

Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira

The juridical and economic aspects of the new Brazilian's Antitrust Law

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves¹

Profa. Dra. Joana Stelzer²

RESUMO: O artigo apresenta selecionados aspectos jurídico-econômicos da novel Legislação Brasileira de livre concorrência, destacando-lhe pontos como a prevenção e a repressão aos abusos do poder econômico que culminam em práticas infrativas e crimes contra a Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988; bem como, cuida de como são tratados os atos de concentração econômica pelo novo ordenamento. Tem, por objetivo, esclarecer máximas legais sobre o tema, ainda, destacando a atividade dos órgãos competentes envolvidos, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, a Procuradoria do CADE e o Ministério Público Federal. Enfatizando o Direito Administrativo Econômico, defende a aplicação de parâmetros da Teoria Econômica na criação e aplicação da lei de Direito Econômico Antitruste. Utiliza metodologia de procedimento monográfico e método de abordagem dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste; livre concorrência; Ordem Constitucional Econômica brasileira.

ABSTRACT: The article presents selected economic and juridical aspects of the new Brazilian's Antitrust Law detaching points like the prevention and repression of the economics power abuses that culminate at the damaging practices and crimes against the Brazil Economic Constitutional Order of 1988, besides, it occupies itself of the economic concentration acts by the new order. It has like objectives to appoint the legal maximums about the matter and it detaches the activity of the involved competent organizations like the Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, the Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, the Procuradoria do CADE and the Ministério Público Federal. Emphasizing the Economic Administrative Law, its defending the application of economic Theory parameters for the creation and application of the Economic Antitrust Law. It has been using monographic methodological procedure and, the deduction like boarding method.

KEY WORDS: Antitrust; free competition; Brazil Economic Constitutional Order.

1 Introdução

Várias tentativas para explicar os fenômenos econômicos da produção, da repartição, da circulação e do consumo têm sido intentadas, desde François Quesnay,

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS; Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS; Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no Mercosul pela FURG/RS; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/SC; Doutor em Direito, na área de Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG/MG; *Doctor en Derecho, área de Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires* – UBA/ Bs. As. – Argentina; Professor de Análise Econômica do Direito e de Direito Econômico na Universidade Federal de Santa Catarina UFSC/SC; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento – CEJEGD do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC/SC.

² Doutora e Mestre em Direito, na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/SC. Professora do Departamento de Administração do Centro Sócio Econômico da UFSC/SC.

Adam Smith, David Ricardo, John Stuart Mill e tantos outros economistas clássicos, destacando-se, com a virada do Século XIX, o desenvolvimento da Teoria Subjetiva do valor, embasada, desde então, em pensadores da Escola Marginalista neoclássica como: Carl Menger e Knut Wicksell - austríacos, William Stanley Jevons e Alfred Marshall - ingleses, Léon Walras - francês, Vilfredo Pareto – italiano, Irving Fisher – norte americano entre outros. Evidentemente que o liberalismo econômico foi perpassado pela crítica marxista, pelo intervencionismo Keynesiano e, mesmo, pelo institucionalismo de Thorstein Veblen e John Keimeth Galbraith.

Em que pesem os ângulos acadêmico-científicos pelos quais a fenomenologia econômico-social é apreciada buscou-se e busca-se derradeiro equilíbrio econômico seja entre as forças de mercado, seja na ação dos cidadãos em países coletivamente organizados. Em uma economia de mercado, a interação das forças de oferta da indústria doméstica, sopesadas pela ação dos importadores; e de consumo deve buscar derradeiro equilíbrio econômico capaz de propiciar o desenvolvimento econômico-social sustentável e pleno para todos. Parece fácil, não fosse a necessidade de vencerem-se os egoísmos individuais e as perspectivas de acumulação do capitalismo. Desafio, especial, torna-se, então, disciplinar a concorrência entre os agentes econômicos de dado país com vistas à manutenção do pleno emprego e atendimento eficiente dos consumidores internos e, mesmo externos; já que a produção interna pode e, frequentemente, afeta a produção dos demais países. O Direito Econômico trata este fenômeno de duas formas, a saber: no âmbito interno, disciplina-se a ação dos agentes produtores, no mercado, segundo lei antitruste, ainda, sendo possível a implementação de legislação consumerista para proteger as relações de consumo e, no âmbito externo, implementa-se a proteção da indústria doméstica pela legislação de defesa comercial – antidumping, medidas compensatórias para os subsídios e salvaguardas. Todas essas políticas jurídicas visam, respectivamente, eliminar práticas infrativas da ordem econômica interna e estabelecer um comércio internacional leal segundo prática da defesa comercial, mormente em tempos de globalização. No que concerne à disciplina da concorrência, podem ser implementadas normatizações e ações que coíbam a conduta e o desempenho indesejado do agente, ou, mesmo, controlem a estrutura³ de mercado – *modelo ecd* ou estrutura, conduta e desempenho. Em verdade, já não se

³ A teoria estruturalista está baseada na Escola de Harvard condenando o abuso de poder econômico.

almeja, hoje, uma economia atomizada como outrora e a concentração⁴ econômica é justificada em ambiente de internacionalização de mercados, ainda, na busca de economias de escopo e de escala. Observe-se, também, que o mercado sofre a indelével influencia do Estado, mesmo como agente normativo, regulador, fiscalizador ou, como agente econômico.

No Brasil, a Ordem Constitucional Econômica esta indelevelmente tratada nos Textos Constitucionais, desde 1934; quando, em seu artigo 115, garantia a liberdade econômica sob limites. A Constituição de 1937 destacava os artigos 135 e 141 pugnando pelo primado da iniciativa privada e pela proteção à economia popular. Em 1946, o Texto Magno, em seu art. 148 determinava a repressão ao abuso de poder econômico.

Como primeiros textos infralegais de disciplinamento do mercado interno brasileiro, tem-se notícia, no âmbito penal, do Decreto-Lei 869/1938 e da Lei 1.521/1951 que apontavam crimes contra a economia popular e, no âmbito administrativo; do Decreto-Lei 7.666/1945, que criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – Cade, posteriormente, substituída segundo a Lei 4.137/1962, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Sob os auspícios da Constituição de 1988, foi criada, pela Lei 8.158/1991, a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, no âmbito do Ministério da Justiça que corroborou com os trabalhos do CADE; sendo, no entanto, através da Lei 8.884/94, substituída pela Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça. Aliás, a norma de 1994 definiu o CADE como autarquia e instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto, também, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda.

Hodiernamente, segundo os ditames esculpidos nos artigos 170 a 192 do Texto Constitucional de 1988, entremeados pelos princípios neoliberais⁵ flexibilizadores das relações de produção introduzidos por diversas emendas constitucionais, surgiu, em 30

⁴ A Escola de Chicago, destacando a eficiência econômica como mote de ação dos agentes fez crítica à Harvard defendendo a concentração justificada pelas eficiências alocativa, produtiva dinâmica e transacional. Assim, as eficiências de uma fusão são: *alocativas*: segundo combinação ótima de fatores produtivos, quantidades e preços que maximizem o bem-estar social; *produtivas*: segundo menor custo médio possível através de *economias de escala* (no tempo e espaço), *economias de escopo* (produção simultânea de dois ou mais produtos) e *sinergias* (pela fusão e aquisição de empresas); *dinâmicas*: próprias do desempenho histórico da capacidade competitiva das empresas segundo evolução do enxugamento das curvas de custo, da qualidade de produtos; e transacionais: através da redução dos custos de transações via negócios, contratos e reengenharia institucional. Ver Mendonça, Elvino de Carvalho *et al apud* CORDOVIL, Leonor *et al*; Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: RT. 2012, p. 51.

⁵ O neoliberalismo político-econômico é observado, mormente, a partir dos anos oitenta, com os governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América, de Margaret Thatcher, na Inglaterra e de Helmut Kohl, na Alemanha. No Brasil, destaca-se a condução político-econômica dos governos de José Sarney, Fernando Collor de Melo e Itamar Franco, nos anos noventa, implementando políticas de contingência fiscal e contenção inflacionária segundo obstinado acerto do fluxo de caixa estatal.

de novembro de 2011, a Lei 12.529⁶ para estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e criar o já, denominado *SuperCADE*, em ação desde 30 de maio de 2012.

Tal norma está embasada nos ditames de uma Ordem Constitucional Econômica que pugna, em seu artigo 170; pela livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, segundo observados os princípios da soberania econômica nacional, da propriedade privada e de sua função social, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido das pequenas empresas. Destarte, a novel Lei Antitruste Brasileira acompanha a Constituição Federal de 1988 que determina, no artigo 173, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado como excepcional, tão somente permitida nos casos de *imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo*, conforme lei. Da mesma forma, esta conforme ao parágrafo 4º desse mesmo artigo que preconiza a repressão do abuso do poder econômico capaz de implicar em dominação de mercado relevante, eliminação de concorrência e aumento arbitrário de lucros.

A Lei 12.529/2011 não revogou a antiga Lei 8.884/94, na medida em que lhe poupou dois artigos, a saber, o art. 86 e o art. 87 que, respectivamente alteram o art. 312 do Código de Processo Penal e o art. 39 da Lei 8.078/1990. Trata de documento legislativo que reestrutura o SBDC, seja na análise das estruturas, das condutas ou ainda instigando a advocacia da concorrência segundo ditames do Direito Administrativo Econômico⁷.

Ainda que suscetível de crítica o novo Sistema de combate às práticas infrativas da Ordem Econômica Brasileira caracteriza-se pela economia e racionalidade no uso de meios físicos e de agentes públicos para a implementação do justo processo administrativo que inquestionavelmente assegure aos indiciados, as devidas garantias constitucionais como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, etc.

⁶ BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

Como doutrina a respeito da nova Lei, sugere-se: ANDERS, Eduardo Caminati, PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente (Organizadores) *et al. Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método. 2012; CORDOVIL, Leonor *et al*; Nova Lei de Defesa da (...) *Op cit.* e TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: - A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012.

⁷ Neste mesmo sentido, ver, dentre outros, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*, São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003; BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*, São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *et al. Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1993; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Fábri, 2002 e SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

Concentram-se, pois, no *SuperCADE*, as funções investigativas das condutas, instrutivas dos atos de concentração e julgadoras. Para tanto, foi necessária uma reforma institucional de forma que o SBDC compõe-se, agora, pelo CADE e pela SEAE, em que o primeiro passou a ser estruturado em um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE, uma Superintendência Geral – SG e um Departamento de Estudos Econômicos - DEE. Ainda atuam no Sistema, o Ministério Público Federal e a Procuradoria do CADE – ProCADE. Observa-se que a nova estrutura institucional prevista na Lei 12.429/2011 altera, também, o trato das relações de consumo normatizadas segundo o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC. Com a saída da Secretaria de Direito Econômico – SDE, onde funcionavam o Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, do âmbito do Ministério da Justiça; restou Nesse, a Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON⁸.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC tem, organizado assim, como escopo, promover, então, a competição econômica, através da ação de caráter administrativo, educativo, preventivo e repressivo quanto às ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil. No CADE atuam; o Presidente, e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal; competindo-lhe, primordialmente, o julgamento de caráter administrativo das práticas infrativas da Ordem Econômica e dos atos de concentração⁹.

⁸ No que concerne ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previsto no Decreto nº 2.181, de 20/03/97, tem-se, atualmente, na SENACON do Ministério da Justiça, o órgão competente para coordenar a política nacional de consumo, competindo-lhe, dentre outras medidas: **I** - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção e defesa do consumidor; **II** - receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais; **III** - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; **IV** - informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação; **V** - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito para apuração de delito contra o consumidor, nos termos da legislação vigente; **VI** - representar ao Ministério Público competente, para fins de adoção de medidas processuais, penais e civis, no âmbito de suas atribuições; **VII** - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores; **VIII** - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como auxiliar na fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de produtos e serviços; **IX** - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a criação de órgãos públicos estaduais e municipais de defesa do consumidor e a formação, pelos cidadãos, de entidades com esse mesmo objetivo; **X** - fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor; **XI** - solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica para a consecução de seus objetivos; **XII** - provocar a Secretaria de Direito Econômico para celebrar convênios e termos de ajustamento de conduta, na forma do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; **XIII** - elaborar e divulgar o cadastro nacional de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, a que se refere o art. 44 da Lei nº 8.078, de 1990; **XIV** - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades. Além dos dispositivos citados, pode ser referido como legislação ordinária inerente à defesa do consumidor, dentre outras: a Lei 1.521, de 26/12/1951, a Lei 7.347, de 24/07/1985, a Lei 8.176, de 08/02/1991, o Dec. 861, de 09/07/1993, a Lei 8.884, de 11/06/1994, o Dec. 1.306, de 09/11/1994, a Lei 9.008, de 21/03/1995 e a Lei 9.021, de 30/03/1995.

⁹ Quanto às competências específicas, veja-se o disposto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 12.529/2011: Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos

Quanto à SEAE, no Ministério da Fazenda, tem-se as competências técnicas no que concerne à elaboração de relatórios especializados em que são analisadas as circunstâncias econômicas dos atos de concentração e das práticas infrativas e seus reflexos no mercado relevante.

Se por um lado, concentrar ações próprias da instrução do processo com atos decisórios no mesmo órgão parece *a priori* inadequado, o Sistema, assim articulado, torna-se mais ágil e enxuto, além de não dobrar meios; por outro lado, parece não ter sido alcançada, com a nova Lei, a desejável posição, para o CADE, de ser instância última e, portanto, judicial na área de concorrência. Não parece crível e aceitável que as decisões administrativas, tomadas em Órgão colegiado composto por sete notáveis

administrativos, para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, instaurados pela Superintendência-Geral; IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselho-Relator ou pela Superintendência-Geral; VII - intimar os interessados de suas decisões; VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei; X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões; XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; XV - elaborar e aprovar regimento interno do CADE, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos; XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do CADE, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal; XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei; XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos. § 1º As decisões do Tribunal serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o quorum de deliberação mínimo de 3 (três) membros. § 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. (por exemplo, oferecer denúncia em crimes previstos em lei, como cartel, que é crime na lei 8137/90). § 3º As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista, federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência. § 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos. § 5º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no § 4º deste artigo.

Art. 10. Compete ao Presidente do Tribunal: I - representar legalmente o Cade no Brasil ou no exterior, em juízo ou fora dele; II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário; III - distribuir, por sorteio, os processos aos Conselheiros; IV - convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta; V - solicitar, a seu critério, que a Superintendência-Geral auxilie o Tribunal na tomada de providências extrajudiciais para o cumprimento das decisões do Tribunal; VI - fiscalizar a Superintendência-Geral na tomada de providências para execução das decisões e julgados do Tribunal; VII - assinar os compromissos e acordos aprovados pelo Plenário; VIII - submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço ao Cade; IX - orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas do Cade; X - ordenar as despesas atinentes ao Cade, ressalvadas as despesas da unidade gestora da Superintendência-Geral; XI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais; e XII - determinar à Procuradoria Federal junto ao Cade as providências judiciais determinadas pelo Tribunal.

Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal: I - emitir voto nos processos e questões submetidas ao Tribunal; II - proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores; III - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias; IV - adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento; V - solicitar, a seu critério, que a Superintendência-Geral realize as diligências e a produção das provas que entenderem pertinentes nos autos do processo administrativo, na forma desta Lei; VI - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade emissão de parecer jurídico nos processos em que forem relatores, quando entenderem necessário e em despacho fundamentado, na forma prevista no inciso VII do art. 15 desta Lei; VII - determinar ao Economista-Chefe, quando necessário, a elaboração de pareceres nos processos em que forem relatores, sem prejuízo da tramitação normal do processo e sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo; VIII - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento; IX - propor termo de compromisso de cessação e acordos para aprovação do Tribunal; X - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento dos processos, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais.

conhecedores dos temas ligados à proteção da concorrência no Brasil, após todos os seus esforços; ainda tenham de ser, essas arrazoadas decisões, submetidas ao crivo de primeiro grau da Justiça Federal. Sabe-se, mesmo, por Lei, que toda a demanda judicial que por ventura encontre guarida no Poder Judiciário do Território Nacional deve ser automaticamente comunicada ao CADE, inclusive, não raras às vezes, sendo postergada em seu *decidendum* até ser conhecido o posicionamento D'aquela Preclaro Órgão. De qualquer forma, assiste à Procuradoria do CADE representá-lo judicial e extrajudicialmente, suscitar medidas judiciais para a busca de documentos, ações cautelares, etc.

A Lei 12.529/2011, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a Ordem Econômica, prega, conforme o artigo 1º, sua orientação pelos *ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*; sendo considerado infrator, conforme segue, no artigo 31 - *as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal*.

No art. 34 da nova Lei, observa-se a manutenção do art. 18 da Lei 8.884/1994 quanto à teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard of legal entity*; do responsável, pessoa jurídica, por infração da ordem econômica para fins de responsabilização dos possíveis sócios em virtude de conduta imprópria como abuso de direito. Da mesma forma, definem-se as **práticas infrativas** da Ordem Econômica segundo as disposições do seu art. 36 que enumera práticas dentre possíveis outras caracterizadoras de infrações. Considera-se, assim, infração da ordem econômica os atos que, mesmo, sob qualquer forma manifestos e independentemente de culpa¹⁰, sejam realizados com o intuito de, ou produzindo efetivamente, ou ainda quando não alcançados os seguintes efeitos: *1 limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, 2 dominar mercado relevante de bens ou serviços, 3 aumentar arbitrariamente os lucros e 4 exercer de forma abusiva posição dominante*. Ato contínuo, seu parágrafo 1º exclui de punibilidade o chamado monopólio natural em que a *conquista de mercado se dá de forma natural fundada na maior eficiência do agente econômico*, enquanto, o parágrafo, 2º determina o que seja

¹⁰ Portanto, aqui, tem-se a responsabilidade objetiva do agente econômico.

posição dominante – como sendo a situação em que uma *empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante.*

O referido artigo em seu parágrafo 3º, por sua vez, exemplificativamente, enumera as condutas¹¹ que caracterizam infração da Ordem Econômica, sendo de destacar que o art. 119 impede a aplicação da Lei 12.529/2011 aos casos de *dumping* e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio¹², promulgados pelos Decretos nos 93.941 e 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

A Lei Antitruste Brasileira também altera sensivelmente o **controle das estruturas** determinando a análise prévia dos atos de concentração pelo CADE, em seu artigo 88¹³, que, no entanto, deixando o prazo (no máximo, 330 dias) legalmente

¹¹ BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências Art. 36. (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

¹² Tais disposições de defesa comercial não são aplicáveis quando os países envolvidos não são pactuantes do Acordo Geral da OMC e, portanto, aplicam-se as disposições da Lei 12.529/2011.

¹³ Reza o artigo 88, da Lei 12.529/2011: Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). § 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no *caput* deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. § 4º Até a decisão final sobre

estipulado para a referida análise transcorrer *in albis*, leva à aprovação automática da operação. Também, passou a ser possível a apreciação dos atos de concentração pela Superintendência Geral, ainda permitida a avocação pelo Tribunal ou a impugnação de terceiros interessados permitindo a ação revisional administrativa do ato. Destarte, se outrora, primava-se por estruturas atomizadas de mercado, passaram, pois, a serem aceitas as concentrações econômicas que apresentem eficiências conforme descritas na norma que abrange qualquer forma de concentração econômica; seja fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário previstos segundo específicos critérios de faturamento, o que leva a maior segurança jurídica nos negócios em detrimento das antigas disposições da Lei 8.884/1994¹⁴. A exceção quanto à obrigação de notificar prevista em Lei refere aos contratos associativos, consórcios e *joint ventures* para participação em certames públicos.

Quanto aos **procedimentos administrativos** a serem instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, o art. 48 elenca os seguintes: I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Além de novos critérios para a aplicação de multas – 0,1% a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, grupo ou conglomerado no ramo de

a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3o deste artigo. § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. § 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo. § 8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados. § 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

¹⁴ Participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento do 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, conforme redação dada pela Lei nº 10.149, de 21/12/2000.

atividade afetado pela conduta anticompetitiva no ano anterior ao início das investigações; outros avanços são identificáveis na processualística da Lei Antitruste Brasileira, como as inovações que ampliam as hipóteses para concessão de leniência¹⁵ previstas nos artigos 86 e 87. É, pois, previsto, no referido ordenamento, a celebração de acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável; com agentes econômicos que forem autores de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e não tenham estado à frente da conduta tida como infrativa. A bem da verdade, entretanto, tal acordo só poderá ser celebrado se, das investigações e da cooperação recebida, resultar a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Por outro lado, não será celebrado o acordo de

¹⁵ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo. § 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. (Observa-se na dosimetria da pena: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência.) § 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei. § 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio. (Conhecido como *leniência plus*). § 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal. § 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. (Observa-se que a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 dentre outras práticas alude à prática de cartel, observadas as revogações do art. 116 da Lei 12.529. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 institui normas para licitação e contratação com a Administração Pública e, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, trata, no art. 288, da quadrilha ou bando). Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo. (Observa-se que, ao se candidatar para o acordo, o agente recebe do Superintendente-Geral, o *marker* - senha que comprova ser, aquele, o primeiro a se qualificar, para, assim, negociar o acordo).

leniência se a empresa ou pessoa física não for a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; se não cessar completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; se a SG dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e se a empresa ou pessoa física não confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. O acordo de leniência tem, prioritariamente, caráter sigiloso, ressalvado o interesse das investigações e do processo administrativo e não implica em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Ainda, quanto a influencia que a Legislação Antitruste pode levar ao mercado em seus aspectos econômicos, tem-se que o SBDC opera disseminando a cultura de livre concorrência¹⁶ garantindo à coletividade e ao consumidor em si, condições concorrenciais e relações consumeristas próprias para o desenvolvimento econômico socialmente abrangente e inclusivo em mercado¹⁷. A propósito, a definição de mercado caracteriza-se pelo encontro de duas grandes forças que atuam segundo interesses recíprocos, ainda que, distintos: a curva de demanda e a curva de oferta. O encontro das duas curvas se dá no ponto de equilíbrio – PE (Fig. 01), oriundo das condições de mercado - oferta e demanda - em que se tem um preço e uma respectiva quantidade que, no tempo e sob circunstâncias dadas nesse mercado, reflete a disposição equivalente entre ofertantes e demandantes. No ponto de equilíbrio não existe escassez e nem excesso de produtos no mercado. Podem ocorrer dois tipos de equilíbrio, quais sejam: estável e instável; conforme se verifique capacidade de nova estabilização do mercado após possível desvio econômico na conduta dos agentes ou, caso contrário, se for verificada tendência à fuga do ponto de equilíbrio. Evidentemente, várias são as fontes

¹⁶ Nesse sentido ensina Leonor Cordovil *et al*, afirmando: *Tem-se, assim, que a liberdade de concorrência, indiretamente, favorece o interesse do consumidor, que pode ter acesso a bens e serviços diversos, com melhor qualidade e preço; o interesse das empresas concorrentes, que podem exercer sua liberdade negocial e crescer com base em seus méritos e ganhos de eficiência produtiva; e o interesse da nação pelo desenvolvimento do país. Com essa perspectiva, o princípio concorrencial afeta os consumidores, pelo lado da demanda, que passam a conhecer: os seus próprios gostos, as suas possibilidades de compras, a existência de condutas ou de estruturas que lhe retirem bem estar e os seus direitos e garantias a respeito do processo competitivo, incluindo o acesso às estruturas institucionais protetivas da concorrência. Já, os concorrentes, produtores, pelo lado da oferta, conseguem ter informação a respeito: de quanto e como devem produzir para ganhar mais lucros; de quais são os bens necessários à competição; se há ou não condutas exclusionárias praticadas contra a sua empresa; além, obviamente, de como acessar o poder político institucional para se defender deste tipo de ameaça. Ver in CORDOVIL, Leonor *et al*; Nova Lei de Defesa (...), p. 46.*

¹⁷ A Teoria Econômica e, especialmente, a Microeconomia, de forma propedêutica e com intuito de familiarizar o leitor com o apresentado a seguir, podem ser, melhor observadas, em RIANI, Flávio, *Economia: Princípios básicos e introdução à Microeconomia*, São Paulo: Pioneira, 1998; ROSSETTI, José Paschoal, *Introdução à Economia*. 14ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 1990; SILVA, Adelphino Teixeira da, *Economia e Mercados: elementos de economia*, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 1977 e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval e GARCIA, Manuel Enriquez, *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

de desequilíbrio das condições de mercado, sejam estruturais ou conjunturais, mormente, se relevada a atuação dos agentes internos, a entrada de competidores externos, as condições para concentrações econômicas verticais e horizontais, as barreiras tarifárias e não tarifárias ao comércio exterior, as condições de oferta interna, a pressão da demanda interna possivelmente reprimida, e tantos outros fatores que podem fazer oscilar as curvas de oferta de uma dada indústria e as curvas de demanda de dado produto.

APROXIMAÇÃO GRÁFICA DO PONTO DE EQUILÍBRIO ESTÁVEL

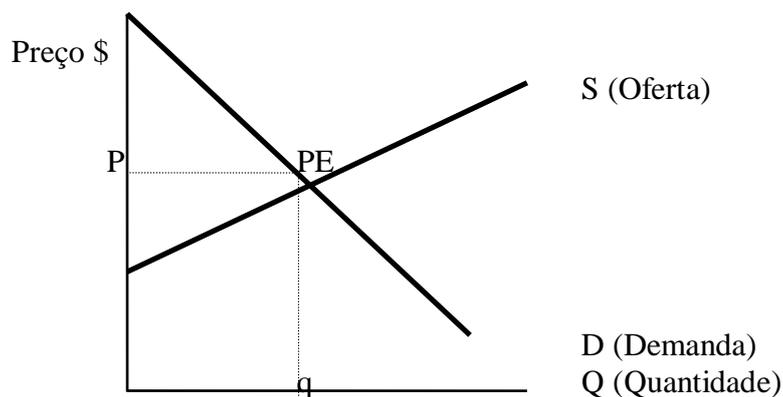


Figura 01

Ciente, portanto, de que a economia é dinâmica e, descartados os diversos fenômenos que podem alterar as condições de mercado - *coeteris paribus*, é possível exercitar, ao menos, em nível teórico, sobre a possível ação interventiva de políticas de Estado ou de governo na condução jurídica das condições de oferta e demanda de mercado. Segundo defendido pela Análise Econômica do Direito, ou *Law and Economics*¹⁸, como é conhecida a Escola de Chicago, toda a vez que se legisla se interfere na ordem social, em especial, aqui, na Ordem Econômica; na medida em que se criam estímulos ou rêmoras para a ação. Destarte, quando o Estado, por meio de seus governantes, cria normas concorrenciais, como as, aqui, estudadas; certamente, são devidamente sinalizados, para o mercado, estímulos e sanções para a conduta econômica que vão, por fim, fazer modificar as condições do ponto de equilíbrio inicial.

¹⁸ Em virtude do exíguo espaço que um artigo científico prevê, remete-se, o leitor, às nossas diversas publicações anteriores sobre a Análise Econômica do Direito, inclusive, defendendo-se o que se entende por Princípio da Eficiência Econômico-Social – PEES. Em especial, aos artigos publicados nos anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI – O Direito e a LaE: possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional; anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI – A Administração Pública na Sociedade Transnacional: O critério da *Law and Economics* para a tomada de decisão e os anais da 11ª Conferência da Associação Latino Americana Ibérica e Caribenha de Direito e Economia - ALACDE – O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito, dentre outras publicações.

Vejam-se, para fins de breve ensaio teórico, duas possibilidades de ação estatal na condução normativa do SBDC, a saber: a) Política Pública de recrudescimento das normas concorrenciais e b) Política Pública de diminuição e flexibilização das normas concorrenciais. Empiricamente, percebe-se que referidas políticas influenciam sobremaneira o mercado de bens e serviços podendo-se mensurar o grau de reflexo causado pela tomada de decisão através de cálculo econométrico, parametrizando a influência do agente estatal legislando ou aplicando normas do SBDC, executando políticas públicas ou julgando as ações praticadas pelos agentes econômicos. Destarte, a gestão pública deve ser adequada para os fins sociais de prosperidade e desenvolvimento sem causar deseconomias de escala, desabastecimento, repressão na demanda interna, desvio de comércio externo, externalidades negativas, em geral, e enfim, desajustes econômicos que são perpetuados pela inércia ou indiferença de agentes públicos, em última análise, ignorantes dos reflexos causados por suas ações.

O quadro 01 que segue juntamente com os gráficos das Figuras 02 a 03 demonstram o que se defende como variação no nível de quantidades de bens e serviços no mercado e de seus respectivos preços segundo reflexo de dada política pública recrudescente ou flexibilizadora da política concorrencial.

Quadro de Análise Econômica dos Reflexos das Políticas Públicas Concorrenciais

Hipótese Econômica	Política Pública e Reflexo Econômico (<i>coeteris paribus</i>) para o produtor ¹⁹	Efeitos no mercado consumidor de bens e serviços
Hipótese (A) Figura (02)	Política Pública de diminuição e flexibilização das normas concorrenciais: a) Causa redução na oferta , mantendo-se inalterada a procura, perturbando o equilíbrio do mercado: menores quantidades serão disponibilizadas a preços mais altos e com qualidade duvidosa. b) Com a diminuição das condições de concorrência, haverá incentivo à concentração econômica e à monopolização e, conseqüentemente, piora nas condições de oferta no mercado, com aumento dos preços pelos ofertantes;	a) Insegurança para os consumidores e conseqüente diminuição da demanda, principalmente em função do aumento dos preços, próprio da cartelização, do monopólio, das práticas infrativas no mercado e da diminuição da oferta, mormente, dos produtos e serviços que não possuem demanda reprimida; b) Perda de poder aquisitivo.
Hipótese (B) Figura (03)	Política Pública de recrudescimento das normas concorrenciais: a) Causa expansão na oferta , mantendo-se inalterada a procura, perturbando o equilíbrio do mercado: maiores quantidades serão	a) Aumento das condições de concorrência e, conseqüentemente, das possibilidades de demanda no mercado, com redução dos custos

¹⁹ Observa-se que, no Quadro 01, os efeitos das políticas públicas alteram, como de fato ocorre no mundo real, ambas as curvas (oferta e demanda) que irão absorver, cada uma, parte do reflexo causado pelas ações políticas. Nas figuras 02 e 03, em instância teórica e exemplificativamente, demonstram-se isoladamente, os efeitos da mudanças de uma das variáveis (oferta), mantida a outra (demanda) estável.

	<p>disponibilizadas a preços mais baixos e com excelente qualidade.</p> <p>b) Com o aumento das condições de concorrência, haverá incentivo à atomização ou desconcentração econômica e às práticas competitivas de mercado e, conseqüentemente, melhora nas condições de oferta no mercado, com diminuição dos preços pelos ofertantes;</p>	<p>para os consumidores;</p> <p>b) Segurança para os consumidores e conseqüente aumento da demanda, principalmente em função da diminuição dos custos e do aumento da oferta, mormente, dos produtos e serviços que possuem demanda reprimida;</p>
--	--	--

Quadro 01

Varição na Curva de Oferta, mantida a Curva de Demanda: Hipótese (A)

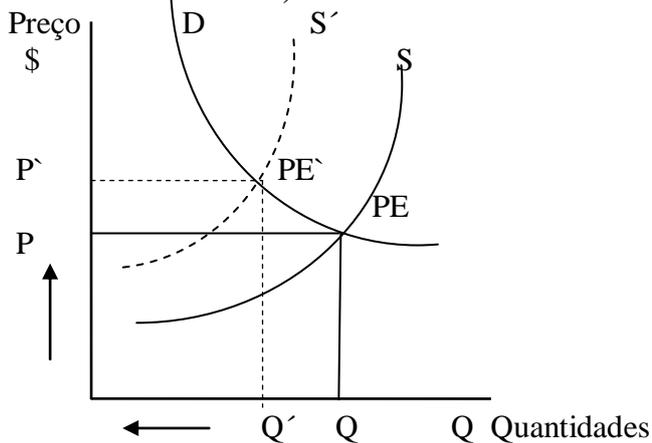
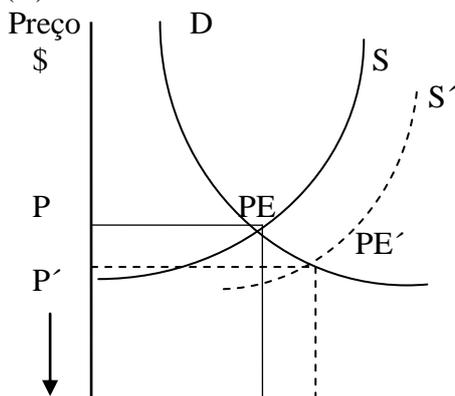


Figura 02

Na Fig. 02, a Curva de oferta se desloca de S para S' (da direita para a esquerda), de forma que o reflexo de tal deslocamento é absorvido por um aumento dos preços de P para P' e diminuição das quantidades, de Q para Q'; já que, não havendo variação na curva (condições) da demanda, a oferta menor, desocupando a capacidade instalada da indústria, passa a ser mais disputada pela demanda e, conseqüentemente, a indústria aumenta seus preços; por outro lado, a demanda resta prejudicada pela diminuição dos bens e o aumento dos preços.

**Varição na Curva de Oferta, mantida a Curva de Demanda: Hipótese (B)
Hipótese (C)**



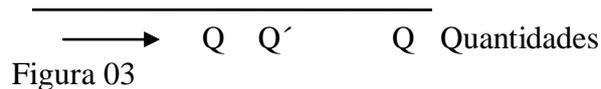


Figura 03

Na Fig. 03, a Curva de oferta se desloca de S para S' (da esquerda para a direita), de forma que o reflexo de tal deslocamento é absorvido por uma diminuição dos preços de P para P' e aumento das quantidades, de Q para Q'; já que, não havendo variação na curva (condições) da demanda, a oferta maior, ocupando a capacidade instalada da indústria, passa a disputar a demanda e, conseqüentemente deve diminuir seus preços; por outro lado, a demanda resta beneficiada pelo aumento dos bens e a diminuição de preços.

Ao que se vê acima, é importantíssimo que o Legislador, modificando o Texto Antitruste, como de fato, o fez, no Brasil, e o operador jurídico, em especial quando da apreciação concreta de casos e interpretação jurisprudencial da Norma Antitruste, tenham, em mente, que sua ação influencia sobremaneira o mercado. Políticas públicas, que venham a intensificar a ação antitruste, podem levar; no curto prazo, à diminuição dos preços, pelo aumento das condições concorrenciais, e ao aumento da oferta, inclusive com qualidade nos produtos; no longo prazo, em virtude da ação disciplinadora do Estado sobre o mercado, torna-se possível a entrada de novos concorrentes, em um primeiro momento e, depois, a estabilização das condições mercadológicas segundo a demanda seja atendida.

Por fim, políticas de flexibilização das leis antitruste levam ao recrudescimento da economia, pelo abuso de poder econômico, pela cartelização, pela proliferação de práticas infrativas e pela insegurança e incerteza causadas no mercado consumidor.

De qualquer forma, o Legislador e o SBDC devem estar atentos para não desestabilizar ou não reverter os incentivos que deseja propiciar no mercado. Normas excessivamente protetivas das relações consumeristas e que impliquem em prática empresarial conforme exigências excessivas do Antitruste podem levar; no curto prazo, ao desabastecimento e à escassez e, no longo prazo, à realocação dos fatores produtivos para atividades menos custosas para o investidor. Da mesma forma, normas excessivamente liberais quanto às relações de consumo e não garantidoras do comércio concorrencial podem levar à insegurança na demanda, ao abuso de poder econômico por parte da indústria e à proliferação de práticas infrativas e atos de concentração econômica em busca de economias de escala, ou, mesmo, de domínio de mercado, em instância de ineficientes monopólios, oligopólios e cartéis.

A dificuldade, então, para o tomador de decisão pública, está em definir o grau de intervenção normativa em mercado; assim, se chama a atenção para a necessidade de mensurar os efeitos de dada política estatal, mormente, como, aqui, identificados na área concorrencial, com vistas à eliminação eficiente das externalidades de mercado.

Ex postis, tem-se, *a priori*, que a novel legislação antitruste brasileira aperfeiçoou o SBDC que segundo se sabe, em suas três definidas etapas; conformes à Lei 4137/1962, à Lei 8.884/94 e, agora, sob a égide da Lei 12.529/2011; vem tornando-se cada vez mais eficaz²⁰ em busca da eficiência, é o que se infere dos gráficos e quadros abaixo, relativos, em especial, ao desempenho do CADE no período 2005-2012:

Cade em números - Geral

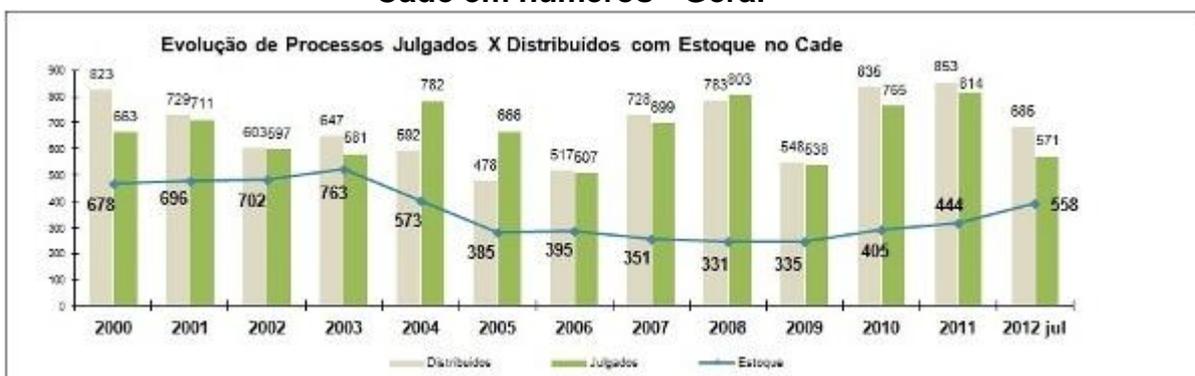


Gráfico 01
Fonte: CADE²¹

Observa-se que, em 2008, havia 331 processos em estoque no CADE; número que foi crescendo até chegar, em julho de 2012, a 558. Em 2004, 2008, 2010 e 2011 verificaram-se os maiores esforços para julgar os processos no CADE.

Processos Distribuídos						
Ano	AC	PA	AP	Embargos	Outros	Total
2005	393	41	21	2	21	478
2006	430	37	42	0	8	517
2007	599	42	65	0	22	728
2008	631	55	86	0	11	783
2009	460	23	62	0	3	548
2010	683	55	75	0	22	835
2011	758	31	48	0	16	853
2012 (jul)	587	36	40	0	22	685
Total	4541	320	439	2	125	3889
					Média/mês	49

Quadro 02
Fonte: CADE²²

²⁰ A propósito podem ser verificados os diversos relatórios do CADE disponíveis em Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?Id1d1fe12ecc2f0b2525>, acesso em 28/08/2012.

²¹ Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?Id1d1fe12ecc2f0b2525>, acesso em 28/08/2012.

Percebe-se a intensidade na ação do CADE segundo aumento sensível de análise de atos de concentração, processos administrativos e averiguações preliminares entre 2005 e julho de 2012, havendo um constante aumento de casos com exceção do ano de 2009.

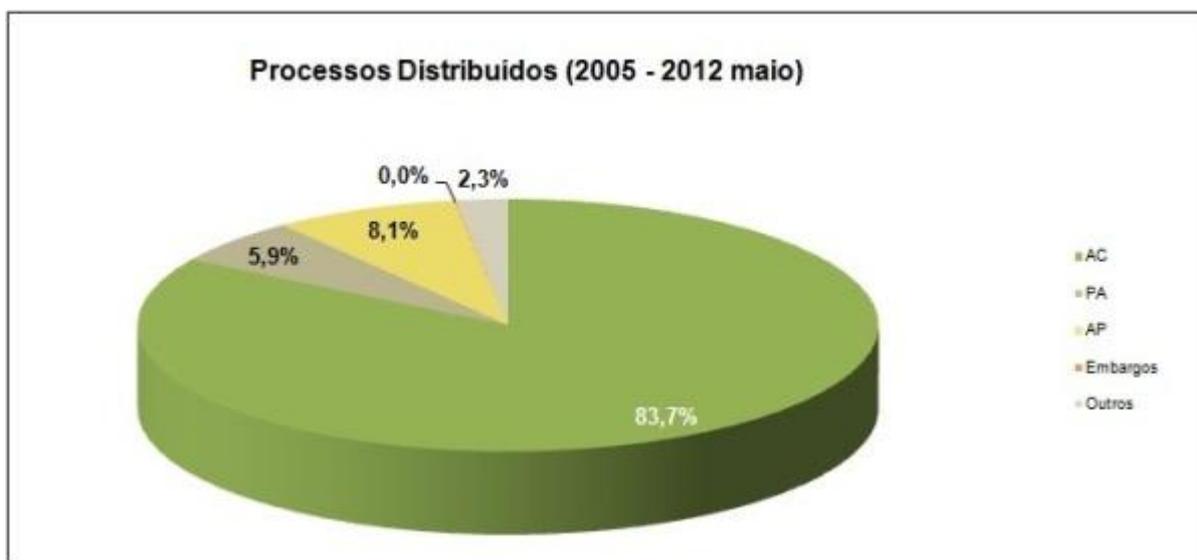


Gráfico 02
Fonte: CADE²³

Percebe-se, pois, que o grande esforço do CADE se verifica na análise das concentrações em mercado, perfazendo 83,7% dos casos comparados aos 5,9% de esforços dedicados à averiguação de práticas infrativas. Os processos administrativos podem não estar sendo instalados em virtude de fatores como: a dificuldade de comprovação das práticas, a deficiência dos elementos coligidos em averiguações preliminares com vistas à abertura de processos administrativos e, mesmo, em virtude da baixa incidência dessas práticas ou, mesmo, da denúncia das mesmas na economia brasileira de mercado.

²² Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b2525>, acesso em 28/08/2012.

²³ Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b2525>, acesso em 28/08/2012.

Processos Julgados						
Ano	AC	PA	AP	Embargos	Outros	Total
2005	497	63	30	29	47	666
2006	402	30	35	19	21	507
2007	563	39	69	19	9	699
2008	638	52	81	15	17	803
2009	474	18	40	0	6	538
2010	660	20	57	13	15	765
2011	716	15	51	21	11	814
2012 jul	529	7	20	6	9	571
Total	4479	244	383	122	135	4792
					Média/mês	60

Quadro 03
Fonte: CADE²⁴

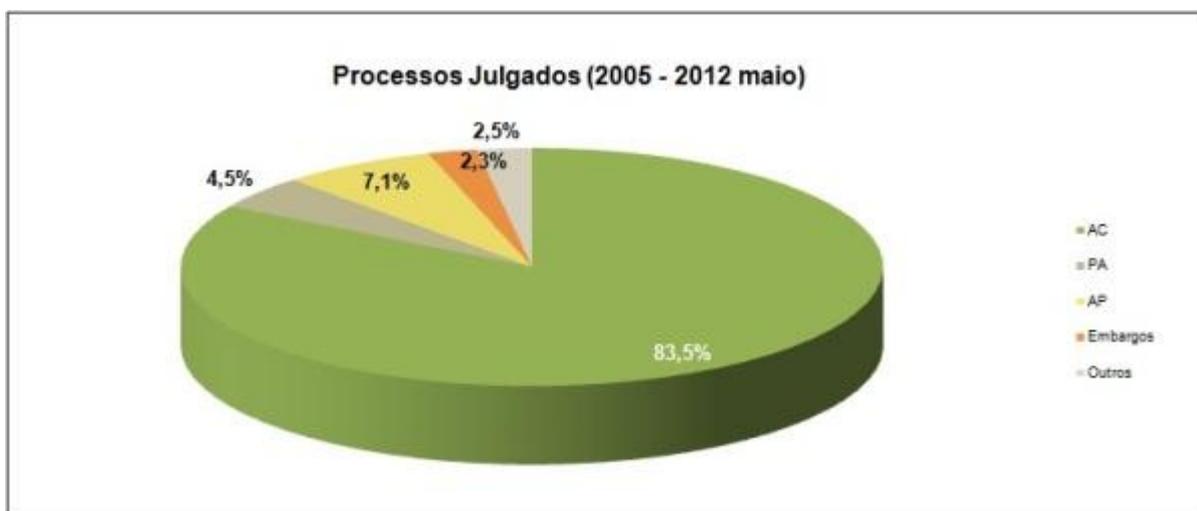


Gráfico 03
Fonte: CADE²⁵

A partir do Quadro 03 e do Gráfico 03, verifica-se a ação do SBDC em apresentar resposta à sociedade quanto à política antitruste brasileira, sendo que de 2005 a julho de 2012, 83,5% dos casos julgados foram atos de concentração, contra 4,5% de processos por práticas infrativas.

No geral, ainda sob a égide da Lei 8.884/1994, o SBDC atuou, mormente, no controle das estruturas econômicas do País; fato que, sendo importante, pode ser somado a uma atitude mais enérgica por parte dos agentes públicos no combate às práticas infrativas do Sistema. Parece que não se pode descuidar de uma ação estatal com vistas à punição dos agentes econômicos que pratiquem as infrações previstas, antes, no art. 21 da Lei 8.884/1994 e, agora, no art. 36, da Lei 12.529/2011. A economia nacional

²⁴ Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?Id1d1fe12eec2f0b2525>, acesso em 28/08/2012.

²⁵ Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?Id1d1fe12eec2f0b2525>, acesso em 28/08/2012.

não pode prescindir do necessário acompanhamento das práticas em mercado sob pena de se perder o benefício auferido pelas políticas de controle das estruturas.

Considerações Finais

Tratou-se de apreciar aspectos jurídico-econômicos da nova Legislação Brasileira de livre concorrência, Lei 12.529/2011, destacando-lhe pontos como a prevenção e a repressão aos abusos do poder econômico, seja através do controle das estruturas de mercado, seja através da coibição de práticas infrativas contra a Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988. Assim, cuidou-se da estrutura do SBDC e suas inovações, destacando-se o *SuperCADE*, composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência Geral, e pelo Departamento de Estudos Econômicos; ombreado pela SEAE e judicialmente representado pela ProCADE que, assim como o órgão do Ministério Público Federal não fazem parte do SBDC, mas, efetivamente atuam junto ao SBDC, conforme a Lei 12.529/2011. Observaram-se demais aspectos pontuais da norma, como o tratamento dos atos de concentração econômica, a enumeração das práticas infrativas previstas no Texto legal, a possibilidade do acordo de leniência, dentre outros. Enfatizando-se o Direito Administrativo Econômico, defendeu-se a aplicação de parâmetros da Teoria Econômica na criação e aplicação da lei de Direito Econômico Antitruste, especialmente demonstrando-se graficamente os efeitos econômicos de políticas capazes de flexibilizar ou enrijecer o tratamento antitruste da economia.

A partir do princípio de manutenção das condições de livre concorrência previsto no Texto Brasileiro Maior de 1988, em seu artigo 170, tratou-se de verificar a legislação infraconstitucional quanto à prevenção e repressão às infrações da Ordem Econômica Brasileira, demonstrando que a demanda e a oferta são forças de mercado recíprocas, ainda que distintas.

Observou-se, ainda, que, apesar da novel Legislação Brasileira voltada para o Antitruste estar sintonizada e ocupada com as diversas situações que deturpam as condições concorrenciais de equilíbrio de mercado – práticas infrativas; ainda, o SBDC atua principalmente, no controle das estruturas econômicas conforme preconiza a Escola de Harvard, sim; porém, já, agora, sendo de destacar, que tal controle das estruturas aceita as determinações do pensamento de Chicago, justificando as concentrações pelas eficiências apresentadas.

A propósito, lembre-se que a já superada ideia de um mercado ideal atomizado, no qual número grande de ofertantes e de demandantes transacionam produtos homogêneos de forma *romântica*, por assim dizer, já não é aceitável, justificando-se a concentração segundo inexorável e obstinado processo para a busca de eficiências alocativas, produtivas, dinâmicas e transacionais; ainda, sendo questionável a obtenção de economias de escala, de escopo e sinergias próprias da concentração econômica. No mundo real, entretanto, várias distorções são verificáveis nas relações econômicas fazendo necessário aparato normativo-institucional capacitado a criar ambiente competitivo sem dificultar a ação do capital, do trabalho, do consumidor e da indústria que necessita liberdade para expandir dentro de ambiente institucionalizado, de forma global, através de condições jurídico-administrativo-legais mínimas e suficientemente necessárias; mormente, mantenedoras de ambiente concorrencial, competitivo e garantidor dos direitos dos consumidores. A concorrência globalizada exige a diminuição dos custos de transação inerentes a pesados sistemas administrativo-judiciais e de normatividade obstaculizante do dinâmico processo econômico, que, no entanto, deve ser mantido em nível de eficiência própria à eliminação dos possíveis conflitos sociais.

A Lei 12.529/2011, conforme ao Princípio Constitucional da Livre Concorrência deve ser entendida conforme perspectiva capaz de otimizar a alocação dos diversos fatores produtivos, segundo o ambiente institucional do mercado livre, porém, administrativamente regulado; propiciando aumento das possibilidades de desenvolvimento do País. Para tanto, devem ser adequada e oportunamente utilizados os parâmetros e ferramentais da Teoria Econômica como próprios para a tomada de decisão na apreciação das reais situações de mercado. No Brasil, restam, pois, administrativamente condenadas, à luz da Lei Antitruste Pátria, as práticas que levem ao abuso de poder econômico, ao aumento arbitrário de lucros e à eliminação da concorrência.

Referências

- ANDERS, Eduardo Caminati, PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente (Organizadores) *et al. Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método. 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*, São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*, São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11/06/1994 - Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

BRASIL; Lei nº 9.021, de 30/03/19/1995 - Dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. . Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências

CADE in <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12ecc2f0b2525>, acesso em 28/08/2012.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *et al. Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1993.

CORDOVIL, Leonor *et al*; *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529*, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: RT. 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência : (comentários à Lei antitruste)*. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

POSSAS, Mario Luiz *et al. Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

RIANI, Flávio, *Economia: Princípios básicos e introdução à Microeconomia*, São Paulo: Pioneira, 1998.

ROSSETTI, José Paschoal, *Introdução à Economia*. 14 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 1990.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Fábri, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: - A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval e GARCIA, Manuel Enriquez, *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2002.