (b) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, última instância do CADE; e (c) o Departamento de Estudos Econômicos - DEE, responsável pelo desenvolvimento de estudos econômicos para auxiliar a Superintendência-Geral e o Tribunal (arts. 3º e 5º). Com isso, fica sob a responsabilidade do CADE a análise dos atos de concentração, determinando a submissão obrigatória das operações cujas partes ou grupos econômicos possuam faturamentos brutos equivalentes ou superiores a R\$ R\$ 400 milhões de um lado e R\$ 30 milhões de outro (art. 88, I e II), pisos estes modificados pela Portaria Interministerial nº 994/2012 aos limites de R\$ 750 milhões de um lado e R\$ 75 milhões de outro¹². Por derradeiro, instituiu-se a exigência de submissão prévia ao CADE de fusões e aquisições de empresas que possam ter efeitos anticompetitivos, fixando prazo máximo de 240 dias para o órgão analisar os atos de concentração (art. 88, § 2º), prorrogáveis por mais 90 dias em caso de operações complexas (art. 56).

Em face ao exposto, observa-se que o inovador SBDC deixa de lado o critério de incidência *Market share* - participação de mercado -, o qual era considerado na lei antiga, ao passo que toda operação de fusão que resultasse concentração de 20% ou mais de um

¹¹ CARDOZO, Maria Izabel Andrade. A recepção de direitos do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 30, p. 200-209, jan/jun, 2007, p. 204.

¹² **Portaria Interministerial nº 994**, de 30 de maio de 2012. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2012.

determinado mercado deveria ser analisada pelo CADE. Agora, apenas se considera como critério objetivo para a análise dos atos de concentração o faturamento de cada parte.

Em nota oficial divulgada pelo CADE, a Lei n.º 12.529/11 torna mais eficaz a sua atuação, na medida em que institui a obrigação de submissão prévia de fusões e aquisições de empresas que possam ter efeitos anticompetitivos. Essa análise prévia dará mais segurança jurídica às empresas e maior agilidade à análise dos atos de concentração, uma vez que o CADE terá prazo máximo de 240 dias para analisar as fusões, prorrogáveis por mais 90 dias em caso de operações complexas. Além disso, a consideração apenas do faturamento de cada parte como critério objetivo (R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões) fazendo com que operações de pequena expressão e sem potencial anticompetitivo não tenham mais que ser obrigatoriamente notificadas, reduzindo, com isso, o número de casos submetidos ao CADE, o que também concorrerá para aumentar a agilidade da autarquia¹³.

Essa modificação de critérios para o julgamento dos atos de concentração acarreta uma diminuição das empresas que se encaixam no perfil de análise, privilegiando em prol da celeridade negócios que envolvem grandes grupos econômicos, deixando de lado operações que não representam expressivo impacto econômico no mercado nacional, as quais não atingem ao novo critério de faturamento adotado.

Assim, com essa nova regra, o CADE acabará avaliando somente as grandes fusões, em detrimento das pequenas, favorecendo maior concentração econômica, concomitantemente, na criação de monopólios e oligopólios em determinadas regiões, uma vez que não obrigatória, nesse caso, a análise. Exemplo disso pode-se citar empresas que detenham o monopólio em bairros, municípios ou em pequenas regiões, como supermercados, postos de combustíveis, drogarias, faculdades e universidades privadas, clínicas e hospitais. Ou mesmo determinadas regiões geográficas, como o nordeste que, historicamente, constitui região que contém uma maior concentração de produção e de renda, em detrimento de outras regiões no entorno do sistema econômico nacional¹⁴. Como consequência direta desse novo comportamento, o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, II e III e art. 170, VII), que são fundamentos do Estado brasileiro, serão afetados.

¹³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – CADE. **CADE terá nova estrutura a partir de 29 de maio. Disponível em:** <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?84b746d32de239fa0f3c0c5bf45d>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

¹⁴ “O fluxo do dispêndio privado era desfavorável ao Nordeste: muitos dos que aqui acumulavam iam buscar alternativas de investimento em outras áreas, particularmente na região mais dinâmica do país (o Centro-Sul)”. ARAÚJO, Tânia Bacelar de. **Ensaio sobre o Desenvolvimento Brasileiro:** heranças urgentes. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 156.

4 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A POLÍTICA ANTRUSTE

Não obstante esse novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC tenha sido uma grande iniciativa para o combate da insegurança jurídica e para o coroamento do direito da concorrência com a análise prévia dos atos de concentração, a eliminação da submissão obrigatória de operações sem potencial ofensivo com a exclusão do critério *Market Share*, canalizando esforços para casos de interesse da sociedade, corre o risco de alguma operação relevante passar despercebida, assim como enfraquece o princípio da livre concorrência. Ora, este princípio busca a proteção não tão somente dos mercados mais expressivos, mas de todo o mercado nacional, abrangendo também mercados regionais pequenos¹⁵. Nesse sentido, ao privilegiar grandes mercados, com elevados faturamentos, em detrimento de concentrações de mercados em que os agentes detêm 20% ou mais de participação, cria-se verdadeiro risco de fusões que gerarão monopólios e oligopólios sem qualquer análise antitruste.

Assim, cabe inicialmente adotar o conceito de concentração econômica¹⁶:

Entender-se-á assim, a fusão de empresas ou aquisição de um poder de controlo por uma pessoa singular ou uma empresa privada ou pública, grupos de pessoas ou empresas, sobre uma ou mais empresas, alterando assim a respectiva conduta em termos incompatíveis com o mercado.

O abuso do poder de mercado - quando empresas detêm a habilidade de fixar seu preço acima do custo marginal -, bem como a concentração econômica e práticas desleais anulam as normas basilares da ordem econômica, como a livre iniciativa e a livre concorrência. Ambas, porém, são pressupostos do Estado brasileiro como sinônimo de liberdade econômica e de direito ao livre acesso ao mercado, afastando a concentração dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros¹⁷. Assim, uma concorrência leal, equilibrada, faz com que haja limitações a qualquer prática desenvolvida em quaisquer atividades empresariais.

Nesse sentido, ato de concentração é um ato jurídico de integração de empresas que gera concentração do poder econômico – capacidade de certa empresa em influir em

¹⁵ “A defesa constitucional da livre iniciativa, enfim, contém em si a pretensão de impedir uma posição de supremacia ou domínio, e detrimento de uma necessária igualdade, o que é ideal para o adequado desenvolvimento do mercado e do país.” TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011, p. 258.

¹⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 520.

¹⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha; FRANÇA, Catarina Cardoso Sousa. Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**. N. 3, 2011, p. 200-2001.

determinado mercado -. Todavia, não é sempre que um ato de concentração gera concentração do poder econômico, mas quanto acontece redundarão em abuso do poder de mercado e no desestímulo de novos concorrentes. Daí a preocupação do direito concorrencial em perquirir se os efeitos derivados de determinado ato de concentração serão ou não malefícios ao mercado relevante¹⁸.

Conforme o Guia para a Análise Econômica de ato de Concentração Horizontal, publicado conjuntamente pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Secretaria de Direito Econômico (SBDC), o mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como 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 preços¹⁹.

Procedendo a observação do *Market Share* dos agentes envolvidos na investigação, o mercado relevante pode ser identificado como um mercado que pode ser suscetível de ser afetado por um comportamento unilateral, assim haverá um mercado relevante de produto e um mercado relevante geográfico. Apontado qual seja o mercado relevante, a autoridade antitruste deve apurar a parcela de participação de mercado do investigado, para com isso, determinar se há ou não poder de mercado estabelecido²⁰.

Assim, a delimitação do mercado relevante é essencial para que seja possível o estabelecimento de uma análise antitruste, sendo necessário que seja um pressuposto de incidência para a avaliação os efeitos de uma operação de concentração empresarial. Com a identificação somente do critério faturamento bruto anual de uma operação para a obrigatoriedade de apresentação de atos de concentração ao CADE, haveria uma limitação ao controle das concentrações, gerando abuso do poder econômico e concorrência desleal.

Imagine-se uma operação em que o critério faturamento não é atingido, isto é, nenhum dos grupos econômicos possua faturamentos brutos equivalentes ou superiores a R\$ 750 milhões de um lado e R\$ 75 milhões de outro no Brasil, mas que envolva agente econômico que detenha participação igual ou superior a 20% em determinado mercado relevante. Neste caso, tal operação não passaria pelo crivo do CADE, passando despercebida

¹⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 26.

¹⁹ **Guia para a Análise Econômica de ato de Concentração Horizontal**. Disponível em < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias >. Acesso em: 22 ago. 2012, p. 09.

²⁰ GABAN, Eduardo Molan; Domingues, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94-95.

pela política antitruste, podendo, conseqüentemente, gerar práticas anticoncorrenciais. Exemplo disso pode-se citar a fusão de pequenas empresas em certas localidades, as quais não possuem faturamentos brutos no montante estabelecido, entretanto possuem participação significativa no mercado relevante da região. A não regulação pelo CADE pode gerar concentração econômica característica de monopólios e oligopólios em pequenas regiões, municípios e até bairros²¹.

A prática de cartéis, preços predatórios, produção, assim como quaisquer atividades voltadas a aniquilar a concorrência e gerar concentração, ou resultar no domínio do mercado relevantes de bens e serviços, além de anular o princípio da livre concorrência, esbarra com o objetivo nacional de desenvolvimento nacional e de redução das desigualdades sociais e regionais, uma vez que tal prática poderá acarretar uma maior concentração de renda em regiões como o nordeste, onde isso já é uma realidade, uma vez que não haveria a aplicação do direito concorrencial amplo.

Arelado a isso, acrescenta-se a própria estrutura do Sistema de Defesa da Concorrência – SBDC que é centralizada em uma única localidade, que é Brasília, capital federal. Assim, a estrutura do SBDC perfaz um sistema restrito, deixando as demais localidades e regiões sem a devida proteção antitruste, impedindo um processo investigatório dos mercados – garantidor da eficiência econômica -, bem como afastando a fiscalização dos próprios órgãos antitruste e da sociedade.

Esta falta de disposição estrutural do SBDC não consegue atender à dimensão geográfica brasileira tendo em conta suas várias obrigações, restando necessário uma maior ampliação e distribuição do órgão nas regiões brasileiras.

Verifica-se, deste modo, que ao invés de trazer mais segurança jurídica e proteção à livre concorrência a Lei n.º 12.529/11, a exclusão do critério *Market Share* quanto à análise dos atos de concentração, poderá acarretar, por conseguinte, práticas concorrencias desleais e predatórias, indo de encontro com os princípios constitucionais tratados.

5 A APLICAÇÃO DOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO E DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS NA POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA

²¹ “Concorrência ilícita é a determinação utilizada pela doutrina civilista para descrever a mesma concorrência “que não deve ser feita”, acrescida de mais um ato lesivo: a propaganda parasitária. Por esta se entende o ato praticado pelo concorrente que visa beneficiar-se dos investimentos diretos e indiretos, feitos pelo titular do produto original, em promoção e publicidade, e aproveitados pelo infrator.” ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: EDB, 2002, p. 219.

De início, pode-se aduzir a relação estreita entre a defesa da concorrência e a questão da distribuição isonômica de riqueza nas diversas regiões e da justiça social²². A mudança de critério na análise dos atos de concentração, privilegiando fusões de empresas de maior porte, poderá causar a criação de monopólios e oligopólios em regiões, que apesar de tentar proporcionar maior segurança jurídica, vai de encontro com o próprio objetivo do SBDC, que é o combate à concorrência desleal. Tal fato causa desequilíbrio na distribuição isonômica dos mercados, o que não se coaduna com os princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades sociais e regionais.

Por desenvolvimento econômico (CF, art. 3º, II), consoante Celso Furtado, refere-se a um processo de transformação social em um determinado momento. A reflexão sobre o desenvolvimento baseia-se na apreensão da realidade social, na introdução de métodos produtivos mais eficientes e se manifesta na forma de aumento do fluxo de bens e serviços finais que estão à disposição da sociedade. Diante disso, o desenvolvimento está ligado, numa direção, com o conceito de eficiência, e noutra, com o de riqueza²³.

É provavelmente infinita a discussão situada, sobretudo nas ciências econômicas, acerca da expressão desenvolvimento. Por isso, é importante esclarecer desde esta primeira menção à palavra que refere-se a “um processo de transformação econômica, política e social, através do qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo. Trata-se de um processo social global, em que as estruturas econômicas, políticas e sociais de um país sofrem contínuas e profundas transformações. Não tem sentido falar-se em desenvolvimento apenas econômico, ou apenas político, ou apenas social.”

Com isso, pode-se afirmar que com base no relatório do Desenvolvimento Humano de 2011, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Brasil ocupa a 84ª posição entre 187 países avaliados pelo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) - usado como referência da qualidade de vida e desenvolvimento sem se prender apenas em índices econômicos -. Seu IDH encontra-se numa margem de 0,718, na escala que vai de 0 a 1. Embora seja considerado um país com elevado desenvolvimento

²² A justiça é a necessidade fruto de condutas humanas, assim como a injustiça, e não necessariamente do funcionamento de instituições dessa natureza. SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, *passim*.

²³ “As formas mais racionais de comportamento corresponde uma satisfação mais plena das necessidades humanas.” FURTADO, Celso. **Introdução ao Desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 41.

humano, ainda está muito aquém do que seja considerado ideal, como é o caso da Noruega que configura o primeiro lugar da lista com IDH na faixa de 0,943²⁴.

Por outro lado, é inescapável que o desenvolvimento econômico esteja permeado pela ideia de desenvolvimento nacional e regional, sob pena de esvaziar-se por completo. Diante disso, o princípio da redução das desigualdades sociais e regionais, nos termos dos arts. 3º, III, e art. 170, VII, respectivamente da Carta Magna, refere-se a um federalismo cooperativo em que há uma equalização de possibilidades para as diferentes regiões²⁵. Assim, esse princípio assume a importância de englobar incentivos estatais e preferências fiscais (normas tributárias indutoras e guerra fiscal) como forma de concretizá-lo²⁶.

Quanto à necessidade da distribuição de riquezas, afirmou-se que²⁷:

“Em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, as esferas subnacionais não têm como analisar e decidir, originalmente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Antes, portanto, de um Estado social estar em contradição com o Estado federal, O Estado social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como federalismo adequado ao Estado social”.

Tal constatação ademais se coaduna com a ideia de homogeneização, no sentido de que a homogeneização é baseada na cooperação – Estado cooperativo -, uma vez que se trata de processo de redução das desigualdades regionais em favor de uma progressiva igualação das condições sociais de vida em todo o território nacional. Em contrapartida têm-se a concentração que nos remete a ideia de reunião de poderes na esfera federal em favor do poder central, em detrimento os entes federados²⁸.

A política antitruste brasileira, que tem a Lei n.º 12.529/11 como instrumento essencial, percebe uma série complexa de ponderações relativas à maximização do bem-estar dos consumidores, ao bem-estar dos fornecedores e, sobretudo, garantir o livre funcionamento de mercado, cuja operação resultaria em bem-estar da sociedade. O desenvolvimento de tal política deve levar em conta não somente as pressões dos atores diretos do sistema de mercado – consumidores e fornecedores - impõem-se considerar também o bem-estar geral.

²⁴ **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2012.

²⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 149.

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Nomas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 99-100.

²⁷ BERCOVICI, *op. cit.*, p. 156.

²⁸ *Ibidem*, p. 157.

Assim, o tratamento dos atos de concentração permite discutir outros propósitos atribuíveis à política antitruste, por exemplo, agir sobre as estruturas de poder econômico e a distribuição de renda e de riqueza²⁹.

Com isso, analisar a lei antitruste, especialmente no que se refere ao seu modelo de análise dos atos de concentração é essencial, pois a política deve atingir esse interesse coletivo como um todo. No caso aqui, de todas as regiões da federação, não tão somente o eixo centro-sul, mas incluindo regiões mais excluídas como o nordeste.

Por outro lado, além da preocupação com o interesse público, vale observar que a mera vigência de leis concorrenciais, como a lei antitruste brasileira, não garante, necessariamente, a proteção a concorrência. No ensinamento doutrinal, diz-se que³⁰:

“É cada vez mais evidente que, para garantir o processo produtivo, faz-se mister a existência de infra-estrutura legal e econômica a complementar a legislação concorrencial. (...) A existência de monopólios tradicionais governamentais, bem como a possibilidade de interesses comerciais entrincheirados, preservando situações monopolistas mesmo anteriormente à privatização, especialmente na ausência de conhecimento e ação do consumidor, são exemplificações das limitações das leis de concorrência solitária”.

Há problemas também, decorrentes da política de concorrência, no que se refere ao relacionamento entre política de concorrência e outras políticas governamentais³¹. Essas normas, que visam a induzir o sistema de mercado nacional, devem estar associadas às políticas governamentais e setoriais de desenvolvimento.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bello observa que se pode postular eixos orientadores – alternativos ou complementares – de diversas políticas antitruste plausíveis, dentre eles pode-se citar o apoio às políticas setoriais, uma vez que há objetivos relevantes que a política antitruste influencia. “O poderio econômico dos grandes capitais afeta a distribuição de renda não só quanto aos consumidores, mas também quanto aos pequenos capitais – limita sua iniciativa e comprime lucros – e aos trabalhadores – tende a diminuir o volume dos empregos, logo o poder de barganha sindical”³².

A questão, portanto, gera intensas discussões, pois põe em ponderação de um lado a iniciativa do Estado brasileiro em substituir o antigo modelo de análise dos atos de concentração, que gerava insegurança jurídica e ineficiência no mercado, para assegurar uma

²⁹ BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia Frustrada**: o cade e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, p. 39.

³⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 26.

³¹ *Ibidem*, p. 27.

³² BELLO, *op. cit.*, p. 47.

política concorrencial mais efetiva, em contrapeso com a possibilidade de gerar concentrações econômicas, o que não coaduna com princípios constitucionais consagrados desde o advento do Estado de Direito, como livre iniciativa, livre concorrência, bem como objetivos nacionais como o desenvolvimento nacional e redução das desigualdades sociais e regionais.

6 CONCLUSÃO

O mercado como elemento da economia desenvolve relações por vezes desequilibradas, podendo sofrer distorções, desencadeando práticas anticoncorrenciais com a criação de monopólio, oligopólios e cartéis, as quais provocam uma concentração econômica prejudicial ao bem-estar público e ao desenvolvimento sadio da economia.

Com isso, a atuação interventiva do Estado é meio decisivo para a estabilidade e harmonia da economia. A Constituição Federal de 1988 trouxe, para o âmbito constitucional, a intervenção estatal por meio dos seus papéis de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), consagrando um regime de mercado organizado mediante uma postura liberal, uma vez que se caracteriza na possibilidade do Estado de interferir direta ou indiretamente na ordem econômica somente para a promoção de valores e objetivos da ordem social, obrigando-o a assumir ativamente a condição de impor normas e de exercer uma atuação reguladora frente às atividades econômicas, sempre obedecendo aos imperativos constitucionais.

O direito antitruste, por sua vez, busca equilíbrio nas relações econômicas, com o fim primordial de garantir o bem-estar social e eficiência econômica, baseados nos ditames constitucionais da livre iniciativa (art. 170, *caput*), da livre concorrência (art. 170, IV) e da repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º).

Nesse sentido, a política antitruste brasileira foi criada com a vigência da Lei nº 8.884/94, a qual, em virtude das transformações econômicas e da insegurança jurídica que proporcionava, foi substituída pela Lei n.º 12.529/11. Esta alterou a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, sobretudo no que concerne ao modelo de apreciação dos atos de concentração pelo CADE.

Observa-se que quanto a modificação do sistema de notificação ulterior de atos de concentração no CADE pelo prévio, foi um grande passo dado pelo novo SBDC, uma vez que previne inseguranças jurídicas. Todavia, no que tange à exclusão do critério objetivo de incidência *Market share* - participação de mercado – para a análise dos atos de concentração, considerando apenas o faturamento de cada parte, inevitavelmente caberá na geração de

concentração econômica nos moldes de monopólios e oligopólios em determinadas regiões, uma vez que limita a apreciação de atos de concentração de negócios de grandes grupos econômicos, deixando de lado operações que não representam expressivo impacto econômico no mercado nacional.

Assim, com a identificação somente do critério faturamento bruto anual de uma operação para a obrigatoriedade de exposição de atos de concentração ao CADE, haveria uma limitação ao controle das concentrações, gerando abuso do poder econômico e concorrência desleal. Tal situação além de ir de encontro com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, fere os objetivos nacionais de desenvolvimento e de redução das desigualdades sociais e regionais, já que poderá acarretar uma maior concentração de renda em regiões como o nordeste, uma vez que não haveria a ampla aplicação do direito concorrencial.

Ademais, a estrutura do Sistema de Defesa da Concorrência – SBDC é limitada, concentrada em Brasília – DF, não conseguindo atender à dimensão geográfica brasileira, deixando as demais localidades e regiões sem a devida proteção antitruste.

Por tudo isso, há a necessidade de uma maior ampliação e distribuição do órgão nas regiões brasileiras, garantindo fiscalização e acesso amplo à política antitruste. Além disso, em face ao problema gerado pela exclusão do critério *Market share*, talvez fosse a hora de repensar esse novo modelo de apreciação dos atos de concentração, reconsiderando a concentração no mercado relevante ou propondo um outro modelo em que englobasse tanto as negociações maiores quanto as menores em âmbito nacional.

Dada a complexidade do tema, que traz consigo o desafio de compreender a estreita vinculação entre os atos de concentração analisados pelo CADE e sua influência no processo de desenvolvimento nacional e redução das desigualdades sociais e regionais, é de fundamental importância adotar uma postura de desapego a uma visão limitadora do fenômeno da concentração econômica. Deve-se estar atento que a proteção das práticas concorrências tem uma função muito além de regulação do mercado, mas, sobretudo, de mecanismo direcionador do bem-estar público.

6 BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: EDB, 2002.

ARAÚJO, Tânia Bacelar de. **Ensaio sobre o Desenvolvimento Brasileiro: heranças urgentes**. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia Frustrada: o cade e o poder econômico**. São Paulo: Boitempo.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CARDOZO, Maria Izabel Andrade. A recepção de direitos do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 30, p. 200-209, jan/jun, 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – CADE. **CADE terá nova estrutura a partir de 29 de maio**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?84b746d32de239fa0f3c0c5bf45d>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

FONSECA, João Bosco Lepoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANÇA, Vladimir da Rocha; FRANÇA, Catarina Cardoso Sousa. Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**. N. 3, 2011, p. 199-204.

FURTADO, Celso. **Introdução ao Desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GABAN, Eduardo Molan; Domingues, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

GRAU Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Guia para a Análise Econômica de ato de Concentração Horizontal. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias>. Acesso em: 22 ago. 2012.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Economia Brasileira em Perspectiva**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/docs/perspectiva-economia-brasileira/edicoes/Economia-Brasileira-Em-Perpectiva-Mar-Abr12-alterado.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil 1930 – 1983**. 17. Ed. São Paulo: brasiliense, 1994.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2012.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Nomas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SEN, Amartya. **Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011.

ZEGGER, Arthur. **Mercado e Concorrência: abuso de poder econômico e concorrência desleal**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28.