

O NOVO PARADIGMA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O SURGIMENTO DE UM MODELO EFICIENTE: UMA AVALIAÇÃO *MICRO* E *MACRO* DA NOVA DINÂMICA DE ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.

THE NEW PARADIGM OF COMPETITION POLICY AND THE RISE OF AN EFFICIENT MODEL: A MICRO AND MACRO EVALUATION OF THE NEW DYNAMICS OF THE ANALYSIS OF MERGERS IN THE BRAZIL'S COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE.

Ângelo José Menezes Silvino¹

RESUMO

A disciplina jurídica da defesa da concorrência é ainda um campo passível de profundas explorações, uma vez que, em relação aos demais ramos do Direito, sua origem é extremamente recente, remontando ao final do século XIX – quando criou-se uma *interface* comunicativa entre Direito e Economia. Desta feita, o objetivo do presente trabalho é analisar o novo paradigma da defesa da concorrência no qual se encontra inserido o Brasil após a promulgação da Lei nº. 12.529/11, especialmente no que tange a investigação dos resultados práticos alcançados após a implementação de um modelo pautado em padrões objetivos de notificação e análise *a priori* dos atos de concentração. Nesse sentido, traça-se cortes epistemológicos e cronológicos no processo de evolução do Direito Concorrencial, para, em seguida, analisar, através de uma hermenêutica sistemática, os mecanismos constitucionais, infraconstitucionais e demais resoluções normativas vigentes, confrontando-as com dados coletados e fornecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em dois momentos distintos – antes e após a promulgação da Nova Lei Concorrencial Brasileira. Como metodologia utilizou-se o método de abordagem histórico, comparativo e estatístico, além da técnica da documentação indireta através do levantamento de pesquisas bibliográficas (em livros, artigos científicos e revistas) e da análise documental das legislações e relatórios de gestão do CADE relacionadas ao tema. Como conclusão percebeu-se uma transição de um modelo ineficiente para um modelo eficiente, especificamente no que pertine ao tempo e qualidade das decisões exaradas quando da análise dos atos de concentração.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da Concorrência; Direito; Economia; Atos de Concentração.

ABSTRACT

The legal discipline of antitrust still a liable field of exploration, since, compared to others areas of law, its origin it's extremely recent, dating from the late nineteenth century – when it was created a communicative interface between Law and Economy. Thereby, the main purpose of this research is to analyze of antitrust where Brazil lies after the enactment of Law no. 12.529/11, especially regarding to the investigation of the practical results achieved after the

¹ Mestrando em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: angelojms@hotmail.com e angelojmenezes@gmail.com

implementation of a model based on objective reporting standards and a previous analysis of mergers. Thus, it's traced some epistemological and chronological incisions in the process of evolution of the Antitrust Law, to then analyze, through systematical hermeneutics interpretations, the constitutional, infra legal and others normative resolutions, confronting them with the data collected and provided by the Brazil's Council for Economic Defense (CADE) at two distinct moments – before and after the enactment of the New Brazilian Antitrust Law. As methodology it was used the historical, comparative and statistical method, and, also, the technique of indirect documentation by surveying bibliographical research (in books, papers and magazines) and documentary analysis of laws and management reports of CADE related to the main theme of the present research. As a conclusion it was realized that nowadays it's noticeable a transition from an inefficient model for an efficient model, especially regarding to the time and the quality of the decisions which have been taken during the analysis of mergers.

KEYWORDS: Competition Policy; Law; Economy; Mergers.

1 INTRODUÇÃO

Diferentemente do Direito Constitucional e do Direito Civil, que possuem bases teóricas estabelecidas em séculos onde ainda vigoravam Estados Absolutistas ou seus antecessores, o Direito Concorrencial tem sua origem demarcada só no final do século XIX – ganhando relevância somente após as primeiras décadas do século XX.

Com o surgimento dos grandes *trusts*, a necessidade de correção das falhas de mercado oriundas do liberalismo exacerbado e, principalmente, com a aproximação do Direito e Economia (surgimento do Direito Econômico e reconhecimento das ordens econômicas nos textos constitucionais), a disciplina jurídica da concorrência nasce e se afigura como mecanismo efetivo na contenção dos abusos perpetrados pelas grandes empresas.

No Brasil essa preocupação aparece somente com um século de atraso, quando, através da Lei 8.884/94, estrutura-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Malgrado, apesar do evidente atraso em tratar das questões relativas a *interface* entre Direito e Economia e, especialmente, daquelas que cuidam da tutela dos cânones da livre concorrência e da liberdade de iniciativa, o que se observou, durante a edição e vigência da Lei 8.884/94, foi uma manipulação equivocada de certos mecanismos legais pelo legislador infraconstitucional no momento em que positivou a mesma.

A existência de uma tutela formal e material da livre concorrência não implicava, *ipso facto*, em uma tutela efetiva dos referidos princípios da Ordem Econômica consagrados pela Constituição Federal de 1988. Havia, na verdade, um modelo ineficiente que, por muitas vezes,

obstacularizava a circulação de capital, os investimentos estrangeiros e o próprio desenvolvimento do país.

Na tentativa de remediar (ou expurgar da realidade concorrencial pátria) esses efeitos indesejáveis, operou-se a primeira grande reforma no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, onde fora reestruturado todo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e modelo então vigente de análise dos atos de concentração.

Isto posto, tem-se que o objetivo do presente texto é o de analisar a nova lei concorrencial brasileira (Lei nº. 12.529/11), o novo modelo por ela estabelecido e os resultados práticos alcançados até a data de conclusão da presente pesquisa, especialmente no que tange a análise dos atos de concentração..

2 PANORAMA GERAL ACERCA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Em março de 1776 o mundo conheceu aquilo que mais tarde seria considerado como base do liberalismo econômico. Conheceu-se Adam Smith (1809) e sua teoria que, então, encontrava-se encartada no opúsculo "*An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*".

A presente teoria era a porta de saída para a situação caótica em que se encontrava parcela considerável da Europa. Observava-se, nas nações ocidentais da época, Estados que eram grandes, ineficientes e incapazes de promover a *salus publica* e/ou demais prestações as quais se propunham realizar.

Em assim sendo, com a expansão do liberalismo *smitheano* os Estados diminuíram suas estruturas até então hipertrofiadas e sufocadas por dívidas e adotaram um modelo alicerçado em um pressuposto basilar: ao Estado cumpria, exclusivamente, a aplicação da lei e a defesa do território.

Toda esfera privada, o mercado e a interação dos *players* foi deixada ao encargo da *mão invisível smitheana*, afinal, nas palavras do mesmo “(...) não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro, de onde esperamos conseguir o nosso jantar, mas, sim, em razão dos seus próprios interesses”. (SMITH, 1809, p. 26, tradução nossa).

Entretanto, como o curso da história mostrou, os ideais liberais levados a níveis extremos favoreceram a adoção de práticas colusivas e concentracionistas visando a dominação e

abuso dos (poderes de) mercados por grandes empresas, o que, conseqüentemente, descambou em duas conseqüências graves: a) a completa ausência de concorrência em diversos setores essenciais; e b) a elevação (acima de níveis razoáveis) dos preços dos produtos e serviços oriundos dos setores *retro* mencionados.

Essas grandes empresas, que substituíram o modelo do Estado-Empresa, não possuíam quaisquer preocupações com o bem-estar da sociedade, estando sua racionalidade direcionada, tão somente, à extração do máximo de lucro dos nichos que exploravam. Não são raros os relatos datados do final do século XIX e início do século XX, sobre a baixíssima qualidade dos produtos/serviços ofertados, as condições degradantes as quais eram submetidos os trabalhadores e os altos preços cobrados pelo empresariado – basta recordar, trazendo essa questão para exemplos nacionais, as diversas práticas abusivas perpetradas pelo Barão de Mauá (Irineu Evangelista de Sousa) ou, no plano externo, os levantes populares que resultaram na promulgação da Constituição Mexicana de 1917.

Entretanto, antes de avançar para o século XX é necessário entender a conjuntura sobre a qual alicerçaram-se essas grandes empresas. Dessa forma, tem-se que com o final da Guerra de Secessão, em 1865, e a conseqüente vitória dos Estados Unidos da América (norte) sobre os Estados Confederados da América (sul), o que se observou foi uma forte disseminação dos ideais liberais que até então estavam restritos ao norte do território americano. Acelera-se, assim, o processo de urbanização e industrialização (associado a um investimento maciço na expansão da malha ferroviária), consubstanciado em uma política concentracionista.

Como desdobramento de toda essa conjuntura (disseminação dos ideais liberais associados ao processo de industrialização intensificado), observa-se o surgimento do primeiro e, talvez, um dos maiores *trusts* de toda a história: a *Standard Oil Company* (posteriormente transformado em *Standard Oil Trust*).

Todo esse breve intróito histórico conta e contextualiza o surgimento do Direito Concorrencial (também conhecido como Direito Antitruste, em razão da nomenclatura utilizada pela *Standard Oil*), que remonta suas origens ao *Sherman Act* (1890), primeiro marco legal da disciplina jurídica da concorrência, promulgado com o fito de impor limites aos abusos perpetrados pelos *trusts* nos Estados Unidos da América – especialmente a *Standard Oil*.

A evolução histórica ainda passa, necessariamente, pela promulgação de uma série de outros diplomas: *Clayton e Federal Trade Commission Act* (1914), também nos Estados Unidos da

América; *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), *Kartellverordnung*, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), respectivamente em 1907, 1923 e 1957, na Alemanha; além das diversas teorizações das Escolas de Harvard (*SCPP Paradigm*), Chicago e Freiburg, ainda na primeira metade do século XX – continuadas nas décadas seguintes.

"(...) a lei antitruste possui uma relação de simbiose com a democracia. Cidadãos possuem um direito de liberdade de ação; o governo tem o dever de evitar que o poder privado (das empresas) ameace a liberdade das pessoas. Deve haver, então, um equilíbrio para prevenir que o poder conferido as instituições com o propósito de promover a liberdade, termine tornando-se uma ameaça as demais liberdades que devem ser tuteladas." (FOX, 2002, p. 76, tradução nossa).

No Brasil, entretanto, conforme pode se perceber pela ausência de qualquer tipo de menção, a defesa da concorrência permaneceu inexistente (até mesmo formalmente) até meados da década de 60, conforme será visto no tópico seguinte.

3 BRASIL: DA INEXISTÊNCIA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA A SUA TUTELA FORMAL

Entre a promulgação da primeira Constituição, em 1824, e a regulação da economia popular pela primeira vez em um texto constitucional (Constituição de 1934), observa-se um lapso de mais de um século, o que reforça, conforme afirmou Ives Gandra da Silva Martins (1998, p. 2) a dispensa de importância dada pelos legisladores pátrios à temática ora em estudo até a auferida época.

Conforme exaustivamente apontado pela doutrina especializada no tema, destacando-se, nesse sentido, os estudos de Ricardo Morishita Wada (1999, p. 1-3), José Inácio Gonzaga Franceschini e Edgard Antonio Pereira (1996, p. 1-7), o Direito da Concorrência no Brasil estrutura-se com base em uma lógica de defesa do consumidor e do direito penal econômico – o que pode ser melhor visualizado, tal como também coloca Benjamin M. Shieber (1966, p. 4), após a promulgação do Decreto-Lei número 869.

Desta feita, pode-se falar que no interstício de quase dois séculos (1824 até 1994) o Brasil vivenciou duas fases principais: a) a *inexistência da defesa da concorrência*, consubstanciada no período compreendido entre 1824 e 1964; e b) a *existência formal da defesa da concorrência*, localizada entre o período decorrido entre 1964 e 1994.

Durante a primeira fase o que se observa é um completo desprezo dos legisladores com quaisquer questões relativas a proteção da liberdade de iniciativa ou livre concorrência – ao

menos no plano da concretização das ideias. Convém ressaltar que a própria regulação da economia popular e a reformatação da ordem econômica brasileira estavam inseridos, muito mais, em um contexto de importação dos ideais da Constituição de Weimar (Alemã) de 1919, do que propriamente na tutela concreta e na efetivação de princípios gerais de combate as distorções de mercado.

A maior prova disso, talvez, seja o completo desprezo não dispensado ao Decreto-Lei nº. 7.666/45 (também conhecido como Lei Malaia, onde a palavra CADE foi utilizada pela primeira vez para designar uma Comissão Administrativa de Defesa Econômica – que na prática não realizava nenhuma função relevante) e ao Projeto de Lei 122/48, proposto por Agammon Magalhães, arquivado, e só levado em consideração anos depois, quando o mesmo projeto (que previa, dentre outras coisas, a criação de uma autoridade concorrencial) foi levado ao Congresso pelo seu filho, Paulo Germano Magalhães e convertido sob a forma da Lei 4.137, de 10 de Setembro de 1962.

Encerrava-se um século de meio de inexistência de quaisquer mecanismos efetivos de defesa da concorrência, para se inaugurar uma nova fase: a existência de uma defesa da concorrência meramente formal – ou seja, ainda plenamente inefetiva.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1995, p. 1-4), fora criado com o fito de regular e reprimir o abuso ao poder econômico. Contudo, sem embargo da salutar decisão de se criar o mencionado órgão, o que se observou na prática (durante os quase trinta primeiros anos de existência do CADE), foi que a extrema abertura dos termos fixados em lei, obstaculizou toda e qualquer tentativa de atuação do predito órgão na consecução da livre concorrência e liberdade de iniciativa.

Nesse sentido, o caso da *Barrilha* (Processo Administrativo 01/66), serve para ilustrar as dificuldades do CADE em suplantar os vazios deixados pelo legislador infraconstitucional, vejamos:

“EMENTA: O abuso do poder econômico caracteriza-se por meios que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

A eliminação da livre concorrência ou o emprego de meios para consegui-la é substancial à infração. Importação irregular de barrilha. Uso de meios artificiosos para eliminar a concorrência.

É salutar a existência de um órgão como o CADE, capaz de promover levantamentos e análises em setores de produção e comercialização para apurar possíveis abusos do

poder econômico. Apurar para julgar e punir, mas também para reconhecer a improcedência de denúncias que não encontrem prova nos fatos. É pelo julgamento imparcial e sem paixões que se deve afirmar o CADE. O processo administrativo é instaurado quando há indícios da infração verificados nas averiguações preliminares.

Considera-se improcedente, entretanto, se não há provas autorizadoras da condenação.

Acordam os membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por votação unânime, pela improcedência do presente processo administrativo, declaradas as indiciadas isentas de culpa, nos termos do Relatório e Voto do Relator.

Em Sessão, 4 de agosto de 1966.” (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo 01/1966, Relator: Luiz Garcia, 1966)

Associado a essa difícil tarefa, cumpre ressaltar que durante as décadas de 60 e 70 (principalmente) o Brasil viveu um momento marcado por fortes políticas desenvolvimentistas (especialmente com os Planos de Desenvolvimento Nacional 01 e 02) consubstanciadas por diretrizes extremamente concentracionistas, o que somente corroborava para emprestar desprestígio a fiscalização exercida pelo CADE no âmbito da análise dos atos de concentração.

Sérgio Buarque de Holanda Filho (1983) realizou um vasto estudo estatístico acerca da Estrutura Industrial brasileira nas décadas de 60 e 70, no qual analisou os dados da época, fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), para então calcular os índices de concentração (CCF_4) de diversos setores da economia do Brasil. Concluiu-se, à época, pela forte concentração nos setores alvos dos Planos de Desenvolvimento Nacional, especialmente quando esses dados foram confrontados com a realidade dos mesmos setores em outros países, conforme pode se depreender das tabelas e figuras que seguem.

Tabela 1: Índices CCF_4 e CCE_4 em alguns mercados brasileiros (1960-1970)

GÊNERO	CCF_4	CCE_4
Minerais Não-Metálicos	0,454	0,395
Metalúrgica	0,331	0,317
Material Elétrico	0,502	0,462
Material de Transporte	0,620	0,507
Química	0,381	0,335

Fonte: Holanda Filho, 1983, p. 94

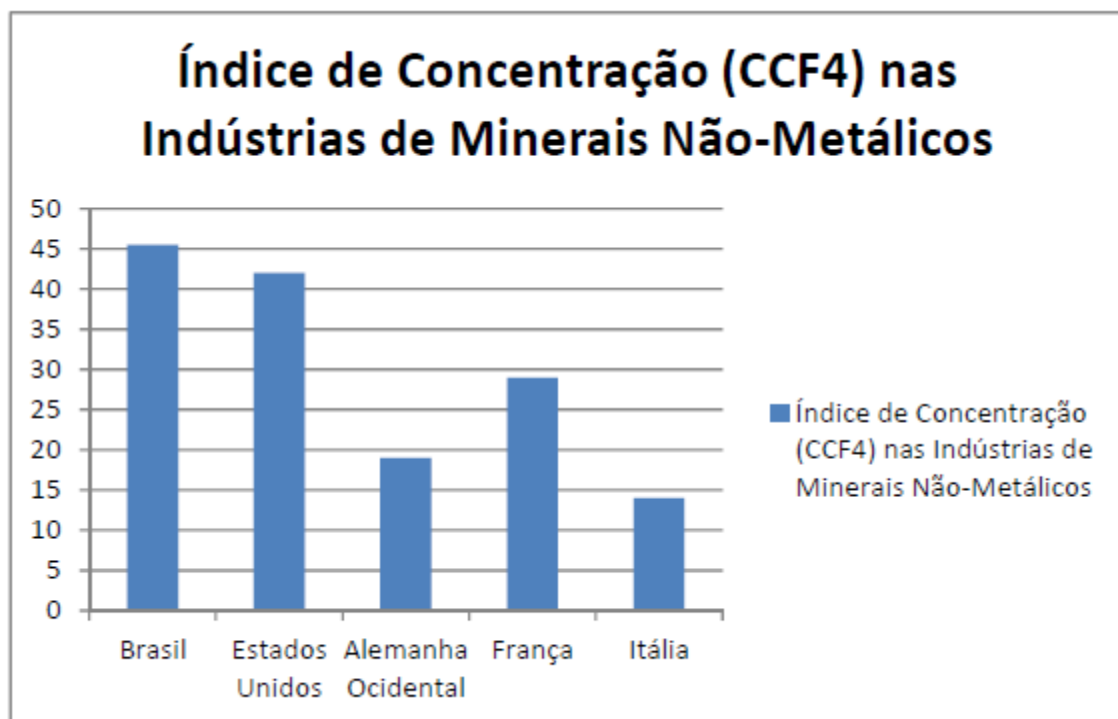


Figura 1 – Índice de Concentração (CCF₄) nas Indústrias de Minerais Não-Metálicos.
Fonte: Holanda Filho, 1983, p. 100

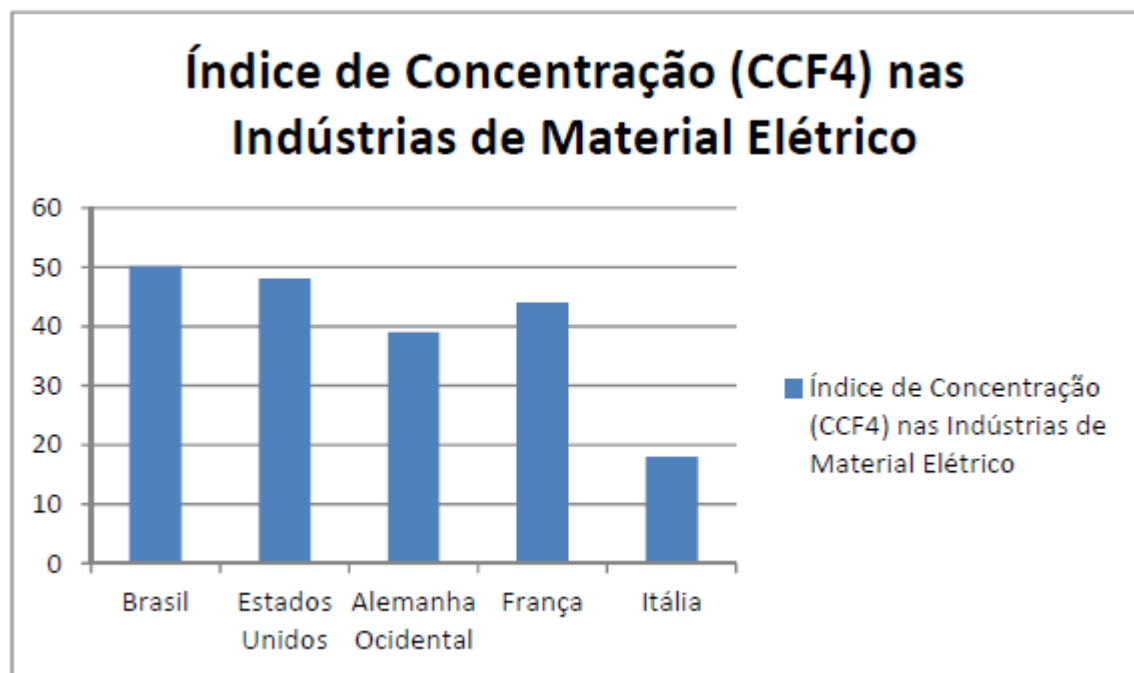


Figura 2 – Índice de Concentração (CCF₄) nas Indústrias de Material Elétrico.
Fonte: Holanda Filho, 1983, p. 100

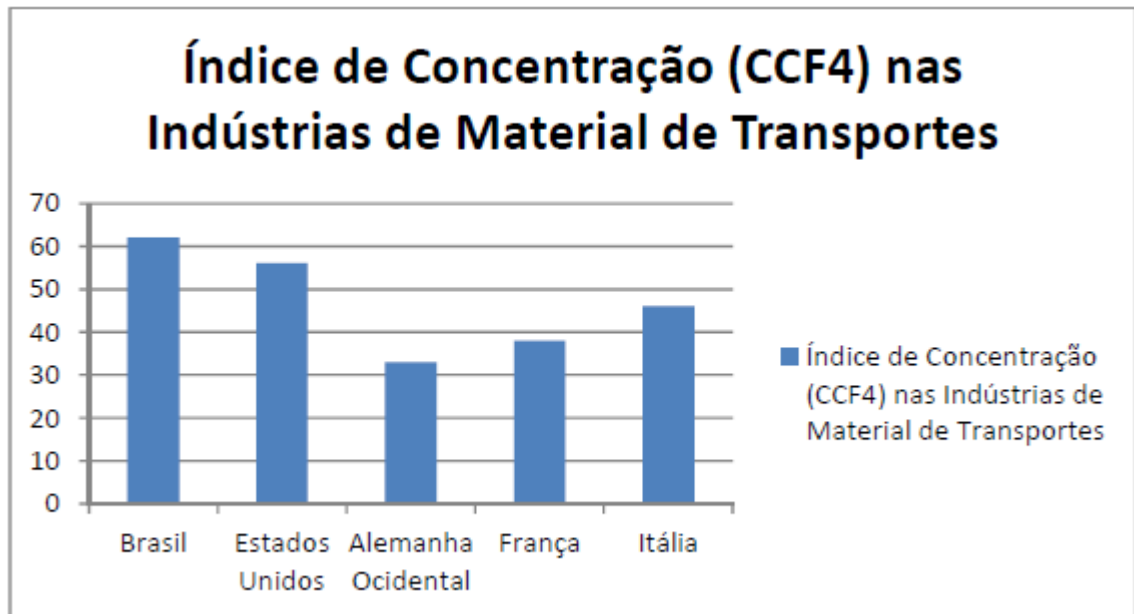


Figura 3 – Índice de Concentração (CCF₄) nas Indústrias de Material de Transportes.
Fonte: Holanda Filho, 1983, p. 100

Gradativamente, fora sendo observado que os elevados índices de concentração, encontravam-se, quase sempre, associados à completa ineficiência dos *players* (especialmente os nacionais/estatais). Esse foi, então, o *trigger* para que fosse dado início a um processo de completa reforma da disciplina jurídica da concorrência no âmbito nacional.

A *retro* mencionada reforma começa, inicialmente, conforme pontua Gilberto Bercovici (2005, p. 37-43) com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que traz encapitulada, nos trechos destinados a conferirem tônica à Ordem Econômica brasileira, os (agora) cânones (mandamentos nucleares, princípios, dentre demais terminologias) da livre concorrência e da liberdade de iniciativa.

Contudo, é somente com a promulgação da Lei 8.884, em 11 de junho de 1994, que o Brasil, enfim, dá início a criação de uma cultura concorrencial ao longo do seu território. Inicia-se uma nova fase, marcada pela existência de uma *defesa da concorrência formal e material* e pelo surgimento de um modelo ineficiente.

4 O SURGIMENTO DE UM MODELO INEFICIENTE DE ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Com a promulgação da Lei 8.884/94 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passar a gozar do *status* de autarquia, servindo como pedra de torque do recém-estruturado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que era composto, ainda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

A legislação em foco sistematizava superficialmente a atuação conjunta desses três órgãos e, também, ainda que embrionariamente, fazia uma clara distinção entre a apuração de práticas anticompetitivas (condutas) e as apurações relativas às concentrações de agentes econômicos (estruturas).

Sob a égide da nova legislação, ainda que as práticas concentracionista tenham se acirrado – muito disso, em virtude de ser uma tendência natural do contexto em que se inseria o Brasil da época e também em razão da contínua busca pelo aprimoramento das economias de escala e redução do custo marginal de produção –, com a necessidade de submissão dos atos de concentração (ainda que *a posteriori*), afirmam vários autores, dentre eles Isabel Vaz (2001), que o órgão máximo de defesa da concorrência pátrio passou a ter mais relevância e influência direta na tutela das estruturas mercadológicas brasileiras.

Antes de analisar com maior profundidade o sistema de análise dos atos de concentração introduzido pela Lei 8.884/94, convém esclarecer que no campo do Direito Concorrencial o termo *concentração*, conforme preceitua Paula Forgioni (2010, p. 415), está intimamente relacionado com a constituição ou alteração societária, especialmente no que pertine ao compartilhamento, aquisição ou consolidação do poder de controle.

Desta feita, valendo-se da divisão feita por Calixto Salomão (2007, p. 300) poderá se falar em: a) concentrações (*sobreposições*) horizontais, nos casos onde os agentes econômicos pertencem a um mesmo mercado relevante; b) concentrações (*integrações*) verticais quando empresas que atuam em diferentes níveis de uma mesma cadeia produtiva, reúnem suas estruturas (*i. e.* o exemplo clássico de um posto de gasolina e a distribuidora de combustível, ou esta última e a refinaria); ou c) conglomerados, que na visão de Robert H. Bork (1993, p. 246), é hipótese residual das demais situações que não são classificadas nem como concentrações horizontais ou verticais, abarcando casos onde, *e. g.*, uma empresa de fabricação de vestuário de Nova Iorque

adquire uma fabricante de vinho da Califórnia (não há verticalidade nem horizontalidade no caso).

4.1 ESTRUTURA INEFICIENTE

Feitas essas breves digressões explicativas e retomando a Lei 8.884/94, alcança-se a primeira crítica: a completa ausência de uma *efetiva* estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), especialmente no que tange a atuação sistemática dos diversos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência pátria.

Sem embargo do reconhecimento da atuação conjunta do CADE, SDE e SEAE, da definição das atribuições do Plenário e da existência de uma procuradoria própria do CADE, o que se observou, desde o início da vigência da Lei 8.884/94, especialmente no que pertine aos procedimentos para análise e julgamento dos atos de concentração, era que não haviam diretrizes objetivas sobre como deveriam atuar cada um desses organismos (isolada e conjuntamente).

Desta feita, foram necessárias diversas instruções normativas, resoluções e portarias para disciplinar a dinâmica que seria adotada na análise dos atos de concentração. Após a expedição dos mencionados atos, o SBDC ficou estruturado da seguinte forma:

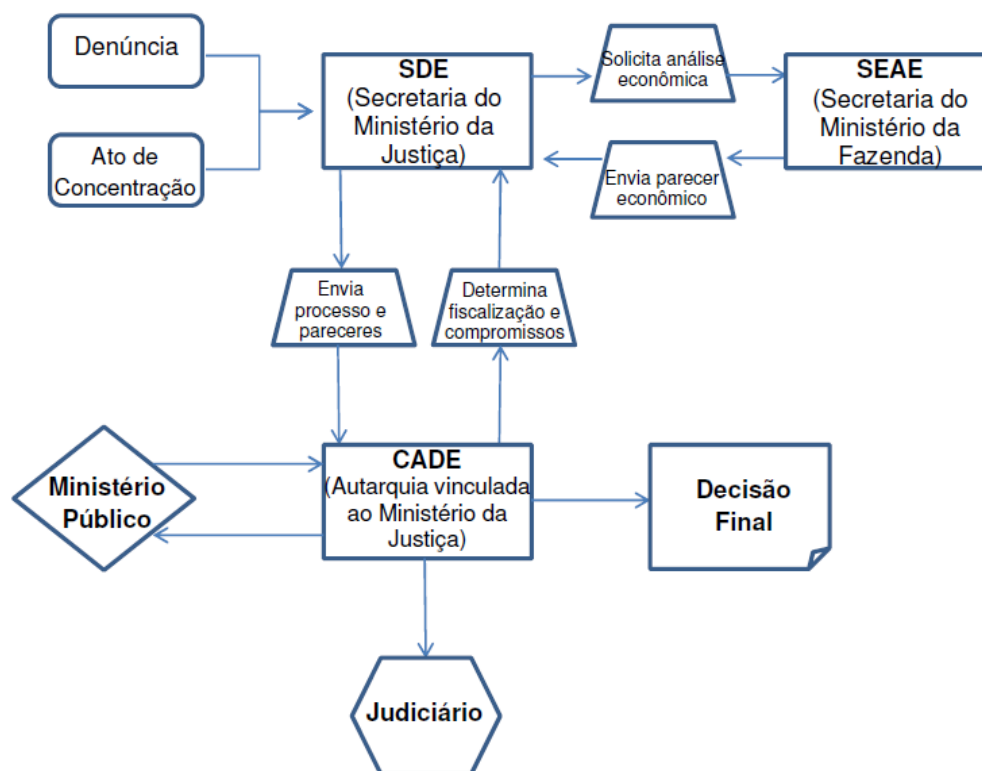


Figura 4 – Estrutura do SBDC sob a égide da antiga lei concorrencial.
Fonte: Lei nº. 8.884/94

A priori, através de uma análise meramente superficial (visual), é possível afirmar que o presente modelo não transparecia (ou passava aos interessados) qualquer tipo de organização sistemática e/ou prática.

A bem da verdade, na *práxis* o que ocorria ultrapassava os limites do racional: a empresa notificante do ato de concentração, por exemplo, terminava apresentando a notificação não só em um, mas em todos os três organismos (CADE, SDE e SEAE) simultaneamente, com o fito de tentar agilizar o processo de análise.

Tinha-se, então, três organismos, vinculados a diferentes ministérios, com diferentes funcionários e diferentes competências, analisando, de acordo com suas possibilidades (disponibilidade), o mesmo ato de concentração, em momentos totalmente distintos. Não obstante a isso, no caso da necessidade de realização, por exemplo, de instrução complementar, por muitas vezes, o processo, que já se encontrava no CADE, tinha que retornar (fisicamente) até a SDE para realização das diligências.

Ademais, contribuindo para a maior ineficiência do antigo sistema, haviam ainda questões como os critérios para notificação dos atos de concentração e a própria análise *a posteriori*, como será visto adiante.

4.2 ANÁLISE INEFICIENTE (*MARKET SHARE*, FATURAMENTO E NOTIFICAÇÃO).

A antiga legislação antitruste brasileira também previa, especificamente nos parágrafos 3º e 4º do Artigo 54, que a notificação dos atos de concentração: a) se daria com base no *market share* ou faturamento da empresa; e b) poderia acontecer em até 15 (quinze) dias após a sua consumação.

Em um primeiro momento, há de se abordar a questão relativa a utilização de critérios não objetivos para notificação, ou seja, a possibilidade de notificação com base no *market share* detido pela empresa e não com base unicamente no seu faturamento.

A utilização da parcela de mercado detida pela empresa como critério de notificação vem sendo bastante criticada nas últimas décadas em razão da grande mão de obra necessária para averiguar a veracidade dos dados fornecidos pelas empresas notificantes.

“Para definir um mercado é necessário identificar os produtores que oferecem produtos aos consumidores daquele nicho, assim como as alternativas de demais firmas que oferecem produtos e serviços semelhantes para esse mesmo nicho. Um mercado bem definido ajuda a excluir da apreciação outros potenciais fornecedores cujos produtos são bastante diferentes (dimensão do produto) ou estão muito afastado (dimensão geográfica) e que provavelmente não possuem capacidade (ou interesse) de produzir um

substituto aos produtos já ofertados em determinado nicho do mercado." (AREEDA; HOVENKAMP, 2002, p. 225, tradução nossa).

Desta feita, na prática, em muitos casos, o CADE, SDE e a SEAE se viam diante de atos de concentração com baixo potencial ofensivo, mas que em razão dos critérios estabelecidos em lei, terminavam sendo notificados com base no critério do *market share*, o que demandava não somente a análise do ato em si, mas profundos estudos sobre os mercados relevantes atingidos (dimensão geográfica e de produtos), possibilidade de exercício de *market power*, dentre outros estudos econômicos.

“Para quantificar a concentração, é necessário primeiro definir os limites do mercado. O cálculo dos *market shares* requer conhecimento acerca do total de venda do mercado, o que, por sua vez, requer a definição de quais produtos vendidos a quais consumidores constituem um mercado bem definido.” (VISCUSI, 2000, p. 156, tradução nossa).

Como consequência direta da dicotomia dos critérios necessários para notificação, a melhor média de dias necessários para se julgar um ato de concentração alcançada pelo CADE entre os anos de 2000 e 2012 foi de 154 (cento e cinquenta e quatro) dias.

Outrossim, o legislador infraconstitucional também não utilizou da melhor exegese jurídica ao estabelecer, no quarto parágrafo do artigo 54, que os atos de concentração deveriam ser apresentados previamente *ou no prazo de até 15 dias* após sua consumação.

À data de publicação da Lei 8.884/94, poucas eram as agências responsáveis por realizar a defesa da concorrência que já haviam adotado um controle prévio dos atos de concentração. Seguindo a tendência existente na Europa da época (Regulamento CEE 4064/89), o Brasil optou pelo sistema facultativo (“apresentação prévia ou em até ‘x’ dias”).

Nos Estados Unidos da América, porém, seguindo a linha de vanguardismo em assuntos correlatos ao Direito Concorrencial, adotou-se, desde 30 de Setembro de 1976, através do *Hart-Scott-Rodino Act (HSR Act)*, um dispositivo denominado *premerger notification*. Fixou-se, assim, que a notificação (*notification*) deveria ocorrer previamente (*previous*) a consumação do ato de concentração (*merger*).

“A notificação prévia dos atos de concentração, uma das mais relevantes alterações legislativas ocorrida nos últimos anos, permite que as autoridades antitrustes federais analisem aquisições mais relevantes antes mesmo delas ocorrerem, de forma a prevenir que tal evento (ato de concentração) cause sérios problemas concorrenciais. Outra consequência da notificação prévia dos atos de concentração foi que a aplicação do referido mecanismo aproximou os atos de concentração muito mais do Direito

Administrativo do que das contendas judiciais.” (GRIMES; SULLIVAN, 2006, p. 559-560, tradução nossa).

A postura do legislador infraconstitucional (tal como a adotada na necessidade de definição do *market share*) criou, *a priori*, uma enorme celeuma: como reprovar (e, desta forma, separar as estruturas das empresas envolvidas) um ato de concentração que já se encontrava consumado?

O problema, contudo, transcendia a mera garantia de reversibilidade da operação (que foi parcialmente sanada com a consagração dos Acordos de Preservação e Reversibilidade da Operação – APRO), transpassava, também, pelo intercâmbio de informações estratégicas, pela realocação de determinadas estruturas e colaboradores, pela volatilidade das ações das empresas envolvidas no mercado de capitais, dentre uma série quase infindável de fatores indesejáveis.

4.3 NOTA CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

Com base na análise dessa nova fase do direito concorrencial brasileiro (*defesa formal e material da concorrência*), percebe-se que com a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, muitos avanços foram percebidos, especialmente no sentido de se conferir uma maior importância a tutela da livre concorrência e da liberdade de iniciativa.

Entretanto, o legislador infraconstitucional falhou em muitos aspectos que colocaram o CADE e o próprio SBDC, por diversas vezes, em uma postura desconfortável perante a sociedade como um todo.

No aspecto *macro* (observando, portanto, a estruturação do órgão como um terceiro externo ao mesmo) a ausência de dispositivos regulando e sistematizando a interação entre Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Secretaria de Direito Econômico e Secretaria de Acompanhamento Econômico, contribuiu para que a maior parte dos procedimentos tivesse um trâmite extremamente complexo e moroso.

Em uma perspectiva *micro* (ou seja, no que pertine as dinâmicas internas de cada organismo), o que se percebe, é que a adoção de critérios subjetivos e *a posteriori* para fixar o *modus operandi* da notificação dos atos de concentração, terminou por não somente contribuir para uma análise mais lenta, como também torna-la menos eficaz.

5 A REFORMA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A REESTRUTURAÇÃO DO CADE E O SURGIMENTO DE UM MODELO EFICIENTE.

A constatação de todos os problemas *supra* mencionados, associados a outros desdobramentos nefastos culminou na pretensão de se reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em assim sendo, em 30 de Novembro de 2011 é então sancionada a Lei 12.529, a nova lei concorrencial brasileira, representando, talvez, um dos maiores avanços da cultura concorrencial pátria nos últimos séculos.

Todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é remodelado, ganhando novos organismos, ao mesmo tempo em que estruturas ineficientes (ou que já não eram utilizadas) são descartadas.

O Brasil, enfim, começa a dar os primeiros passos em direção daquilo que pode ser denominado como o estágio mais moderno da defesa da concorrência no mundo: o quarto estágio, a *efetiva tutela da concorrência*.

5.1 ESTRUTURA EFICIENTE

Com a promulgação da Lei 12.529/11 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica passa a ser o principal ator da defesa da concorrência, incorporando diversas atribuições antes dispersas entre a Secretaria de Direito Econômico (extinta pela nova lei) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Estrutura-se uma Superintendência-Geral e um Tribunal Administrativo no âmbito do próprio CADE, que passam a desempenhar, respectivamente, as funções que antigamente ficavam ao encargo (basicamente) da SDE e do Plenário.

Dessa forma, de uma interpretação sistemática dos artigos 3º e 5º da nova lei concorrencial, percebe-se que, em uma perspectiva *macro*, o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica passa a ser constituído da seguinte forma: a) Conselho Administrativo de Defesa Econômica, compartimentalizado em Superintendência-Geral (SG), Tribunal Administrativo (TA) e Departamento de Estudos Econômicos (DEE); e b) Secretaria de Acompanhamento Econômico.

O Departamento de Estudos Econômicos funciona como organismo eminentemente econômico, responsável por fornecer pareceres auxiliares na fundamentação e aplicação da legislação antitruste pelos demais organismos do CADE.

A Superintendência-Geral, conforme já mencionado introdutoriamente, fica responsável pela aplicação, em primeiro plano, da legislação antitruste, recebendo, analisando e conhecendo as denúncias e os atos de concentração notificados ao SBDC.

O Tribunal Administrativo, por sua vez, passa a funcionar como verdadeira “segunda instância” ou “instância superior” da análise antitruste, analisando somente os casos que a Superintendência-Geral entende como (complexos e) potencialmente ofensivos à livre concorrência.

Perceba que com a aludida mudança, algumas melhorias já se tornam sensíveis imediatamente. A análise do processo administrativo, *e. g.*, passa a ser processado inteira e exclusivamente dentro do próprio CADE, sem a necessidade de qualquer tipo de remessa para outros órgãos (vinculados a outros Ministérios), tal como o era antigamente.

Destarte, sem embargo das atribuições de cada organismo encontrar previsão na nova lei concorrencial, outro grande avanço observado foi a delimitação precisa da interação conjunta e sistemática de todos os órgãos componentes do SBDC, superando a antiga celeuma onde uma série de instruções normativas procuravam suplantar o vazio deixado pelo legislador.

Em assim sendo, com base em uma análise acurada dos dispositivos da Lei 12.529/11, seguem algumas ilustrações de como ficaram definidas as funções da Superintendência-Geral, Tribunal Administrativo e, logo em seguida, de como se estruturou o novo SBDC.

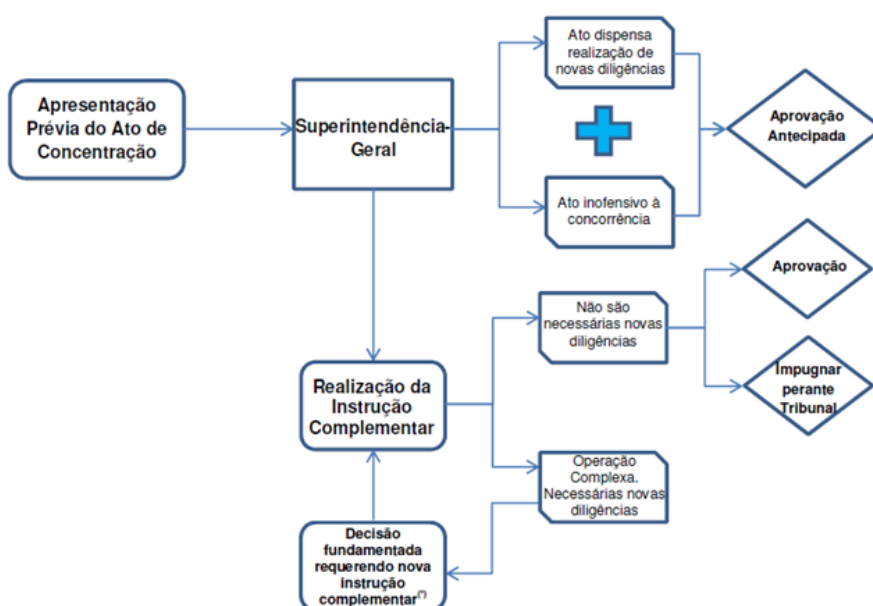


Figura 5 – Nova Estrutura (Superintendência-Geral)
Fonte: Lei nº. 12.529/11

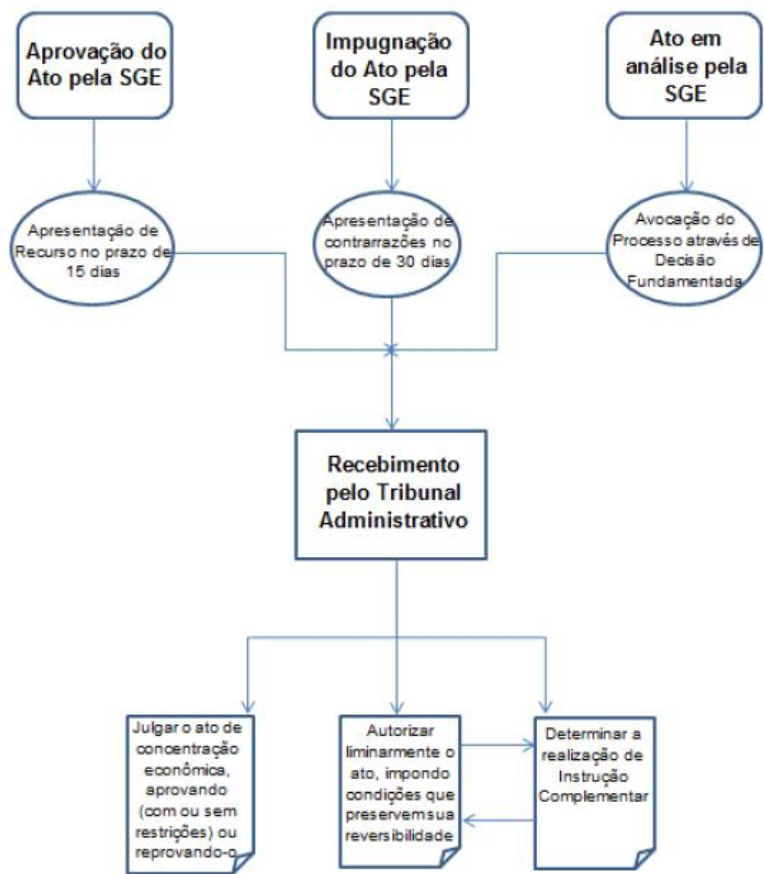


Figura 6 – Nova Estrutura (Tribunal Administrativo)
Fonte: Lei nº. 12.529/11

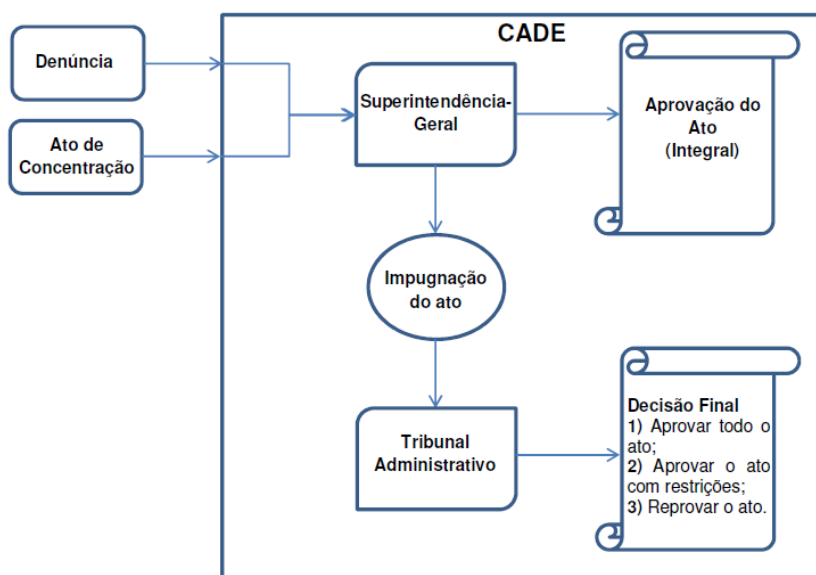


Figura 7 – O Novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
Fonte: Lei nº. 12.529/11

Resta claro, portanto, sob uma perspectiva *macro*, que a nova estrutura do CADE e do SBDC encontra-se não somente melhor delineada, mas, também, é mais eficiente, na medida em que o trâmite e análise dos processos em um único órgão, seguindo prazos próprios (não passíveis de qualquer suspensão), sem a necessidade de notificação a demais organismos (exceto nos casos dos mercados regulados, onde as agências reguladoras devem manifestar-se), contribuiu para a redução no tempo de análise desses procedimentos (conforme será visto adiante), bem como favoreceu o surgimento de decisões melhores fundamentadas e mais efetivas.

5.2 ANÁLISE EFICIENTE

Pari passu as alterações no âmbito da estrutura do SBDC, também foram sentidas alterações no que tange a análise e julgamento dos atos de concentração (e, em certos quesitos, em relação as condutas também).

O primeiro ponto que merece destaque é a revogação da hipótese de análise *a posteriori* dos atos de concentração e a instituição de um mecanismo correlato ao já mencionado *premerger notification*.

Assim, com a nova redação conferida pelo artigo 88, §2º, ficou estabelecido que a notificação dos atos de concentração devem ser feitas, exclusivamente, de maneira *prévia* ao órgão de defesa da concorrência.

Não obstante a isso, estabeleceu-se um único critério (*objetivo*) para que a notificação fosse obrigatória: novamente, seguindo a tendência norte-americana, adotou-se o critério único do faturamento, fixando-se que só devem ser notificados os atos de concentração quando um dos grupos tiver faturamento bruto de pelo menos R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e o outro faturamento bruto de pelo menos R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) – valores esses que, posteriormente, foram atualizados para, respectivamente, R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), através de resolução normativa.

Ademais, além da já mencionada previsão legal que estabelece a possibilidade de julgamento dos atos de menor potencial ofensivo pela Superintendência-Geral, regulamentou-se, através da Resolução Normativa CADE nº. 2, de 29 de maio de 2012, a hipótese de processamento dos atos de concentração por um rito *sumário*.

Desta feita, nos casos de *joint ventures clássicas ou cooperativas, substituição de agente econômico, consolidação de controle ou baixa participação de mercado* (com integração vertical

ou sobreposição horizontal), em ficando comprovado de plano que a operação é simples e não traz maiores danos concorrenciais, o procedimento é simplificado – inclusive com um formulário de notificação mais simples (sem necessidade de se demonstrar, por exemplo, inexistência da possibilidade de exercício de monopólio ou poder coordenado, dentre outros).

À guisa de fechamento do presente subtópico é importante frisar que, conforme dados fornecidos pelo próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica em seu Relatório de Gestão (2013), atualmente, mais de 80% (oitenta por cento) dos atos de concentração notificados ao CADE o são com pedido de análise pelo procedimento sumário – apenas para destacar a importância que hoje é dada a presente inovação em uma perspectiva *micro*.

5.3 INDICADORES DE EFICIÊNCIA

Com base nas mudanças detalhadas acima e utilizando dados fornecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2013), tentar-se-á traçar um paralelo entre os números obtidos com o modelo antigo, e os números obtidos nos 18 meses de vigência da nova lei.

Em um primeiro momento, uma análise do número de atos de concentração (que constituem, normalmente, o maior número dentro dos processos administrativos em trâmite no CADE). Em 2011 foram mais de 710 (setecentos e dez) atos de concentração notificados ao CADE, em 2012 (a nova lei só entra em vigor no segundo semestre) tem-se 825 (oitocentos e vinte e cinco) atos de concentração notificados e julgados. Já no ano de 2013, assiste-se uma queda vertiginosa: ao todo foram 447 (quatrocentos e quarenta e sete) atos de concentração notificados ao CADE.

Desta feita, com a mudança de critério para notificação dos atos de concentração (estabelecimento do critério objetivo do faturamento) observa-se uma *queda de 87% (oitenta e sete por cento) do número de notificações*.

Em números absolutos *há uma variação (redução) de quase 23% (vinte e três por cento) do número total de processos em trâmite no CADE – 836 (oitocentos e trinta e seis) de 2012 versus 272 (duzentos e setenta e dois) de 2013*.

Tabela 2: Quantidade e Tipo de Processos em Trâmite no CADE (2011-2013)

PROCEDIMENTO	2011	2012	2013
Atos de Concentração	716	825	447
Proc. Administrativo	15	13	38
Averiguação Preliminar	51	83	39
Outros	11	34	101
Total de Processos	814	836	643

Fonte: Relatórios de Gestão (2012 e 2013)

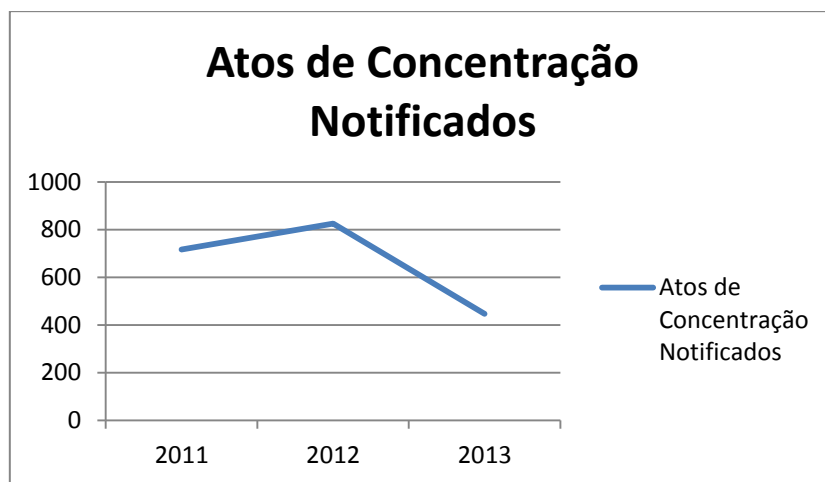


Figura 8 – Gráfico com base na Tabela 2.
Fonte: Relatórios de Gestão (2012 e 2013)

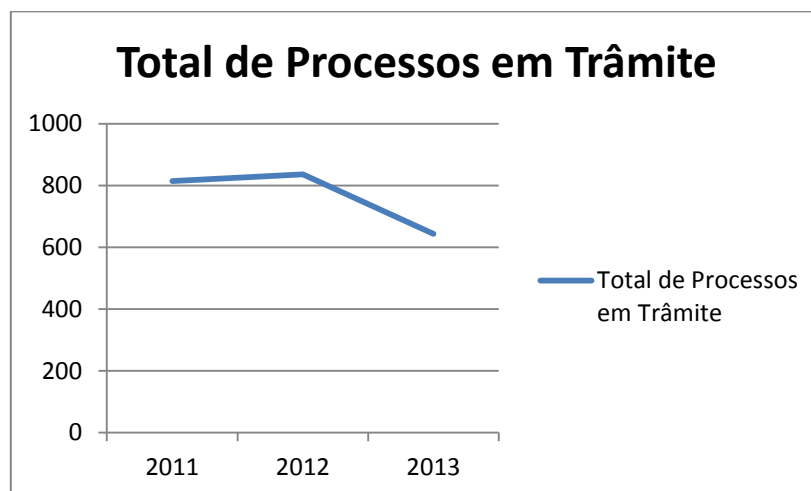


Figura 9 – Gráfico com base na Tabela 2.
Fonte: Relatórios de Gestão (2012 e 2013)

Outros números, igualmente fornecidos pelos Relatórios de Gestão do CADE, são tão expressivos quanto os primeiros: durante a égide da Lei 8.884/94 a melhor média de tempo necessário para julgamento dos atos de concentração foi de 154 (cento e cinquenta e quatro) dias – no ano de 2011.

Atualmente, computando todas as 510 (quinhentos e dez) decisões tomadas em processos relativos a atos de concentração desde a entrada em vigor da Lei 12.529/11 (incluindo nesse rol os procedimentos que seguem rito ordinário e sumário), alcança-se uma *média para julgamento dos referidos atos de concentração de 24 (vinte e quatro) dias*.

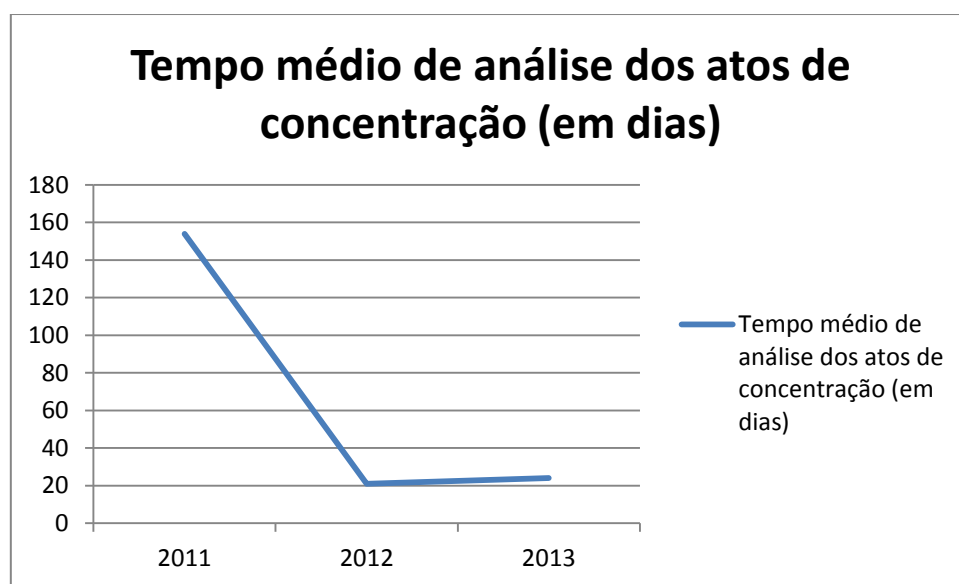


Figura 10 – Média de dias necessários para análise dos atos de concentração
Fonte: Relatório de Gestão (2013)

É perceptível, portanto, uma economia de 85% (oitenta e cinco por cento) do tempo anteriormente utilizado para análise e julgamento de um ato de concentração. Em outros termos: o CADE julga, hoje, um ato de concentração até 6 (seis) vezes mais rápido do que sob a égide da antiga lei concorrencial.

Indo um pouco além nos números, tem-se que o tempo médio de julgamento de um ato de concentração sob o rito ordinário é de 75 (*setenta e cinco*) dias quando o mesmo passa pelo Tribunal Administrativo ou 63 (*sessenta e três*) dias quando ele é aprovado sem restrições diretamente pela Superintendência-Geral. Colocando esses números em termos mais compreensíveis: até mesmo os atos mais complexos são, hoje, julgados com, pelo menos, metade do tempo que um ato de concentração simples levava para ser analisado e julgado sob a égide da Lei 8.884/94.

Cumpra ressaltar que atualmente que do número total de atos de concentração apresentados, 95% (noventa e cinco por cento) chegam com pedido de tramitação via rito sumário e, efetivamente, 86% (oitenta e seis por cento) tramitam em rito sumário, enquanto 14% (quatorze por cento) são, de fato, ordinários. O número mais expressivo, entretanto, fora deixado por último para servir como fechamento do presente subcapítulo: um ato de concentração que tramita sumariamente leva, em média, 20 (vinte) dias para ser julgado (quando é avocado pelo Tribunal) ou 18 (dezoito dias) quando sua aprovação é feita diretamente através da Superintendência-Geral. Em termos mais genéricos: *86% (oitenta e seis por cento) dos atos de concentração notificados ao CADE, hodiernamente, são julgados com uma média de 18 (dezoito) dias.*

6 CONCLUSÃO

Pesquisas e levantamentos feitos no passado apontavam, quase que obrigatoriamente, para possíveis ganhos de eficiência com uma reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se considerados os moldes estabelecidos pela Lei 12.529/11.

Eis que do plano teórico e da especulação estatística e econômica, superados 18 (dezoito) meses de implementação e concretização do novo marco legal da disciplina jurídica da concorrência, vivencia-se, hoje, o (talvez) período mais fértil no campo do Direito Econômico e Concorrencial no Brasil.

A confrontação dos dados passados, com os dados obtidos ao final de 2013, evidenciam que o Brasil caminha através de largos passos rumo ao quarto (e talvez, último) estágio da defesa da concorrência: o estágio da *efetiva tutela da livre concorrência e da liberdade de iniciativa*.

A atuação harmoniosa e sistemática entre Superintendência-Geral, Tribunal Administrativo, ProCADE e Departamento de Estudos Econômicos permite não somente que as decisões sejam tomadas em tempo mais exíguo, mas que, também, tenham uma qualidade considerável.

É louvável, por exemplo, o fato de que, hodiernamente, em razão da dinamicidade de análise e julgamento dos atos de concentração, órgãos respeitáveis tais como a *Federal Trade Commission* (FTC), *Department of Justice* (DOJ), *L'Autorité de la Concurrence*, dentre outros, consultem a autoridade antitruste brasileira, na busca por soluções viáveis que, geralmente, já foram apreciadas e implantadas no cenário nacional.

Contudo, a busca pela melhoria deve ser sempre incessante. Muitas questões ainda padecem de profundas reflexões no âmbito da defesa da concorrência pátria – para que seja possível classificar nosso Sistema de Defesa da Concorrência no estágio da efetiva tutela da concorrência.. A análise dos atos de concentração deve pautar-se, exclusivamente, em critérios meramente econômicos e/ou contratuais? Os casos que tramitam em rito ordinário (*hard cases*) não mereceriam um estudo mais criterioso (respeitando as competências legais do CADE) no que tange ao respeito dos demais princípios que compõem a Ordem Econômica do Estado brasileiro?

A constatação dos avanços e da implementação de um modelo eficiente representa fato notório e louvável, mas todos os questionamentos feitos no parágrafo imediatamente anterior ainda permanecem sem uma resposta efetiva – e nesse caso, lei, CADE e doutrina encontram-se igualmente silentes.

Somente uma nova investigação, pautada em critérios constitucionais, capazes de estabelecer a interação existente entre a interface concorrência-desenvolvimento-sociedade, será capaz de, possivelmente, trazer algumas das primeiras respostas para esse questionamento – e para um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ainda mais sólido, justo e equânime.

REFERÊNCIAS

AREEDA, Phillip E. HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law**. vol. IIA. New York: Aspen Law and Business, 2002.

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

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 01/66, Relator: Conselheiro Luiz Garcia, 1966.

_____. Conselho Administrativo De Defesa Econômica, Resolução Normativa nº 2, de 29 de Maio de 2012, 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2014

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Relatório de Gestão 2012, de 12 de Dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20CONSOLIDADO%20-%202012.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Relatório de Gestão 2013, de 01 de Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%202013%20.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

_____. Lei nº 8.884/94, de 11 de Junho de 1994. Antiga Lei Concorrencial. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. Lei nº 12.529/11, de 30 de Novembro de 2011. Nova Lei Antitruste. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox** – A policy at war itself. New York: The Free Press, 1993.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 21, p.1-4, out. 1995.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOX, E. M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In: CUCINOTTA, A. et al. (Org.). **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2002. p. 76-87.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. PEREIRA, Edgard Antonio. As eficiências econômicas sob o prisma jurídico. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 23, p. 1-7, abr. 1996.

GRIMES, Warren. SULLIVAN, Lawrence A. **The law of antitrust: an integrated handbook**. 2. Ed. New York: Thomson West, 2006.

HOLANDA FILHO, Sérgio Buarque de. **Estrutura Industrial no Brasil: Concentração e Diversificação**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1983.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Econômico na Constituição. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 27, p. 1-7, jan. 1998.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy – Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. Edinburgh: Mundell, Doig & Steveson, 1809. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=PeJMAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 28 jan. 2014.

VAZ, Isabel. Aplicabilidade do Direito da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 32, p. 1-9, jan. 2001.

VISCUSI, W. Kip. **Economics of Regulation and Antitrust**. Cambridge: The MIT Press, 2000.

WADA, Ricardo Morishita. A Defesa da Concorrência e sua relação com a Defesa do Consumidor – Algumas proposições reflexivas. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 30, p. 1-3, jun. 1999.