
DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: ONTEM E HOJE

Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Desembargador do TRF da 2ª Região. Diretor Geral da EMARF. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ

Resumo: O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vem se alterando ao longo do tempo e atualmente está preparado para atuar eficazmente. O trabalho objetiva analisar as mudanças ocorridas no Brasil a ensejar o grau de maturidade alcançado na área

Palavras-chave: Direito Econômico. Constituição diretiva. Livre concorrência. Mercado concorrencial. Atividades econômicas

1. NOÇÕES GERAIS

A exemplo do que aconteceu em vários outros países, no Brasil há pelo menos cinco décadas debate-se mais intensamente a relação entre a função econômica e a atuação estatal, matéria que foi alçada ao patamar da Constituição Federal. Construiu-se um novo modo de ser das relações entre o dado econômico e o dado jurídico-político dentro da estrutura do Estado Moderno¹. A preocupação com o tema influenciou parcela da doutrina a considerar que o estatuto da Economia na estrutura jurídica constitucional do Estado permitiu a qualificação do Estado contemporâneo como “Estado Econômico”. Não há como prevalecer a visão de que o dado econômico é estranho das preocupações do Direito e, conseqüentemente, da Constituição Federal.

Algumas noções foram apresentadas, entre as quais a da Constituição

¹ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 5.

Econômica que, “dentro, ao lado, ou subordinada à Constituição política, estabelece a ordem jurídica fundamental da economia, ou noutra perspectiva, estabelece e limita a intervenção do Estado no domínio econômico”². A Constituição é fruto da identificação da relação existente entre dois fatos ou conjunto de fatos sociais, entre fenômenos econômico-sociais e político-jurídicos, na sua autonomia recíproca, nas suas relações dialéticas, ou seja, naquilo que na realidade econômico-social é constitutivo da Constituição; e naquilo que na Constituição é constitutivo da realidade econômico-social.

O sistema social, como se sabe, é formado por um conjunto de sub-sistemas (Economia, Direito, Política, etc...), unitariamente articulados por uma determinada estrutura que consiste na determinação do todo pelo sub-sistema econômico. A expressão “Constituição Econômica” surge no período pós-1ª Guerra Mundial – símbolo do fim de uma época econômica e política do capitalismo e do começo de outro momento -, especialmente na Alemanha, e baseada em duas ideias fundamentais: a) a de democracia econômica; b) a de administração autônoma da economia³. Não se revelava suficiente atribuir à pessoa a condição de “cidadão político”, mas transformá-la em “cidadão econômico”.

Tal como a noção de que a Constituição continha a representação de uma nova sociedade e de um novo Estado – em contraponto ao “ancien régime” -, desta vez na ideia da Constituição Econômica passava a existir a negação da ordem econômica liberal em favor de uma nova ordem econômica. A Constituição Econômica é um conceito que não se refere à uma ordem econômica efetiva (ou pre-existente), mas sim se relaciona à uma tarefa, à uma ideia dirigida ao futuro⁴. As normas da Constituição Econômica visam estabelecer uma nova ordem econômica destinada a alterar a estrutura econômica existente. Dois dos objetivos fundamentais da República brasileira são erradicar a pobreza e a miséria, bem como reduzir as enormes desigualdades sociais e regionais.

O ponto de partida da teoria da Constituição Econômica é o de uma ordem jurídica justa da Economia, visando a defender e proteger a liberdade e a dignidade da pessoa humana também nos atuais estágios e condições de

² MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 7.

³ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 16.

⁴ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 20.

desenvolvimento das forças econômicas. Daí a necessidade de que se tenha atingido um certo grau de maturidade no desenvolvimento econômico, da ciência econômica e da consciência jurídica⁵, fatores que, conjugados e harmonizados, apontam para um espírito de solidariedade que se opõe à representação individualista e liberal do período áureo do capitalismo.

Um dos pontos centrais nesta visão é o de que a Economia é posta ao serviço da pessoa humana. Qualquer que seja sua posição no processo econômico-capitalista – empresário, trabalhador, consumidor -, a pessoa humana deve ser considerada em primeiro lugar em virtude da sua dignidade e da própria razão de ser das relações intersubjetivas. Reafirma-se que a teoria da Constituição Econômica parte do pressuposto do fim da representação liberal da “ordem natural da Economia” diante das demonstrações dos resultados injustos desse perfil. A intervenção do Estado rompe tal representação e faz com que ela seja substituída por outra em que o político faz exigências sobre o dado econômico, tema que passa a ser tratado no texto da Constituição Federal.

A Constituição Econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, ao garantir os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma certa forma de organização e funcionamento da Economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica. São as normas ou instituições jurídicas que, no âmbito de um certo sistema e forma econômicos, por elas garantidos e/ou instaurados, realizam uma determinada ordem econômica concreta⁶. Os teóricos da noção da Constituição Econômica rejeitam principalmente a ideia da auto-regulação do dado econômico, da sua estrutura “natural” e da sua neutralidade política. Desse modo, considera-se importante a observância do princípio de configuração política do dado econômico, da intervenção normalmente realizada pelo Estado que atinge diretamente os postulados da forma econômica liberal, como a livre iniciativa privada, a liberdade de concorrência e a não intervenção estatal. O Direito Privado passa a ter orientação social e ética suficientemente vigorosa para provocar a erosão nos seus princípios basilares, e determinar a reformulação de vários conceitos e instituições, além de dar novo tratamento a determinadas relações⁷.

⁵ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 25.

⁶ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 35.

⁷ GOMES, Orlando. Transformações do Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 6.

O Direito Econômico surge nesse contexto como um conjunto de normas através das quais o Estado, com objetivos de defesa, direção ou fomento, intervém no processo econômico, no sentido de ordenar, conformar ou participar das atividades econômicas⁸. Trata-se do direito da vida econômica em geral, ou seja, o direito da atividade econômica. O Direito Econômico é também um novo método do pensamento jurídico, disciplinando as atividades desenvolvidas nos mercados de modo a organizá-los sob a inspiração maior do interesse coletivo e geral. Os institutos do consumo e da circulação de bens e serviços passaram a ser objeto de preocupação do Direito Econômico⁹.

Os direitos fundamentais – individuais – elencados nos primeiros textos de Constituição (séculos XVIII e XIX) eram expressões, no plano constitucional formal, de um determinado tipo de sistema capitalista. O princípio da liberdade de comércio e de indústria representou, à época, a eliminação de todos os obstáculos do monopolismo mercantilista e da organização do corporativismo feudal, afirmando a clara separação entre a Economia e o Estado. Assim, os direitos individuais não eram apenas instrumentos de defesa dos indivíduos contra o Estado, mas eram fundamentalmente expressão de uma determinada ordem econômica e social – a Economia capitalista¹⁰. O individualismo politicamente triunfante do período histórico se baseava na filosofia da autonomia da vontade que justificava toda e qualquer contratação¹¹. A posição estatal de abstenção quanto aos modos de tutela dos interesses privados não significava que o interesse público fosse ignorado, mas sim traduzia uma determinada concepção de interesse público como o somatório dos interesses privados¹².

Com os acontecimentos verificados, especialmente abalando os postulados do Estado liberal na sua feição dos séculos XVIII e XIX, foi necessária a reformulação do tratamento normativo sobre as interseções entre Constituição e Economia. A concepção da vida econômica como efeito automático da atividade dos sujeitos privados e a consequente ideia de que ao negócio jurídico bastava garantir a liberdade para que

⁸ MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 53.

⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 513 e 605.

¹⁰ MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 90.

¹¹ BATTIFOL, Henri. La “crise du contrat” e sa portée. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1968, p. 14.

¹² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 20.

um equilíbrio ótimo de interesses fosse conseguido, não demonstraram que todos os interesses fossem satisfeitos, época em que se constata que o negócio atua como instrumento da realização de meros interesses privados, e não como afirmação da liberdade das pessoas¹³.

A característica mais marcante das Constituições Econômicas contemporâneas é a inclusão de um significativo número de normas destinadas a informarem a política econômica (uma ordem econômica programática) contendo diretrizes da atividade estatal¹⁴.

A Constituição Econômica diretiva não pretende substituir o estatuto das relações de produção e instituir um novo sistema econômico no país. Ao contrário, ela pressupõe tais relações produtivas e, obviamente, o sistema econômico existente. O que ela pretende é alterar o modo de atuação das relações econômicas, promover modificações na sua frequência e distribuição, alterar a sua direção e os seus resultados concretos¹⁵. Há conflitos e tensões dentro da própria Constituição Econômica diretiva. Por exemplo: normalmente são objetivos da política econômica proporcionar pleno emprego, fomentar o desenvolvimento econômico e estabilizar os preços – “trilema” ou “triângulo incômodo” da política econômica. Tais objetivos, no entanto, não têm como ser atingidos ao mesmo tempo, ou sem prejuízo dos outros. Por isso, há relações de exclusão total ou parcial entre eles.

Desse modo, as limitações à liberdade de contratar, por exemplo, resultam das novas formas de atividade econômica que impuseram novos usos e métodos quanto à realização e concretização de certos contratos. O exercício prático de atividades empresariais (e econômicas) por grandes corporações exige a uniformização das condições contratuais, tais como ocorre com os bancos, as transportadoras, as companhias de seguro, entre outras¹⁶. No período áureo do liberalismo econômico de John Keynes, houve um processo de concentração e internacionalização do capital que gerou o aumento das formas assimétricas do desenvolvimento do capitalismo¹⁷. Assim, um número cada vez menor de grandes corporações

¹³ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 22.

¹⁴ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 107.

¹⁵ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 126.

¹⁶ GOMES, Orlando. Transformações do Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 7.

¹⁷ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 12.

passou a ter controle de parte substancial de toda atividade industrial ainda no século XIX.

Diante da constatação das mudanças operadas nas relações entre Direito e Economia, bem como da necessidade de verificar de que modo a questão é enfrentada no Brasil em matéria de seguir o direcionamento da Constituição Econômica diretiva, será tratado o assunto mais específico referente à concorrência no Direito brasileiro. O pensamento econômico atual coloca no mesmo nível de importância os fatos da produção, circulação e consumo.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

No âmbito do Direito Econômico, e em razão da experiência vivenciada em outros países, houve o desenvolvimento de um segmento teórico conhecido como Direito da Concorrência (ou Direito Antitruste). A concorrência não é um fenômeno a-histórico e neutro¹⁸. As medidas antitrustes representam uma técnica adotada pelo Estado contemporâneo para implementar políticas públicas de modo a, simultaneamente, prevenir e reprimir o abuso do poder econômico e tutelar a livre e saudável concorrência entre os agentes econômicos.

O primeiro caso antitruste relatado na história mundial foi o verificado no inverno dos anos 388-387 a.C., no qual alguns agentes econômicos formaram uma espécie de associação para cessar a concorrência entre eles, adquirindo grande quantidade de grãos para estoque além do que lhes era permitido¹⁹. Na Roma antiga havia prática de monopólios estatais, tal como o monopólio do sal.

A função da legislação antitruste variará de acordo com a época e as condições históricas sob o prisma da Economia, da Sociologia e da Política. Assim como no período colonial, a Coroa portuguesa havia se orientado por uma política fiscalista – desinteressada do progresso econômico, social e econômico da Colônia -, não permitindo concorrência significativa

¹⁸ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 9.

¹⁹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 36.

no território brasileiro, houve época em que se empregaram algumas medidas para fomentar o desenvolvimento industrial em certos segmentos econômicos no país. No Brasil-Colônia era vedado o comércio com outros países que não Portugal, o que gerou uma uniformização dos preços das matérias primas exportadas devido à presença de um monopólio bilateral – um único comprador de produtos de exportação e um único vendedor de bens provenientes da Europa para o território brasileiro. Todas as atividades se submetiam ao controle da Coroa portuguesa e, assim, a liberdade de comércio se desenvolvia envolta aos monopólios estatais ou concedidos pela Coroa; havia reclamações contra práticas de abuso de posição dominante e de abusos contra o consumidor²⁰.

Com a transferência de Dom João VI para o Brasil em 1808 deu-se início à implementação de uma política de desenvolvimento econômico do país, época em que foi parcialmente desativada a política fiscalista. Os portos foram abertos às nações amigas e, com isso, a nascente indústria brasileira foi submetida à concorrência estrangeira. A independência brasileira somente ocorreu com o estímulo ao livre comércio e à produção agrícola conforme estratégia desenvolvida pelas lojas maçônicas²¹. Naquele período, no entanto, não houve desenvolvimento da manufatura pois priorizou-se a atividade agrícola com influência no governo. A atuação estatal ocorria através das tarifas alfandegárias, sendo que o mercado brasileiro era abastecido por mercadorias importadas.

Na história mundial é possível a identificação de vários acontecimentos relacionados ao tema da proteção da concorrência “perfeita” para não causar desequilíbrio no mercado, normalmente realizados via legislação “antitruste”²². Não havia até o século XVIII a consciência da necessidade da regulamentação jurídica da concorrência²³. De modo exemplificativo, no século XIX nos Estados Unidos foram adotadas medidas para fortalecer a concorrência e, principalmente, proteger o consumidor através do *Sherman Antitrust Act* (de 1890), ato normativo editado sob o fundamento dos benefícios da livre concorrência e da liberdade econômica, mas também na encarnação de um princípio moral e de uma filosofia. O *Sherman Act* foi consequência

²⁰ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 98.

²¹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 104.

²² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.

²³ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 31.

dos debates sobre o emprego de meios para controlar a aceleração da concentração econômica, em especial nos setores de telecomunicações e ferrovias no final do século XIX²⁴. E, determinadas infrações não necessitavam da intenção das partes para sua configuração, sendo suficiente a presença dos elementos descritos na norma. No período de 1850 a 1880 desenvolveu-se o capitalismo de grupo (ou oligopolístico) com o maciço investimento na industrialização, mas simultaneamente com o fenômeno da concentração das empresas que, por sua vez, passaram a dominar os mercados e a ditar as normas. O *Sherman Act* vedou contratos e ajustes que pudessem restringir o comércio e tentar monopolizar setores econômicos.

No âmbito da Comunidade Européia, o Tratado de Roma de 1957 elencou algumas práticas reputadas nocivas, tais como os atos que se consideravam restritivos ou falseadores da concorrência no Mercado Comum europeu, além das práticas que, embora fossem formalmente restritivas, seriam permitidas em razão da finalidade com que se realizam (exemplos: melhoria da produção ou distribuição, e a promoção do progresso técnico ou econômico).

No Brasil, as Constituições Federais de 1934 (art. 115) e 1946 (art. 148) incluíram, respectivamente, referências à liberdade econômica e à proibição²⁵ de atos de abuso do poder econômico e, por isso, o Decreto-Lei n. 869/38 empregou sentido repressivo às condutas adotadas por alguns empresários, sendo considerado a primeira lei antitruste voltada à economia popular²⁶. O tema da proteção à concorrência não surgiu no Brasil como elo de ligação entre o liberalismo econômico e a (manutenção) da liberdade de concorrência, mas como repressão ao abuso do poder econômico tendo como interesse tutelado o do consumidor²⁷. E nisto o sistema brasileiro se distingue do sistema norte-americano pois neste a legislação antitruste foi editada para proteger e manter a concorrência (no âmbito do pensamento do liberalismo econômico), e não para proteger o consumidor. Houve a edição de normas proibitivas da fixação de preços mediante acordos entre empresários, da venda de produtos abaixo do preço

²⁴ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 13.

²⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p.522.

²⁶ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 114.

²⁷ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 114.

de custo, da estocagem abusiva de mercadorias, entre outras práticas. O antitruste surgiu no território brasileiro com uma “aura de nacionalismo”, ou seja, de proteção do interesse nacional contra o poderio estrangeiro²⁸.

Em 1945 sobreveio o Decreto-Lei n. 7.666 que disciplinou a matéria de modo sistemático, específico, dirigindo suas normas para o combate ao abuso do poder econômico, no plano administrativo (e não penal). Houve incentivo à implantação de uma política econômica de favorecimento à criação de um empresariado forte a nível nacional. Ao Estado foi atribuído o poder de averiguar práticas contrárias aos interesses da economia nacional, impor sanções e autorizar as práticas restritivas, através da Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)²⁹. Os atos reprovados pela CADE eram nulos e, portanto, não produziam efeitos. Havia necessidade de autorização prévia para formação, incorporação, transformação e agrupamento de determinadas empresas, além do registro de outros acordos e ajustes que pudessem interferir no processo de produção e circulação de bens e serviços.

Com o advento da Lei n. 4.137/62, houve emprego da orientação político-econômica em matéria concorrencial, abandonando o enfoque exclusivamente sancionador até então em vigor pela Lei n. 1.521/51. De início, a edição de uma lei de repressão ao abuso do poder econômico teve por finalidade eliminar os efeitos autodestrutíveis do próprio mercado, de maneira a preservá-lo, mas também houve referências à proteção do consumidor. Houve a criação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) com atribuição de apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Contudo, a Lei n. 4.137/62 não produziu um efetivo controle do abuso do poder econômico no Brasil.

Em 1964, com o Golpe Militar foi admitida – e, em alguns casos até estimulada – a prática da concentração de mercado como modo de permitir o desenvolvimento de certos mercados nacionais, o que se verificou com a edição do Decreto-Lei n. 1.811/71 ao permitir a abertura de capitais de sociedades empresariais. A Constituição de 1967 (e a Emenda n. 01/69) estabeleceu a repressão ao abuso do poder econômico assim considerado via domínio dos mercados, eliminação da concorrência e

²⁸ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 117.

²⁹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 121.

aumento arbitrário dos lucros. As Leis que instituíram os I e II Planos Nacionais de Desenvolvimento apresentaram diretrizes no sentido de a política econômica estimular a concentração de mercados através de fusão e incorporação de sociedades e de outros estímulos. A meta principal foi a da criação de uma economia moderna, competitiva e dinâmica dentro do país. Para tanto, empregou-se política de capitalização de empresas privadas e governamentais de maneira a permitir o desenvolvimento de um sistema financeiro e de mercado de capitais aptos a desempenhar papel mais destacado na formação do capital real das sociedades e na melhoria da sua estrutura financeira³⁰. Várias foram as decisões do CADE no sentido de não impedir o processo de concentração de empresas como decorrência de uma política econômica do governo federal da época³¹ com base na noção abstrata de atender aos “interesses da economia nacional”.

A Constituição Federal de 1988, ao elencar os princípios da ordem econômica, expressamente se referiu ao princípio da livre concorrência (art. 170), associando-o à realização da justiça social e em consonância com a proteção ao consumidor. A Carta Magna garante o livre desenvolvimento do sistema de mercado, consagrando os princípios e direitos referentes à propriedade privada, à livre concorrência e ao livre exercício da atividade econômica que, na sua aplicação, deverão ser sopesados com os princípios da soberania nacional, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e da proteção ao meio ambiente, além de permitir a redução das desigualdades regionais e sociais³².

A Lei n. 8.158/91, editada no período de redemocratização do país, foi promulgada com a abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia, na perspectiva de que o mercado se autorregulasse. Contudo, houve também a preocupação de que fossem evitadas as disfunções ou crises que poderiam ocorrer devido ao comportamento dos agentes econômicos. Pretendeu-se dar mais rapidez ao procedimento administrativo de apuração das práticas violadoras da ordem econômica.

³⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10.

³¹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 138.

³² ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 57.

Posteriormente foi editada a Lei n. 8.884/94 que sistematizou a matéria antitruste, transformou o CADE em autarquia federal com personalidade, dotação orçamentária e patrimônio autônomos. A lei de 1994 também implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), além de ter consolidado a definição das infrações à ordem econômica e valorizado a importância da atuação na análise dos atos de concentração econômica com órgãos e instituições dotados de instrumentos e ferramentas para sua concreta atuação.

O Direito da Concorrência é um dos mais importantes instrumentos utilizados pelo Estado para promover o estímulo ao desenvolvimento econômico e, por isso, é autorizada a intervenção estatal para assegurar a livre e saudável concorrência entre agentes econômicos³³.

3. NOÇÕES DO DIREITO ANTITRUSTE

O exercício da atividade econômica é o instrumento através do qual a pessoa, na sua vida em grupo, busca obter os meios de satisfazer suas próprias necessidades ao produzir bens de uso, além de satisfazer as necessidades do grupo social ao produzir bens de troca. Nesta última parte, os bens recebem valor de troca que é medido pelo preço – devido à quantidade de bens produzidos e à demanda por tais bens. O preço é o instrumento utilizado pelas sociedades empresárias e empresários para alterar as condições do mercado, para exercer sua influência sobre os demais e, por vezes, para dominar o mercado³⁴. Mercado é o ambiente em que ocorre a transação negocial e onde comparecem o vendedor (ou ofertante da mercadoria) e o comprador (ou procurante da mercadoria e detentor do dinheiro), sendo que seu livre funcionamento é justificado na Ciência Econômica pela “lei da oferta e da procura”³⁵. O mercado, enquanto instituição social, atualmente é submetido ao atingimento de objetivos estabelecidos em uma série de políticas públicas.

De maneira a permitir que as pessoas que desenvolvem atividade

³³ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antonio Alves de. A Nova Lei do CADE e a reestruturação administrativa do SBDC. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 137.

³⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

³⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 516.

econômica possam atuar de maneira eficiente, é necessário garantir a todos uma adequada possibilidade de entrar no mercado, nele permanecer e sair dele a seu exclusivo critério. Na forma atomística, cada agente econômico tem estrutura e poder econômico igual a de qualquer outro. Na forma de concentração, a estrutura, a conduta e a performance de um agente econômico podem levar a uma série de medidas de poder econômico, tornando-os os agentes econômicos desiguais com a dominação dos mais fracos pelos mais fortes, com a perspectiva do monopólio.

De modo geral, a concorrência no mercado decorre de um conjunto de condições e circunstâncias que permitem a todos os agentes econômicos o exercício pleno de suas atividades – notadamente no processo econômico de compra e venda – de maneira a alcançar seus objetivos sem ferir as metas pretendidas pelos demais. A concorrência permite a formação dos preços pelo ajustamento espontâneo e recíproco da procura e da oferta, assegurando plena liberdade de agir aos compradores e vendedores com a formação do justo preço³⁶.

Na denominada “concorrência perfeita” existe absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado, ou seja, cada agente equivale a um átomo. A atuação individual de cada agente na fixação do preço de seus produtos não repercute substancialmente na formação do preço dos bens. Há, assim, atomicidade, fluidez, informação correta, clara e transparente, lealdade, homogeneidade do produto e isenção de qualquer influência desagregadora³⁷. Ao contrário, na chamada “concorrência imperfeita” há manifesta desigualdade entre os agentes econômicos com finalidade de busca de lucro abusivo, em que os mais fortes e mais hábeis descobrem meios e mecanismos para seu fortalecimento no mercado com predominância sobre os demais. Existe molecularidade (com a constituição de grupos formadores de focos de força), heterogeneidade (com produtos substancialmente diferentes), viscosidade (sujeição e dependência) e eliminação da transparência.

Na prática econômica do liberalismo econômico em pouco tempo foram desenvolvidos mecanismos capazes de viciar a fluidez do mercado

³⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 3.

³⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 4.

na concorrência perfeita, com o surgimento do domínio do mercado por um grupo menor de empresários e de sociedades empresárias. Daí o surgimento das noções de concorrência quase-perfeita, de concorrência monopólica, de monopólio (um único ofertante), de monopsonio (um único procurante), entre outras³⁸.

O Direito Comercial se revelou insuficiente para disciplinar as relações econômicas em razão da formação da concentração de empresas e o aparecimento da grande organização econômica, daí haver se concebido o surgimento do Direito Econômico de modo a estabelecer normas para ordenar a vida econômica e seu desenvolvimento planejado³⁹. Três foram os fatores que conduziram o processo de concentração empresarial: a intenção de aumentar os lucros; a necessidade de imprimir maior segurança ao empreendimento econômico e a inserção da empresa no contexto internacional.

O poder de mercado consiste na capacidade que uma sociedade empresária tem de aumentar seus lucros ainda que com a redução da produção e a cobrança de valor maior do que o preço produtivo pelo seu produto. As corporações passam a adquirir maior soma de poder do que os demais detentores de parcelas do mercado – grandes, médias e pequenas empresas, trabalhadores e consumidores -, concentrando nas suas mãos poder econômico privado. Tal poder é representado pela capacidade de influir nas condições e nos resultados econômicos do mercado de modo a retirar vantagens que as coloquem em posição de superioridade perante os demais e em posição de domínio sobre os trabalhadores e consumidores. Daí a necessidade da atuação do Estado para regular a livre e saudável concorrência e, simultaneamente, defender os interesses dos consumidores e trabalhadores⁴⁰.

O mercado representa uma instituição social e, ao mesmo tempo, jurídica que não pode se desenvolver a partir de suas próprias “leis”, sem qualquer regulação sob pena de legitimar que a busca incessante pelo maior lucro possível elimine um ambiente concorrencial saudável entre os agentes econômicos, em prejuízo ao consumidor, ao meio ambiente e, em última análise, a dignidade da pessoa humana⁴¹.

³⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 517.

³⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7.

⁴⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13.

⁴¹ ROQUE, Daniel Gustavo Santos. *A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema*

A denominada economia de mercado é objeto de preocupação do Direito Econômico, especialmente no que se refere às medidas políticas para seu bom e regular funcionamento tendo como base a garantia da livre concorrência⁴² e a repressão ao abuso do poder econômico. A ideologia liberal foi construída sobre a concepção teórica da livre concorrência dentro da noção de concorrência perfeita, em que haveria o livre funcionamento do mercado com a livre determinação dos preços. Com a derrocada de seus postulados, a ideologia neoliberal defende o condicionamento da propriedade e da atividade econômica à utilidade social, com a possibilidade da intervenção estatal com o emprego de várias medidas, tais como o controle dos preços das mercadorias, dos salários, dos juros, a autorização para atos de concentração de sociedades e grupos empresariais, o combate e a repressão ao domínio do mercado.

Atualmente, o Direito Antitruste é representado por um conjunto de normas destinadas a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis das condutas empresariais criadas pelo próprio mercado, mas atua principalmente como um instrumento de implementação de políticas públicas voltadas à repressão do abuso do poder econômico e à tutela da livre concorrência⁴³. É certo que não existe um objetivo abstrato e geral a ser perseguido pela legislação antitruste em cada país, pois ela desempenhará em cada sistema jurídico uma função específica, modificável de acordo com o momento histórico, econômico e social que aquela sociedade se encontre.

É necessário que haja maior mobilidade e flexibilidade das normas antitruste, daí a importância das válvulas de escape, ou seja, técnicas jurídicas que permitem a adaptação das normas à realidade que disciplinam de modo a permitir a implementação de políticas públicas, tais como a “regra da razão”, as isenções, as autorizações de atos de concentração, o conceito de “mercado relevante” e o jogo do interesse protegido⁴⁴. No Brasil, atualmente tem sido empregados princípios jurídicos – inclusive de índole constitucional – para direcionamento das medidas e ações relacionadas ao Direito Antitruste. Além disso, é fundamental a difusão de uma cultura de concorrência leal e saudável no país.

Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 60.

⁴² SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 514.

⁴³ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 23.

⁴⁴ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 25.

Nada havia de contraditório na regulamentação da concorrência e o espírito do liberalismo econômico. A eliminação das distorções – decorrentes do mercado ou do modo de produção – visava à preservação e desenvolvimento do mesmo mercado no qual os agentes econômicos – empresários, produtores, fabricantes, intermediários, distribuidores – podem atuar e conquistar novos consumidores e, portanto, competir livremente. No liberalismo clássico, ao Estado competia assegurar o cumprimento das normas fundamentais referentes à propriedade e à liberdade de contratar e, simultaneamente, a proteção do mercado contra seus efeitos autodestrutíveis mediante o controle e efetividade das normas antitruste, de estabilização monetária, das regras de Direito do Trabalho, etc...

Na atualidade, o Direito Econômico representa o conjunto de normas e técnicas jurídicas empregadas pelo Estado na realização de sua política econômica, surgindo uma nova função de direção da Economia pelo Estado. O Estado direciona o comportamento dos agentes econômicos, não apenas para preservar mas para conduzir o mercado. São técnicas de direção sobre o mercado que o Estado emprega para cumprir sua função de implementar política pública. Tal função estatal se dá por vários meios: a) desempenho direto das funções econômicas que não despertam interesse do empresariado ou que precisam ser exercidas pelo governo em razão de “interesse nacional”; b) desempenho no domínio econômico por participação, quando exerce certa atividade típica dos agentes econômicos privados e com eles compete em igualdade de condições sem que haja entraves à entrada de novos competidores naquele setor da economia; c) desempenho sobre o domínio econômico para regular o processo de produção mediante a edição de leis com a imposição de regras de conduta para os agentes econômicos na sua atuação. Esta última atuação ocorre através do emprego de normas destinadas a tutelar a livre concorrência entre os agentes econômicos ou reprimir o abuso do poder econômico via norma antitruste⁴⁵.

4. MODELO ATUAL DO DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL

A proteção da concorrência deve ser vista como um instrumento de que as autoridades públicas devem lançar mão para implementar determinada política e obter o fim maior proposto na sua execução. A legislação

⁴⁵ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 86-87.

brasileira criou um microssistema legal e institucional voltado para a defesa da concorrência e, entre outras medidas, impôs aos agentes econômicos a obrigatoriedade de promoverem a notificação do CADE acerca dos atos de concentração econômica.

A doutrina considera que o desenvolvimento econômico brasileiro apresentou as seguintes características: a) elevada concentração econômica e produção voltada para o exterior; b) dependência estrutural da economia em relação ao poder econômico; c) industrialização fundada no incentivo à grande empresa brasileira de capital nacional ou estrangeiro; d) surgimento do mercado interno apenas com os fenômenos da urbanização e industrialização; e) preponderância de estratégias de atuação concertada entre Estado e setores empresariais⁴⁶. No processo histórico, a relação entre Estado e Economia se desenvolveu na vertente da complementariedade, eis que a concentração do poder econômico não representou violação às políticas macroeconômicas. Tal processo passa a se alterar no curso da década de 90 com a reestruturação patrimonial do Estado brasileiro através das políticas de privatizações e de início da atuação regulatória via agências⁴⁷.

A tarefa de garantir a livre concorrência se insere na noção de busca de meio para obtenção de resultados benéficos ao mercado e à toda sociedade, fundamentados em princípios constitucionais. Nessa perspectiva sobreveio a Lei n. 12.529/11 que representa o novo marco legal da defesa da concorrência e do combate ao abuso do poder econômico, alterando as estruturas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a análise de condutas, além de consolidar avanços quanto à implementação de política brasileira de defesa da concorrência de modo mais coordenado entre as esferas administrativa, civil e penal. Ao CADE é atribuída a análise dos processos de infração antitruste (controle de condutas) e os atos de concentração econômica (controle de estruturas do mercado).

Atualmente, as funções de investigação de casos de conduta, de instrução de atos de concentração e de decisão final sobre os casos são

⁴⁶ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 17-18.

⁴⁷ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 18.

unificadas e centralizadas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O Conselho se consolida como a única agência estatal que tem atribuição de analisar as fusões e aquisições, de investigar os casos de repressão às infrações contra a ordem econômica e de proferir julgamentos sobre os casos. Não há que se cogitar de violação ao devido processo legal eis que o CADE se compõe de um tribunal administrativo, de uma Superintendência geral e de um Departamento de Estudos Econômicos, cada qual com atribuições próprias e em fases distintas da análise dos casos. O tribunal se responsabiliza pelos julgamentos dos atos de concentração e processos administrativos para apuração e possível punição de infração à ordem econômica. A Superintendência Geral tem atribuição de instruir os atos de concentração e os processos de apuração de condutas. E, finalmente, o Departamento de Estudos tem o dever de elaborar estudos e pareceres econômicos, baseados no rigor e na atualização técnica e científica das decisões do CADE⁴⁸.

Há uma tendência de expansão da evidência econômica para a solução dos casos antitruste nas principais jurisdições dos países mais avançados do mundo, incluindo a apresentação de fatos econômicos relacionados à demonstração e cálculo para fins de ressarcimento de danos, à identificação do mercado relevante e poder de mercado e à avaliação de efeitos competitivos de condutas e fusões, entre outros assuntos⁴⁹. Os estudos e análises de mercado representam excelente mecanismo de aproximação da política concorrencial e do consumidor.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) atua, essencialmente, nas atividades de controle das estruturas de mercado, na repressão às práticas de atos anticompetitivos e na promoção da cultura da concorrência leal e transparente. Para a obtenção da autorização do ato de concentração (Lei n. 12.529/11, art. 88, § 5º), ou para a apuração da prática infracional à concorrência (Lei n. 12.529/11, art. 36 e s.), são necessárias a rapidez e a efetividade na atuação da autoridade administrativa antitruste⁵⁰.

⁴⁸ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 22.

⁴⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 23.

⁵⁰ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 211.

Com a Lei n. 12.529/11, busca-se a modernização do sistema brasileiro de análise dos atos de concentração de sociedades empresárias e de empresários. A Lei n. 8.884/94 permitia que as sociedades solicitassem a aprovação dos atos de concentração econômica após a sua consumação, o que revelou medida ineficiente do ponto de vista econômico e medida ineficaz do ponto de vista de proteção e defesa do interesse coletivo e público. Os atos de concentração econômica consistem em toda e qualquer operação econômica que vise a qualquer forma de concentração entre agentes econômicos, seja através de fusão ou incorporação de sociedades, seja via a constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou ainda qualquer outra forma de agrupamento societário⁵¹. Tais atos de concentração envolvem o controle das estruturas de mercado. A Lei n. 12.529/11, no seu art. 90, somente admite a concentração econômica após a aprovação pelo CADE, impondo multa àqueles que não cumprirem a regra. O CADE, através do Tribunal Administrativo, terá o prazo de 240 dias para analisar a operação de concentração indicada, com apenas uma prorrogação possível. Findo o prazo sem decisão final do CADE, a operação será considerada aprovada. Os efeitos materiais resultantes do negócio jurídico (atos de concentração) somente se produzirão após o pronunciamento da autoridade antitruste brasileira. Assim, as sociedades empresárias deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação do ato de concentração pelo CADE, sendo proibidas quaisquer transferências de ativos, bem como qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, e a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal da negociação entre elas⁵².

Também houve alteração no segmento referente à análise das condutas, com a inclusão de um procedimento preparatório, sendo possível a avocação do procedimento pelo Tribunal, além de inquéritos administrativos arquivados pela Superintendência Geral. Novas regras surgiram para cuidar do procedimento administrativo para imposição

⁵¹ ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 73-74.

⁵² ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 101.

de sanções por infração à ordem econômica de modo a permitir maior eficiência e celeridade no procedimento.

Quanto à parte substantiva, o novo Direito de Concorrência brasileiro apresenta alguns avanços com a vigência da Lei n. 12.529/11 nos temas da análise das estruturas e da análise das condutas. É importante o controle estrutural para assegurar mercados competitivos e eficientes, baseado em quatro motivos para análise preventiva das fusões e aquisições: a) análise do quanto de risco existe para a competição em razão de fusões de sociedades; b) a priorização de ações independentes das empresas às fusões; c) a análise empírica demonstra que as fusões têm uma baixa taxa de sucesso; d) aquisições pequenas e focadas são melhores para aperfeiçoar a produtividade do que as fusões entre empresas líderes⁵³.

De modo a ficar mais objetivos os critérios para notificação ao CADE, a Lei n. 12.529/11 determinou a obrigatoriedade da comunicação dos atos de concentração em que: a) uma das partes tenha obtido faturamento bruto de pelo menos 400 milhões de reais no país no último exercício fiscal; b) a outra tenha faturamento mínimo de 30 milhões de reais no mesmo período. Tais valores podem ser alterados mediante Portaria Interministerial do Ministro da Fazenda e do Ministro da Justiça, a partir de indicação do Plenário do CADE. Adotou-se o critério do faturamento relacionado ao grupo econômico, e não apenas à sociedade empresária dele integrante. Houve alteração também nas exigências para autorização dos atos de concentração. Haverá aprovação se os atos de concentração acarretarem “aumento de produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços, ou ainda o aumento da eficiência e do desenvolvimento econômico” desde que parcela dos benefícios seja repassada aos consumidores. Com a Lei n. 12.529/11, o único critério para a notificação obrigatória dos atos de concentração passou a ser o faturamento dos grupos econômicos envolvidos e, assim, foi suprimido o critério de participação no mercado anteriormente previsto na Lei n. 8.884/94.

No caso Sadia/Perdigão, o CADE e as sociedades empresárias alcançaram um acordo para aprovar a operação de concentração, após ter

⁵³ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 28-29.

sido identificado um conjunto de indústrias com elevada concentração do mercado e barreiras à entrada, limitada rivalidade efetiva decorrente, em parte, da presença de concorrentes com fragilidades em várias dimensões. O referido acordo envolveu a alienação de capacidade de processamento e suprimento próprio de carnes *in natura* para terceiro, além da alienação e retirada temporária de ativos tangíveis e intangíveis pertencentes à nova sociedade empresária fruto do ato de concentração⁵⁴.

No âmbito do controle repressivo, quanto às multas aplicáveis, a Lei n. 12.529/11 prevê até 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, grupo ou aglomerado no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva no ano anterior ao início das investigações para as pessoas jurídicas, e de 10% a 50% da multa aplicável às empresas para as pessoas físicas. As sanções não pecuniárias incluem a proibição do exercício da atividade econômica em nome próprio ou como representante da pessoa jurídica pelo prazo de até 5 anos, a recomendação aos órgãos competentes para licença compulsória de propriedade intelectual quando a infração se relacionar a tal direito.

O Programa de Leniência (Lei n. 12.529/11, art. 86 e s.) se insere nas composições administrativas possíveis em matéria de práticas anticompetitivas. Nos Estados Unidos, aproximadamente trinta por cento dos casos de formação de cartéis – com repercussão criminal – termina com algum acordo processual – *plea agreements* ou *plea bargain*. Na atual legislação, houve ampliação das hipóteses de concessão de acordo de leniência com abrangência a outros crimes previstos em leis especiais, tais como a fraude em licitações e formação de quadrilhas. O instituto da leniência tem por objetivo fazer cessar a prática infracional à ordem econômica mediante o auxílio do coautor da infração que confesse o ilícito e apresente elementos à elucidação do caso⁵⁵. A possibilidade de celebração do Acordo de Leniência é reservada ao primeiro agente econômico que apresente elementos para elucidar a infração. Para tanto, são exigidos alguns requisitos: a) o acordo ser celebrado com a sociedade empresária que primeiro se apresentou; b) a cessação da

⁵⁴ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 229.

⁵⁵ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 215.

prática contra a ordem econômica; c) a Superintendência não ter provas suficientes para assegurar a condenação dos agentes envolvidos; d) a sociedade empresária e a pessoa física confessarem e cooperarem para a investigação e a solução do processo administrativo⁵⁶. Paralelamente, há um estímulo à cultura da reparação de danos causados por cartéis, por medidas e remédios processuais iniciados pelo Ministério Público, pelas entidades de defesa do consumidor ou pelos consumidores. De acordo com o atual funcionamento do CADE, o Acordo de Leniência é celebrado com a Superintendência Geral, e não passa pelo Tribunal Administrativo.

A Lei n. 12.529/11, no seu art. 85, prevê a negociação do Termo de Compromisso de Cessação (TCC) que cumpre três importantes funções: a) função repressiva da infração investigada ao impor obrigações ao representado; b) função preventiva devido à paralisação dos danos decorrentes da infração; c) função educativa (ou pedagógica) do mercado, já que os termos são publicados no sítio eletrônico do CADE e, assim, constituem precedentes para negociações futuras⁵⁷. Há duas premissas fundamentais: a) a legalidade da proposta; b) a conveniência e oportunidade da aceitação da proposta⁵⁸. A celebração do referido Termo de Compromisso permite a paralisação imediata da prática que infringe a livre concorrência e, assim, beneficia a toda a coletividade, poupando recursos e tempo da Administração Pública e do empresário. A política de defesa da concorrência procura estimular um ambiente concorrencial mais saudável e, por isso, é importante a sinalização das melhores práticas a serem adotadas pelo mercado. A apresentação de proposta de Termo de Compromisso de Cessação não suspende o andamento do processo administrativo no CADE, e é possível a intervenção de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pelo Termo de Compromisso⁵⁹. No CADE o Conselheiro Relator pode nomear as Comissões Negociadoras, sendo identificado o

⁵⁶ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 217.

⁵⁷ ESTEVES, Cristina Campos. Negociações produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei n. 12.529, de 2011. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 37.

⁵⁸ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 222.

⁵⁹ ESTEVES, Cristina Campos. Negociações produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei n. 12.529, de 2011. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 41.

aumento do número de propostas de Termos de Compromisso de Cessação como instrumento de solução de controvérsias.

5. NOTA CONCLUSIVA

De toda a exposição feita, percebe-se claramente que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência encontra-se devidamente estruturado e tecnicamente preparado para atuar eficazmente nas duas principais tarefas constitucionais, a saber, assegurar a livre, transparente e saudável concorrência entre os agentes econômicos, bem como prevenir e reprimir os atos violadores à ordem econômica especialmente representados pelo abuso do poder econômico.

A Lei n. 12.529/11, ao prever normas mais claras a respeito dos casos de infração antitruste (controles de conduta) e dos atos de concentração econômica (controle de estruturas de mercado), permitiu maior agilidade e qualidade na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal com atribuições para regular e controlar os atos e atividades econômicas no mercado concorrencial.

A estrutura e o sistema edificados no Direito brasileiro em matéria dos controles públicos quanto às práticas anticoncorrenciais e de concentração de mercado demonstram o grau de maturidade que se alcançou no Brasil com base nos valores democráticos e humanistas que devem pautar as políticas públicas nessa área.

Abstract: The Brazilian System of Competition Defense has been changing throughout era and nowadays is prepared do act effectively in its tasks. The article aims to develop the analisys of the changes happened to get the degree of maturity reached in Brazil.

Key words:Economic Law. Directive Constitucion. Free competition. Competition market. Economic acts e activities.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- BATTIFOL, Henri. La “crise du contrat” e sa portée. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, 1968.
- CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- ESTEVES, Cristina Campos. Negociações produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei n. 12.529, de 2011. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Orlando. Transformações do Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1972.
- MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antonio Alves de. A Nova Lei do CADE e a reestruturação administrativa do SBDC. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.
- ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980.