



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Graduação em Direito

**Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011
e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**

ANDRÉ SANTOS FERRAZ

Brasília – DF
2014

ANDRÉ SANTOS FERRAZ

**Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011
e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof.^a Ms. Karla Margarida Martins Santos

ANDRÉ SANTOS FERRAZ

**Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011
e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel em Direito,
no curso de Graduação da Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof.^a Ms. Karla Margarida
Martins Santos

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/2014.

Banca Examinadora:

Prof.^a Ms. Karla Margarida Martins Santos

Prof.^(a) Examinador(a)

Prof.^(a) Examinador(a)

Brasília – DF
2014

*Aos meus pais,
Carlos e Andréa.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, os quais representaram uma verdadeira base sólida para o meu completo desenvolvimento e foram percuientemente pacientes ao longo de toda minha vida acadêmica.

À minha namorada, a qual vem me incentivando a nunca parar de estudar, além de ser a companhia necessária em longas tardes de estudos.

À Professora Karla Santos, que dedicou paciência e atenção ao orientar este trabalho. Além disso, se demonstrou uma verdadeira amiga nas várias conversas que tivemos.

A todos os professores com quem tive aula, pelas inúmeras lições práticas e teóricas.

Aos funcionários do Centro Universitário de Brasília.

A Deus, por ter me guiado ao longo da minha vida acadêmica, a qual espero não terminar aqui.

RESUMO

A Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/2011) foi responsável por trazer inovações à política antitruste brasileira, entre as quais se destacam as modificações quanto aos atos de concentração. Essas modificações, no entanto, precisam respeitar determinados ditames constitucionais, dispostos no Título VII da Constituição Federal de 1988, o qual versa sobre a 'Ordem Econômica e Financeira' nacional. As concepções das Escolas de Harvard e Chicago, indispensáveis em qualquer estudo sobre antitruste, serão abordadas. Além disso, será feita uma análise histórica da defesa da concorrência no Brasil. Por fim, buscar-se-á apresentar a compatibilidade dos dispositivos que versam sobre atos de concentração na Lei 12.529/2011 com os princípios constitucionais da Ordem Econômica.

Palavras-chave: Antitruste. Escola de Harvard. Escola de Chicago. História da defesa da concorrência no Brasil. Nova Lei Antitruste Brasileira.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. AS ABORDAGENS DAS ESCOLAS DE HARVARD E DE CHICAGO PARA POLÍTICAS ANTITRUSTES	15
1.1. O modelo estruturalista da Escola de Harvard	18
1.2. A Escola de Chicago	21
1.3. A “Nova Escola de Chicago” e o momento atual da teoria antitruste	25
2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL	28
2.1. O surgimento da defesa da concorrência	28
2.2. O contexto latino-americano	31
2.3. Os primeiros passos para a defesa da concorrência no Brasil	32
<i>2.3.a) O período entre 1930 e 1962</i>	<i>34</i>
<i>2.3.b) O período entre 1962 e 1988</i>	<i>39</i>
3. OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA LEI 12.529/2011 E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA	42
3.1. A Constituição Federal de 1988 e seus princípios sobre a Ordem Econômica	42
<i>3.1.a) Princípios constitucionais da Ordem Econômica</i>	<i>44</i>
<i>3.1.b) Livre iniciativa e livre concorrência</i>	<i>46</i>
3.2 O período de vigência da Lei 8.884/1994	48
3.3. A Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/2011)	50
<i>3.3.a) Os atos de concentração na Lei 12.529/2011</i>	<i>54</i>
<i>3.3.b) Os atos de concentração na Lei 12.529/2011 e os princípios constitucionais da Ordem Econômica</i>	<i>60</i>
CONCLUSÕES	63
REFERÊNCIAS ,	66

ÍNDICE DE QUADROS

Quadro 1. Modelo estruturalista da Escola de Harvard	19
Quadro 2. Principais características da Escola de Harvard.....	21
Quadro 3. Principais características da Escola de Chicago.....	24
Quadro 4. Dispositivos legais instaurados sob a égide Constituição de 1937.....	36
Quadro 5. Dispositivos legais instaurados sob a égide Constituição de 1946.....	38
Quadro 6. Dispositivos legais instaurados sob a égide Constituição de 1967.....	40
Quadro 7. Dispositivos legais instaurados sob a égide Constituição de 1988.....	43
Quadro 8. Comparações entre a Lei 8.884/1994 e a Lei 12.529/2011.....	51

INTRODUÇÃO

A concorrência parece ser uma característica inerente ao sistema capitalista, o qual foi consagrado pela Constituição Federal de 1988.¹ Apesar de não dispor expressamente pela escolha do capitalismo, a redação dos artigos do Título VII da Carta Magna (Da Ordem Econômica e Financeira) e a observação da economia de mercado cotidiana nos permite concluir a adoção desse sistema.²

Este modo de agir cotidiano é assentado na livre disposição dos bens. Logo, o bom funcionamento desse sistema econômico depende, de alguma forma, de seu aspecto concorrencial. Para muitos, a concorrência limita excessivas concentrações de poder, dispersando benefícios ao longo do mercado. Além disso, a competição econômica promoveria pesquisa, desenvolvimento e inovação, além de aumentar o poder de escolha dos consumidores.³ Surge, então, a importância de se proteger a concorrência, regulando-a institucionalmente, ou com a promulgação de leis, ou com a presença de outros dispositivos inibitórios de práticas anticoncorrenciais que prejudiquem o sistema econômico e seus agentes.

Segundo Posner, o Estado tem o papel de tutelar as questões referentes à concorrência, objetivando o adequado funcionamento do sistema econômico.⁴ Assim, é papel estatal analisar as condutas praticadas no mercado para que nenhuma atente contra a livre concorrência.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 promoveu os agentes privados ao patamar de principais fomentadores da economia, posição, até então, do Estado. A livre iniciativa e a valorização do trabalho foram colocadas como fundamentos da Ordem Econômica com o objetivo de assegurar a todos existência digna, devendo, entretanto, serem observados alguns princípios (artigo 170, Constituição Federal de 1988). Com a redação do

¹ GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros, 2010. No mesmo sentido, observa-se: FIGUEIREDO, Leonardo V. **Lições de Direito Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

² SANTOS, Humberto Cunha dos. **O sistema capitalista de produção e a SAB**. *Revista de Direito Público de Economia*, v. 42, pp. 109-122, 2013.

³ WOOD, B. Dan; ANDERSON, James E. **The politics of U.S. antitrust regulation**. *American Journal of Political Science*, v. 37(1), pp. 1-39, 1993.

⁴ POSNER, Richard. **Economic analysis of Law**. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 1998.

artigo 170, a Carta Magna reconheceu que a existência de excessivo poder econômico de determinados agentes pode gerar distorções prejudiciais ao sistema econômico.⁵

Em face da necessidade deste tipo de tutela estatal, surgem, respaldadas pela redação constitucional, as políticas antitrustes, as quais limitam, parcial ou totalmente, a formação de cartéis, oligopólios ou monopólios. Tal ideia está intimamente ligada a de defesa da concorrência, sendo que este estudo tratará os conceitos de política antitruste e de defesa da concorrência como sinônimos.

A promoção e defesa da concorrência normalmente ocorrem através de três formas: ação preventiva (ex.: análise de atos de concentração); ação repressiva (ex.: combate aos cartéis); e advocacia da concorrência, ou seja, a promoção da cultura da concorrência pelos órgãos públicos perante a sociedade.

A defesa da concorrência pode ser conceituada como o conjunto leis e políticas que “definem determinados comportamentos das empresas como sendo ilegais, por prejudicarem os consumidores e/ou diminuírem o bem-estar social”.⁶

Com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, a Nova Lei Antitruste Brasileira, muitas inovações referentes à política antitruste brasileira foram observadas, entre as quais se podem listar a positivação do termo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o controle prévio, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de atos de concentração econômica, ou seja, de operações de fusões ou aquisições de empresas.

Outra importante novidade trazida pela Nova Lei foi a exclusão do ordenamento jurídico brasileiro da necessidade de sujeição à análise do CADE de atos de concentração, seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, que resultassem na participação igual, ou superior, a vinte por cento de um mercado relevante. A Lei 12.529/2011, como será demonstrado a seguir, adotou apenas critérios valorativos, referentes ao faturamento das empresas envolvidas nos atos de concentração, para que esses atos se sujeitassem à análise do CADE. Essa modificação levantou dúvidas em uma monografia anterior, apresentada no curso de graduação em Ciências Econômicas da Universidade de

⁵ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência.** *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

⁶ MATIAS-PEREIRA, José. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica:** as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), 2006, p. 55. Matias-Pereira constrói o conceito de defesa da concorrência a partir de outros conceitos obtidos em: BRASIL, Ministério da Fazenda. **Glossário de termos econômicos.** Brasília: SEAE/MF. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 4 abr. 2013.

Brasília,⁷ quanto a sua compatibilidade com o texto constitucional. O arcabouço teórico e histórico levantado em tal estudo será utilizado como referência para o desenvolvimento da presente monografia.

Todavia, ao se abordar o instituto da concentração de mercado, é importante antes se fazer referência ao conceito de mercado relevante, haja visto que ambos estão intimamente relacionados. Em uma definição bastante objetiva de mercado relevante, esse pode ser definido como “o menor mercado possível; isto é, o menor agregado de produtos, combinado com a menor área”.⁸

A identificação do mercado relevante é extrema importância dentro do universo da defesa da concorrência, pois “condiciona os resultados das etapas seguintes de avaliação do poder de mercado”.⁹ É a partir da delimitação do mercado relevante que o gestor da política antitruste a aplica.

Na antiga lei brasileira de defesa da concorrência, Lei 8.884/1994, a presença do critério da concentração de mercado pode ser observada quando esta trata de atos de concentração:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”¹⁰

Na Nova Lei, a partir da leitura da redação do artigo 88, responsável por determinar os atos de concentração que deverão ser submetidos à apreciação do CADE, observa-se o abandono do critério da participação no mercado relevante:

⁷ FERRAZ, A. S. **A Nova Lei Antitruste Brasileira: suas principais modificações na política antitruste e seus principais impactos econômicos.** Monografia (*Bacharelado em Ciências Econômicas*) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

⁸ POSSAS, M. L. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência.** *Revista do IBRAC*, v. 3(5), 1996, p. 4.

⁹ GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.** *Economia e Sociedade*, v. 16(2), 2007, p. 246.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

“Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.”¹¹

Apesar de ser uma lei recente, já foi observada a modificação prevista no §1º do artigo 88. A portaria interministerial do Ministério da Justiça nº 994/2012 modificou os valores dos incisos I e II:

“Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA no uso da atribuição que lhes conferem o § 1º do art. 88, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, resolvem:

Art. 1º - Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:

I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.”¹²

Sendo assim, a partir das modificações trazidas pela Lei 12.529/2011, questiona-se: as inovações em relação aos atos de concentração são compatíveis com os princípios constitucionais assegurados no Título VII da Constituição Federal de 1988?

Portanto, buscar-se-á, utilizando a fundamentação doutrinária sobre políticas antitrustes, em especial, as contribuições advindas das Escolas de Harvard e de Chicago, analisar a compatibilidade destes dispositivos com os princípios constitucionais brasileiros

¹¹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹² BRASIL. Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

assegurados no Título VII da Constituição Federal de 1988, o qual versa sobre a Ordem Econômica e Financeira.

O campo de estudo das políticas antitrustes é bastante amplo, porém, no Brasil, o tema foi, por muito tempo, pouco abordado, tanto por juristas, quanto por economistas. Pode-se apontar o longo período de ampla intervenção estatal na economia, inclusive com a aplicação de políticas de congelamento de preços e de indexadores, como fator resultante pela baixa disseminação da “cultura antitruste”. Entretanto, o número de trabalhos que tratam especificamente sobre as instituições e a história da defesa concorrencial no Brasil parece estar crescendo.

A Nova Lei Antitruste, ao trazer novas e importantes modificações na política antitruste brasileira, abriu um leque de possibilidades de estudos sobre o tema, o qual foi alvo de alguns estudos recentes sobre o tema.

É, destarte, fundamental utilizar os fundamentos das duas principais escolas que estudam a defesa da concorrência, a Escola de Harvard e a Escola de Chicago, ao se analisar qualquer tema relacionado á política antitruste. Por meio de explicações que interligam o Direito e as Ciências Econômicas, as concepções dessas Escolas dão forma à abordagem antitruste.¹³ Percebe-se, assim, que o campo de estudo da defesa da concorrência se encontra na fronteira do conhecimento entre o Direito e as Ciências Econômicas.

No período que se estende entre 1890, ano da promulgação do *Sherman Act* nos Estados Unidos, colocado por muitos doutrinadores como o marco legislativo das políticas antitrustes, e os dias de hoje, as lições destas duas Escolas sobre defesa da concorrência ganham destaque. Uma das principais divergências entre a Escola de Harvard e a Escola de Chicago é referente à concentração de mercado, matéria a qual foi alvo de modificações pelo legislador brasileiro, quando esse tratou dos atos de concentração na Nova Lei Antitruste Brasileira.

A Escola de Harvard considera a concentração de mercado como um critério imprescindível ao ser estudar um ato de concentração econômica. Porém, para a Escola de Chicago, a concentração de mercado tem um papel secundário. Esse seria apenas mais um critério, entre vários outros, que deve ser analisado ao se estudar um ato de concentração de mercado.

¹³ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust.** *Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

No Brasil, até o final da vigência da Lei 8.884/1994, o critério da concentração de mercado era determinante para definir se um ato de concentração econômica, como a fusão de empresas, por exemplo, iria ser submetido à análise do CADE. Porém, com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011 em 2012, o critério de notificação da concentração de mercado foi eliminado.

Esta parece ser a nova tendência das políticas de defesa de concorrência mundiais.¹⁴ Ou seja, o Brasil, ao adotar este posicionamento em sua política antitruste, estaria de acordo com o que é defendido na doutrina atualmente. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro tem suas peculiaridades e a Constituição Federal dispõe alguns ditames que devem ser observados quando se discute sobre a Ordem Econômica. Assim, é importante estudar o alinhamento de tal modificação com o texto constitucional.

Para se atingir os objetivos do presente trabalho, buscar-se-á, no Capítulo 1, fazer um breve estudo teórico das concepções das Escolas de Harvard e de Chicago sobre política antitruste. Serão levantados os principais pontos defendidos por ambas as Escolas e, em seguida, tentar-se-á apontar em que ponto a doutrina antitruste se encontra atualmente.

No segundo capítulo da monografia, será feita uma análise histórica da defesa da concorrência no Brasil a partir das Constituições Brasileiras do século XX anteriores a Constituição Federal de 1988.

No Capítulo 3, abordar-se-ão as modificações na ordem econômica advindas da Constituição Federal de 1988, com foco nos princípios do artigo 170 (CF/1988). Em seguida, o foco do estudo será a Lei 8.884/1994 e as inovações da Lei 12.529/2011 à política antitruste brasileira, dando ênfase à retirada do critério de concentração de mercado referente à submissão de fusões a julgamento pelo CADE e analisando a compatibilidade desta com os princípios constitucionais brasileiros assegurados no Título VII da Constituição.

Pretende-se, portanto, corroborar a ideia do fortalecimento do CADE nos últimos anos, o qual se tornou uma instituição importante no contexto econômico nacional. Espera-se mostrar, também, que a eliminação do critério da concentração de mercado não gerou nenhum prejuízo à política antitruste brasileira, sendo essa uma medida defendida pelos artigos mais recentes sobre o tema, os quais afirmam que este critério é subsidiário na aplicação da política antitruste em um ato de concentração econômica. Além disso, objetiva-

¹⁴ CARLTON, D. W. **Does antitrust need to be modernized?** *The Journal of Economic Perspectives*, v. 21, pp. 155-176, 2007.

se, principalmente, demonstrar o alinhamento da Lei 12.529/2011 com os ditames da Constituição Federal de 1988.

1. AS ABORDAGENS DAS ESCOLAS DE HARVARD E DE CHICAGO PARA POLÍTICAS ANTITRUSTES

Durante a história, é comum observarmos a positivação de leis anteceder o desenvolvimento de uma teoria a qual, posteriormente, venha a fundamentá-las. E, essa mesma sequência, surgimento de leis seguido de abordagem teórica, foi observada no campo das políticas antitrustes com a promulgação do *Sherman Act*, nos Estados Unidos, ainda no final do século XIX.

Nos trinta anos seguintes da publicação do *Sherman Act*, o estudo da defesa da concorrência foi executado essencialmente por juristas. As Ciências Econômicas durante aquele período praticamente deixaram de lado o estudo da regulação do mercado por meio da aplicação de políticas antitrustes. O predomínio jurídico ocorreu porque a teoria econômica, naquele momento, acreditava que, além de o surgimento de trustes serem irrelevantes para economia em geral, uma política proibindo as firmas de acordarem entre si para obter vantagens sobre novas economias de escala, as quais se tornaram possíveis devido ao desenvolvimento tecnológico da época, poderia ser prejudicial.¹⁵ Apesar de a defesa da concorrência na época ser área exclusiva do Direito, a tendência liberal econômica influenciou também os juristas da época, os quais acabaram não dando à devida importância à defesa da concorrência.

Aquele predomínio jurídico, quase absoluto, cedeu, aos poucos, espaço para concepções oriundas da Economia. Hoje, pode-se afirmar que as políticas antitrustes e as decisões tomadas em relação aos atos de concentração e cartéis estão apoiadas também em ideias trazidas por economistas.

Ao longo desse capítulo, as expressões Escola de Harvard e Escola de Chicago serão bastante comuns. Apesar de parecer uma significativa simplificação, o uso dessas expressões é amplamente usado pela doutrina que se propõe a estudar o tema:

“My apologies in advance to other great universities for referring to the schools of antitrust thought as the Harvard and Chicago schools. Many notable scholars who fit these schools are at neither university. I employ the Harvard and Chicago school

¹⁵ HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

terminology simply because it is in such widespread usage, and has a historical significance that helps convey the gist of two antitrust philosophies.”¹⁶

Pode-se afirmar que a abordagem doutrinária sobre defesa da concorrência cresceu a partir da Escola de Harvard, nos anos 1930.¹⁷ As concepções trazidas por essa corrente também são chamadas de modelo Estrutura-Conduta-Desempenho (ECD). De forma bastante resumida, o modelo ECD seria a estrutura de um mercado que influencia sua conduta a qual, por sua vez, determina seu desempenho.¹⁸ Essa visão estruturalista da Escola de Harvard considera que um mercado pulverizado, ou seja, aquele com vários agentes econômicos atuantes, é preferível, pois estaria prevenido às possíveis disfunções advindas de excessivas concentrações de mercado.¹⁹ O mercado ideal seria, portanto, aquele em que as empresas tenham o menor tamanho possível,²⁰ sendo a concentração de poder econômico o elemento básico da estrutura do mercado e, conseqüentemente, da análise antitruste na concepção harvardiana.²¹

Para a determinação do nível de concentração de mercado, são utilizados alguns índices, os quais não são o foco deste trabalho. Tais índices servem para captar a forma pela qual é apresentado o comportamento dominante de um agente em um mercado e são calculados a partir das participações de mercado das empresas.²²

Rompendo com a visão estruturalista da Escola de Harvard,²³ a Escola de Chicago, cuja influência começou a se observar a partir da década de 1960 nos Estados Unidos, não vê a concentração de mercado como necessariamente um mal. As concepções

¹⁶ ELHAUGE, E. **Harvard, not Chicago:** which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. *Competition Policy International*, v. 3(2), 2007, p. 1. Em tradução livre: “Minhas desculpas a outras grandes universidades por referir as escolas do antitruste como sendo Escolas de Harvard e de Chicago. Muitos notáveis acadêmicos que se enquadram como dessas escolas não estão em Harvard ou em Chicago. Eu utilizo a terminologia, Escola de Harvard e Escola de Chicago, simplesmente porque é a mais utilizada, além de ter um significado histórico o qual conduz aos principais pontos de duas filosofias do antitruste”.

¹⁷ HOVENKAMP, H. J. **The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm.** *Research Paper No. 07-19.* University of Iowa Legal Studies, 2010.

¹⁸ GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A práxis antitruste no Brasil:** uma análise do CADE no período 1994-2004. *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

¹⁹ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste:** aspectos relevantes para o caso brasileiro. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

²⁰ PEPALL, L.; RICHARDS, D.; NORMAN, G. **Industrial Organization:** contemporary theory and empirical applications. 4th ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

²¹ POSSAS, M. L. **Estruturas de mercado em oligopólio.** São Paulo: Hucitec, 1985.

²² RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). **Economia Industrial:** fundamentos teóricos e práticas no Brasil. São Paulo: Campus, 2002, pp. 73-90.

²³ HOVENKAMP, H. J. **The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm.** *Research Paper No. 07-19.* University of Iowa Legal Studies, 2010.

trazidas por essa escola se baseiam principalmente no conceito de eficiência alocativa de mercado, logo, na situação eficiente ótima a produção estaria ocorrendo ao menor custo possível,²⁴ o que seria vantajoso para todos os agentes. Assim, a observação de concentração de mercado em uma situação de eficiência alocativa ótima não seria necessariamente prejudicial ao sistema econômico, mesmo que nesse estejam presentes poucos produtores ou fornecedores. Dessa forma, pode-se concluir que, a partir do enfoque da Escola de Chicago, a utilização de uma regra da razoabilidade (ou regra da razão) foi privilegiada. Logo, para tal concepção, nem todo ato de concentração é proibido, pois se procuram levar em consideração também os ganhos e as perdas em relação à eficiência que um ato de concentração pode gerar.²⁵

Observa-se, então, a concentração de poder econômico como um importante contraponto entre as duas correntes teóricas que o presente estudo irá enfatizar: a Escola de Harvard; e a Escola de Chicago. Enquanto, a visão estruturalista da Escola de Harvard acredita que um ato de concentração gera um mal ao criar poder de mercado oriundo do aumento de participação,²⁶ a concepção trazida pela Escola de Chicago afirma que a partir do nível concentração não se pode afirmar que aquele ato é prejudicial, por exemplo, aos consumidores.

Neste momento, é necessário esclarecer de que mercado a política antitruste e suas concepções tratam. O mercado em sentido lato é aquele composto pelo conjunto de todos os bens e serviços disponíveis a partir da interação de agentes compradores e vendedores. Entretanto, a defesa da concorrência não adota o mercado em sentido lato ao realizar suas análises. A política antitruste adota um mercado em sentido estrito, um segmento do mercado em sentido lato. Esse mercado é conhecido como mercado relevante, o qual pode ser definido como a área geográfica em que um produto, ou um pequeno grupo de produtos, é comercializado.²⁷

²⁴ GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.** *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

²⁵ MATIAS-PEREIRA, José. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência.** *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

²⁶ GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.** *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

²⁷ UNITED STATES, Department of Justice & Federal Trade Commission. **Horizontal merger guidelines**, 1992. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

A delimitação desse mercado é de extrema importância, pois, a partir de algumas manipulações, as quais podem ampliar ou diminuir o mercado relevante, o índice de concentração é invariavelmente modificado.²⁸ As medidas de concentração são, portanto, medidas úteis para indicar, em um primeiro momento, em quais setores espera-se encontrar práticas de poder de mercado, sendo este um indicador sintético do comportamento concorrencial de um determinado mercado relevante.

Neste capítulo, buscar-se-á abordar a Escola de Harvard e a Escola de Chicago para, em seguida, levantar o ponto em que a doutrina que versa sobre defesa da concorrência se encontra atualmente.

1.1. O modelo estruturalista da Escola de Harvard

No período que se estende da publicação do *Sherman Act* (1890) até a crise de 1929, a política de defesa da concorrência se baseou na supremacia dos conhecimentos jurídicos e do pensamento liberal. Os diplomas legais que versavam sobre políticas antitrustes, como o próprio *Sherman Act*, não alcançaram a eficácia pretendida, o que acabou permitindo o surgimento de grandes companhias no período.

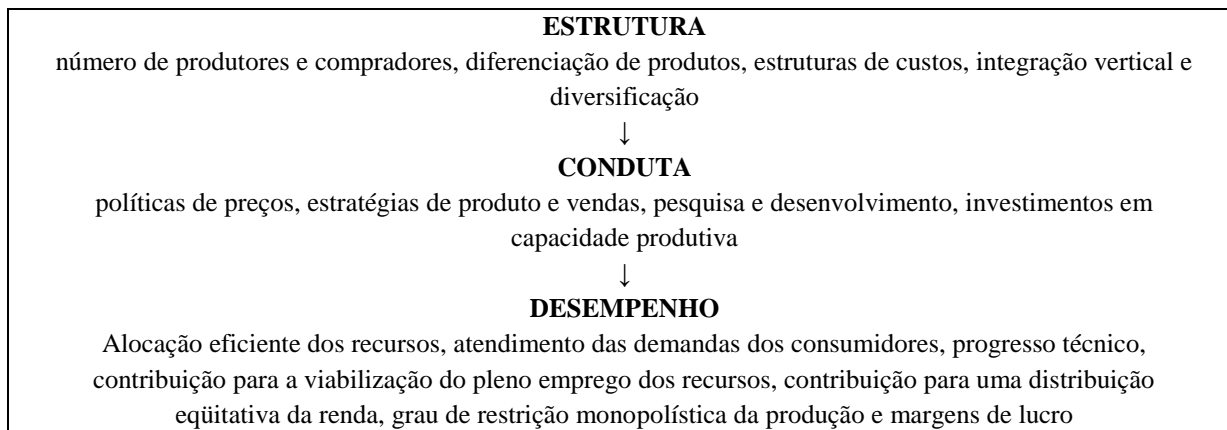
Porém, com a crise de 1929 e a ascensão do pensamento keynesiano, uma nova abordagem da política antitruste se tornou dominante. Essa nova abordagem dava foco a proteção dos pequenos competidores, buscando atingir a distribuição de riqueza na sociedade²⁹.

O grupo de teóricos alinhados a essa corrente de pensamento ficou conhecido, mais comumente, como Escola de Harvard, sendo referido também como Escola Populista ou modelo/paradigma Estrutura-Condução-Desempenho. A estrutura de mercado, a qual determinaria as condutas de cada firma, afetando, por fim, seus desempenhos, era o principal objeto de análise desta abordagem.³⁰ O quadro 1 ilustra bem a ideia:

²⁸ PEPALL, L.; RICHARDS, D.; NORMAN, G. **Industrial Organization**: contemporary theory and empirical applications. 4th ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

²⁹ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

³⁰ DONSIMONI, M. P.; GEROSKI, P.; JACQUEMIN, A. **Concentration indices and market power**: two views. *The Journal of Industrial Economics*, v. 32, pp. 419-434, 1984.

Quadro 1. Modelo estruturalista da Escola de Harvard

Fonte: GAMA, M. M. **A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte**, p. 7.³¹

Para essa corrente, os mercados com a presença de uma ou poucas firmas, as quais controlariam boa parte da produção, eram mercados suspeitos de serem prejudiciais aos consumidores, aos pequenos produtores e, por conseguinte, ao sistema econômico.³²

Em mercados concentrados, sejam naturalmente, ou por meio de fusões ou *joint ventures*, as firmas estariam mais tentadas em agir de maneira anticompetitiva. Os defensores mais radicais dessa abordagem se posicionavam contra qualquer concentração de mercado, mesmo quando essa significava menores custos ou preços. Esse posicionamento da Escola de Harvard convenceu vários julgadores norte-americanos, principalmente no período entre 1930 e 1960, da ilegalidade presumida da conduta de empresas com amplo poder de mercado.³³

Um fato que contribuiu para a hegemonia dessa corrente de pensamento, no referido período, foi o fim da Segunda Guerra Mundial. Com o término da Segunda Guerra Mundial, muitas empresas, nacionais ou multinacionais, emergiram nos Estados Unidos com amplo poder em diversos mercados. O grande poder dessas firmas e a forte concentração de seus mercados favoreceram para que os ideais da Escola de Harvard se disseminassem facilmente.³⁴

³¹ GAMA, M. M. **A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte. Texto para discussão.** CEDEPLAR, Belo Horizonte, 2005.

³² ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust.** *Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

³³ PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century.** *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

³⁴ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust.** *Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

O *Merger Guidelines* norte-americano de 1968,³⁵ uma espécie de guia para aplicação de política antitruste naquele país, confirma essa hegemonia. Segundo esse guia, concentração de mercado, barreiras à entrada, e a presença de uma grande firma dominante eram as principais áreas de preocupação no processo competitivo.³⁶

Como os adeptos desta Escola não acreditavam que as forças de mercado eram fortes o suficiente para eliminar ou diminuir o poder da firma dominante, eles defendiam um firme controle de fusões e a dissolução das grandes firmas. As grandes firmas poderiam atingir negativamente o sistema econômico como um todo e a política antitruste deveria ser aplicada em favor dos consumidores e dos pequenos produtores para o aumento da distribuição de riqueza.³⁷

Entre os nomes de destaque dessa corrente, encontram-se Edward Chamberlain, Edward Mason e Joe Bain, o qual afirmava que a defesa da concorrência voltada para a proteção de pequenas firmas e para desconcentração de mercados oligopolísticos seria a melhor.³⁸

Apesar de a aplicação antitruste sob o prisma da Escola de Harvard não ser perfeita, ela, ao menos, era uniforme, na medida em que se presumia a ilegalidade de todas as condutas das empresas dominantes. Assim, a aplicação do modelo proposto por Harvard era quase sempre óbvia, o que caracteriza uma vantagem dessa corrente.³⁹ Entre as desvantagens, duas merecem ser mencionadas. Primeiramente, pode-se destacar o fato de que grande parte das decisões tomadas nas cortes norte-americanas, sob a influência da Escola Populista, impediram firmas dominantes, que poderiam ter beneficiado os consumidores através de seus custos menores, de competir no mercado.⁴⁰ Em segundo lugar, a análise da concentração de mercado é uma análise curto prazista, ou seja, ignora os efeitos benéficos que a presença de uma empresa dominante pode trazer no longo prazo.⁴¹ A concentração de um mercado não consegue refletir a verdadeira dinâmica competitiva desse.⁴²

³⁵ UNITED STATES, Department of Justice & Federal Trade Commission. **The merger guidelines**, 1968. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.htm>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

³⁶ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

³⁷ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

³⁸ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

³⁹ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁴⁰ PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century**. *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

⁴¹ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

Os principais pontos da Escola de Harvard podem ser resumidos a partir do quadro 2:

Quadro 2. Principais características da Escola de Harvard

<u>Ponto</u>	<u>Característica</u>
Foco temporal da análise	- Curto-prazo
Visão sobre colaboração entre firmas	- Suspeita de ser anticompetitiva
Origem do poder de mercado	- Práticas injustas e excludentes
Efetividade da intervenção governamental	- Alta
Uniformidade da corrente teórica	- Sim

Fonte: ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**, p. 8 (com alterações).⁴³

A ênfase da Escola de Harvard é na presença, ou não, do poder de mercado, para, assim, se definir a aplicação de uma política antitruste. Quando um amplo poder de mercado fosse verificado, a intervenção estatal para diminuir ou eliminar esse poder deveria ser realizada. O aumento no número de agentes em um determinado mercado, por sua vez, seria sempre benéfico, sendo, portanto, o incremento da concorrência o verdadeiro fim a ser buscado por essa corrente teórica.

1.2. A Escola de Chicago

Com o incremento da competição internacional e do dinamismo da economia global, emergiram, no início da década de 1960, as ideias trazidas pela Escola de Chicago, trazendo uma nova abordagem para a política antitruste e contendo os excessos da Escola de Harvard. Enquanto os teóricos de Harvard defendiam a ampla intervenção governamental nos mercados; os teóricos de Chicago afirmavam que a intervenção governamental nos mercados poderia ser mais prejudicial do que benéfica,⁴⁴ criticando o

⁴² SALGADO, L. H. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, C. (org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003, pp. 29-42.

⁴³ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

⁴⁴ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

posicionamento das cortes norte-americanas, até então, em presumir a ilegalidade de fusões e *joint ventures*.⁴⁵ Além disso, o principal foco da Escola de Chicago estava na eficiência, buscando sempre aumentar o bem-estar do consumidor. Observa-se aqui, novamente, o contraponto entre a Escola de Chicago e as concepções harvardianas, as quais focavam na concentração de mercado, procurando sempre respeitar um critério distributivo mais igualitário.⁴⁶ Para Chicago, a ideia de Harvard, de que em mercados altamente concentrados existia uma competição falha, era ingênua,⁴⁷ devendo a concentração de mercado ser apenas mais um ponto a ser analisado na aplicação da política de defesa da concorrência.

Assim, o modelo de Chicago diferencia o eficiente do ineficiente, não levando em consideração a distribuição de riqueza. Ou seja, se existe alguma relação entre justiça e o modo como a riqueza é distribuída, o modelo de Chicago não é capaz de distinguir o justo do injusto.⁴⁸

Enquanto o pensamento de Harvard se apoiava nas premissas do pensamento keynesiano, a teoria trazida pela Escola de Chicago, desenvolvida principalmente por Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner,⁴⁹ encontrava sustentação nos pressupostos econômicos advindos da teoria econômica neoclássica.⁵⁰

Pode-se, portanto, concluir que a política antitruste da Escola de Chicago era desenvolvida a partir de dois supostos: o primeiro afirmava que a melhor política antitruste disponível no mundo real para maximizar eficiência era a obtida a partir da teoria do preço do modelo neoclássico; o segundo, por sua vez, afirmava que a eficiência econômica deveria ser o único objetivo da aplicação da política antitruste.⁵¹

A respeito da eficiência, economistas utilizam tal termo de várias formas diferentes, sendo seu uso mais comum quando se trata, ou de eficiência produtiva, ou de eficiência alocativa. No paradigma da Escola de Chicago, a eficiência produtiva não é a principal preocupação na aplicação da política antitruste; a eficiência que deve ser perseguida

⁴⁵ PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century.** *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

⁴⁶ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust.** *Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

⁴⁷ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago.** *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁴⁸ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago.** *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁴⁹ PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century.** *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

⁵⁰ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust.** *Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

⁵¹ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust Policy after Chicago.** *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

por esse tipo de política é a eficiência alocativa, sendo essa mais abrangente do que a eficiência produtiva.⁵²

A definição clássica de eficiência alocativa foi trazida por Pareto no início do século XX,⁵³ ficando assim conhecida como eficiência de Pareto, instrumento utilizado na comparação de resultados de diferentes instituições econômicas. Para entender melhor conceito, é preciso antes explicar a ideia de uma “melhoria de Pareto”. Quando existe alguma nova possibilidade de alocação de recursos que melhore a situação de um agente econômico, sem piorar, no entanto, a situação de outro agente, essa nova alocação será uma melhoria de Pareto. Logo, quando não existe nenhuma nova alocação que permita uma melhoria de Pareto, a alocação existente será uma alocação eficiente.⁵⁴

A ideia por trás da definição da eficiência de Pareto é, no entanto, bastante limitada no mundo real, sendo raramente observada e de difícil aplicação prática. Assim, a partir desse problema, a Escola de Chicago advogou em favor de uma ‘potencial’ eficiência de Pareto, a chamada eficiência de Kaldor-Hicks. A eficiência alocativa, sob essa nova perspectiva, seria aquela em que os ganhos superassem as perdas. Assim, a eficiência de Kaldor-Hicks poderia se tornar uma eficiência de Pareto com a simples transferência dos ganhadores para os perdedores, mesmo que essa transferência venha a ser realizada em um período posterior.⁵⁵

O ceticismo chicagiano nas intervenções governamentais se justificava no seu posicionamento em assumir que o mercado irá sozinho solucionar adequadamente qualquer problema relacionado com poder ou abusos de mercado. Ademais, esses teóricos acreditavam que os processos judiciais sobre antitruste deveriam ser revestidos de extremo cuidado, pois a imensa maioria dos julgadores não conhecia bem os conceitos econômicos e, por isso, teriam muita dificuldade em encontrar qualquer imperfeição em mercados.⁵⁶

Muitos trabalhos sobre a visão da Escola de Chicago já foram feitos e, hoje, algumas críticas sobre o seu modelo neoclássico de eficiência são facilmente encontradas na literatura, merecendo ser mencionadas. Destacam-se, duas principais correntes críticas à Escola de Chicago: a primeira afirma que o modelo fundamentado na eficiência para

⁵² HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁵³ A definição de Pareto para eficiência foi trazida em seu *Manual de Economia Política* de 1909.

⁵⁴ VARIAN, H. **Microeconomia**: princípios básicos. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007.

⁵⁵ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁵⁶ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

aplicação de política antitruste é bom apenas na teoria, pois sua aplicação prática é difícil; a segunda corrente crítica afirma que a política de defesa da concorrência não pode focar exclusivamente na eficiência, já que em mercados reais existem outros fatores que devem ser observados.⁵⁷

A teoria desenvolvida por Chicago não é sofisticada o bastante para analisar o comportamento do mundo real com perfeição.⁵⁸ A análise chicogoana seria estática, enquanto, o mundo real é bastante dinâmico, composto por sucessivas inovações.⁵⁹ Além disso, o modelo de Chicago é bastante complexo, não sendo sua aplicação tão óbvia quanto o modelo distributivo proposto por Harvard.⁶⁰

O quadro 3 busca resumir os principais pontos da análise antitruste proposta pela Escola de Chicago:

Quadro 3. Principais características da Escola de Chicago

<u>Ponto</u>	<u>Característica</u>
Foco temporal da análise	- Curto-prazo
Visão sobre colaboração entre firmas	- Não haveria problemas, desde que não fixasse preços
Origem do poder de mercado	- Firmas mais produtivas ou em razão de intervenções governamentais
Efetividade da intervenção governamental	- Baixa
Uniformidade da corrente teórica	- Sim

Fonte: ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**, p. 8 (com alterações).⁶¹

De fato, a Escola de Chicago representou um importante marco inovador no tema da defesa da concorrência, tendo completado uma verdadeira revolução na análise

⁵⁷ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁵⁸ ELHAUGE, E. **Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions**. *Competition Policy International*, v. 3(2), 2007.

⁵⁹ HOVENKAMP, H. J. **The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm**. *Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

⁶⁰ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁶¹ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

antitruste já no começo da década de 1990.⁶² Seu modelo de eficiência era fundamentado por premissas das Ciências Econômicas, fazendo com que o estudo do antitruste deixasse, cada vez mais, de ser exclusivo do mundo jurídico. Todos os envolvidos (acadêmicos, juristas, e gestores da política antitruste, por exemplo) fizeram profundos esforços para entender a teoria econômica e a organização industrial.⁶³

O antitruste, sob o prisma da Escola de Chicago, podia ser considerado paradoxal, visto que, ao mesmo tempo que preserva a concorrência, a combate.⁶⁴ Em poucas palavras, na concepção de Chicago, se uma estrutura concentrada resultasse na observação de um mercado eficiente, seus efeitos anticompetitivos estariam sendo compensados, e, portanto, essa seria uma estrutura aceita em uma eventual aplicação de política antitruste.

1.3. A “Nova Escola de Chicago” e o momento atual da teoria antitruste

As duas correntes teóricas abordadas são as principais e, atualmente, o cenário da política antitruste parece ser composto por diferentes posicionamentos, principalmente, por uma combinação entre o pensamento dessas duas Escolas. Os diferentes posicionamentos derivam basicamente das doutrinas defendidas por gestores e acadêmicos.⁶⁵

Já foi demonstrado que o aumento no número de empresas, proposto por Harvard, não é eficiente;⁶⁶ e, que a análise estrita da eficiência, como defendia Chicago, é criticável.⁶⁷ Ainda em relação ao modelo de eficiência, muitas são as críticas quanto à dificuldade de sua aplicação prática.

Tais críticas cederam espaço para “Nova Escola de Chicago”, no final dos anos 1990. Nessa nova abordagem antitruste, a lei tem papel importante na regulação, pois se

⁶² PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century.** *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

⁶³ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago.** *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁶⁴ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro.** Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

⁶⁵ PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century.** *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007. No mesmo sentido: ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust.** *Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

⁶⁶ SCHMALENSEE, R. **Antitrust and the New Industrial Economics.** *The American Economic Review*, v. 72(2), pp. 24-28, 1982.

⁶⁷ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago.** *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

reconhece que disposições legais conseguem influenciar o comportamento dos agentes, o qual, segundo a Escola de Chicago, seria influenciado basicamente pelas forças de mercado.⁶⁸

Além de influenciar diretamente o comportamento dos agentes, as leis também conseguiriam modificar o mercado e as normas sociais, segundo a “Nova Escola de Chicago”:

“[...] as normas legais, ou simplesmente leis, podem ter papel de intervir e modificar as condições de mercado, atribuindo preços às condutas para influir nas escolhas. Entretanto, para a Velha Escola de Chicago, a lei so tinha valor enquanto forma de criar condições para o funcionamento do mercado, reduzindo os custos de transação e alocando direitos.”⁶⁹

No entanto, hoje, parece ser difícil apontar uma abordagem dominante sobre política antitruste. Após um longo período de predominância do posicionamento de Chicago, vários estudos mostram que essa escola perdeu espaço, havendo uma reaproximação, inclusive das cortes norte-americanas, das concepções da Escola de Harvard.⁷⁰ Um fator que pode ser apontado como motivador do enfraquecimento da Escola de Chicago nos últimos anos é a Crise Financeira de 2008, a qual indicou a dificuldade dos mercados se autorregularem sem o aparecimento de crises.

Atualmente, uma conduta monopolística que deve ser alvo de uma análise por parte de autoridades de defesa da concorrência seria observada a partir de atos que impedem o surgimento de oportunidades aos rivais, além de, gerarem prejuízos maiores que benefícios.⁷¹

Logo, pode-se concluir que dois pontos importantes não podem deixar de ser observados quando se analisa uma prática antitruste, nos dias de hoje: (1) o dinamismo da

⁶⁸ FLORES FILHO, E. G. J. **A Nova Escola de Chicago e as modalidades de regulação**: tendências do *Law and Economics* e as aplicações para o direito brasileiro. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. University of California: Berkeley Program in Law and Economics, 2007.

⁶⁹ FLORES FILHO, E. G. J. **A Nova Escola de Chicago e as modalidades de regulação**: tendências do *Law and Economics* e as aplicações para o direito brasileiro. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. University of California: Berkeley Program in Law and Economics, 2007, p. 8.

⁷⁰ ELHAUGE, E. **Harvard, not Chicago**: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. *Competition Policy International*, v. 3(2), 2007. Em consonância, observa-se: HOVENKAMP, H. J. **The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm**. *Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

⁷¹ HOVENKAMP, H. J. **The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm**. *Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

economia, ou seja, deve-se realizar uma análise dinâmica da situação; (2) análise macro do ambiente.⁷²

As análises para a aplicação de uma política antitruste devem ser realizadas observando cada caso de forma específica. E, apesar do grande número de modelos existentes hoje para realizar tais análises, esses apresentam pouca empiricidade, devendo se desenvolver um modelo específico para cada caso concreto.⁷³

Em suma, a Escola de Harvard e de Chicago representam hoje verdadeiros alicerces teóricos para a aplicação de políticas antitrustes. Ao se analisar um ato de concentração, o poder de mercado parece ser uma variável que não pode ser esquecida. Ao mesmo tempo, deve-se também se levar em consideração a eficiência que um determinado ato de concentração pode gerar no curto e no longo prazo. As duas abordagens não são completamente excludentes e a tentativa de se aplicar ambas parece ser o melhor caminho encontrado em análises no campo da defesa da concorrência.

Os principais pontos da abordagem teórica das políticas antitrustes foram apontados no presente capítulo. Esse levantamento teórico é essencial em qualquer tipo de estudo que vise versar sobre defesa da concorrência. Porém, antes de se abordar a Nova Lei Antitruste Brasileira, é necessário demonstrar a evolução da regulação da economia no Brasil, aspecto que será analisado no próximo capítulo.

⁷² HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁷³ SCHMALENSEE, R. **Antitrust and the New Industrial Economics**. *The American Economic Review*, v. 72(2), pp. 24-28, 1982.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL

2.1. O surgimento da defesa da concorrência

Não existe unanimidade sobre qual foi o primeiro dispositivo legal a regular o mercado visando preservar um saudável ambiente concorrencial. A verificação de um primitivo sistema de escambo presume a existência de regras disciplinadoras da conduta dos agentes econômicos, logo, pode-se afirmar a presença de tais regras, ainda que sem força de leis, desde a Antiguidade.⁷⁴ Por sua vez, a partir da presença de escambo, verifica-se um sistema de mercado ainda não desenvolvido, o que leva a crer na existência de algum tipo de conduta concorrencial dos agentes.

Porém, apenas no século XVIII, o uso da palavra “concorrência” passou a ser utilizada a partir de uma concepção mais técnica, econômica.⁷⁵ O intuito de dar maior liberdade aos agentes, objetivando o bom funcionamento de um mercado ou, até mesmo, de todo um sistema econômico, surge naquela época, concomitantemente ao surgimento das ideias e dos Estados liberais.

O ambiente econômico verificado naquela época era bastante atomizado, o que retirava de produtores e fornecedores a possibilidade de influenciar os preços ou as vendas como um todo. Entretanto, foi também naquele período que começou a se observar modificações no sistema de produção.⁷⁶

Com a revolução industrial, a produção deixou de ser manufatureira e o surgimento das indústrias acarretou no desaparecimento das corporações de ofício, responsáveis, até então, pelo estabelecimento de rígidas regras de regulação econômica.⁷⁷

⁷⁴ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁵ DENNIS, Kenneth G. “**Competition**” in the history of economic thought. Tese (*Doutorado*) – Faculdade de Estudos Sociais, Universidade de Oxford, Oxford, Inglaterra, 1975.

⁷⁶ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

⁷⁷ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 55-56.

Com isso, pode-se dizer que os produtores estavam mais “livres” ao poder estabelecer suas próprias condutas no mercado. Era estabelecida, assim, a ideia da livre concorrência.

Entretanto, com o tempo, verificou-se a presença de competição predatória entre os agentes econômicos integrantes daquele livre mercado. Este comportamento competitivo dos agentes era danoso ao sistema, surgindo a necessidade de o Estado se tornar mais rígido na regulação do mercado.

A última década do século XIX é apontada como o berço das primeiras normas legais específicas sobre defesa da concorrência, as quais demonstravam preocupação quanto ao crescente número de monopólios e oligopólios.⁷⁸ Alguns autores indicam que esses atos teriam surgido na Áustria e, posteriormente, se disseminados para os outros países da Europa.⁷⁹

Atualmente, as principais diretrizes da política antitruste europeia são encontradas no Tratado de Lisboa (2007), o qual incorporou os ditames do Tratado de Roma (1958). Porém, devido ao processo histórico, com preponderância corporativista, o objetivo mais importante da Comunidade Europeia é a formação de um mercado único, deixando a defesa da concorrência em segundo plano. Ressalta-se, entretanto, a presença de organismos antitrustes no continente.

Portanto, percebe-se, na Europa, o desenvolvimento de um regime antitruste em que os interesses mais gerais de política industrial, regional, e social prevalecem sobre o poder econômico.⁸⁰ Pode-se, aqui, citar as ideias trazidas por Ronald Coase, em seu estudo seminal de 1960,⁸¹ que destaca a importância de se avaliar tanto os custos, como os benefícios, que um ato econômico pode trazer.

Porém, para a maioria dos estudiosos do tema, o berço das políticas de defesa da concorrência seria o continente americano, mais especificadamente, a América do Norte. Nesse contexto, merece destaque a promulgação, no Canadá, do *Act of Prevention and*

⁷⁸ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência.** *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

⁷⁹ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro.** Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

⁸⁰ GHEVENTER, A. **Política antitruste e credibilidade regulatória na América Latina.** *Dados*, v. 47, pp. 335-363, 2004.

⁸¹ COASE, Ronald H. **The problem of social cost.** *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960.

Supression of Combinations Formed in Restraints of Trade, em 1889; e, em especial, a instauração do *Sherman Act*, nos Estados Unidos em 1890.

Mesmo entre os vários doutrinadores que citam a lei canadense de 1889, a grande maioria desses coloca o nascimento da política antitruste na promulgação do *Sherman Act*. A lei canadense não conseguiu alcançar devida repercussão para despertar o interesse de juristas de outras nações e acabou sendo ofuscada, logo no ano seguinte, pelo *Sherman Act*.⁸²

Apesar de sua vigência, o *Sherman Act* era vago, não tratando expressamente, por exemplo, de concentração de mercado. Dessa forma, ele acabou não atingindo eficácia a partir de sua promulgação.⁸³ Logo, foi possível observar, nas primeiras décadas do século XX, uma acentuação dos processos de cartelização e de monopolização dentro dos Estados Unidos.

Porém, na década de 1910, novas leis de política antitruste foram criadas naquele país, entre elas, a que deu origem à *Federal Trade Commission* (FTC), órgão administrativo responsável por realizar as investigações de possíveis atos que atentariam à concorrência.⁸⁴ Este órgão, o qual existe até hoje, pode ser comparado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil.

Ao contrário da Europa, onde, como já visto, preponderam a cooperação e o protecionismo estatal como valores históricos e culturais, nos Estados Unidos, a competição e a liberdade econômica são valores intrínsecos à sociedade. Dessa forma, com a liberalização econômica caminhando passo a passo com o desenvolvimento, a política antitruste estadunidense adotou a concorrência como um fim.⁸⁵

Antes de entrar especificamente no surgimento e evolução da política antitruste no Brasil, deve-se fazer um estudo da defesa da concorrência no contexto latino-americano, onde se verificou um determinado padrão de desenvolvimento, diferente da grande maioria dos países do hemisfério norte.

⁸² NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. In: ADEODATO, J. M., BITTAR, E. C. B. (orgs.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2001, pp. 397-428.

⁸³ PROENÇA, José M. M. **Concentração empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁸⁴ GHEVENTER, A. **Política antitruste e credibilidade regulatória na América Latina**. *Dados*, v. 47, pp. 335-363, 2004.

⁸⁵ GHEVENTER, A. **Política antitruste e credibilidade regulatória na América Latina**. *Dados*, v. 47, pp. 335-363, 2004.

2.2. O contexto latino-americano

Desde o início do século XX, na Argentina e no México, já se observavam leis com o objetivo de regular o domínio econômico. A Constituição Mexicana de 1917, por exemplo, já previa a intervenção do Estado na economia e, a partir dela, o tema econômico passou a ser adotado, em maiores proporções, nos textos constitucionais.⁸⁶

Na América Latina, se verificou um desenvolvimento econômico tardio, predominando o modelo conhecido como o de substituição de importações até praticamente a década de 1980. Nessa região, o Estado e as multinacionais assumiram o papel de principais produtores por quase todo o século XX.

Por sua vez, as instituições latino-americanas demoraram a emergir como frutos de interesses democráticos dos mais diferentes grupos sociais; sendo primeiramente criadas, pelo poder estatal, “[...] como estratégia de desenvolvimento tardio, que exigia a concentração e a centralização de capital”,⁸⁷ buscando reduzir o atraso encontrado em relação às nações já desenvolvidas.

Assim, observa-se, até o final da década de 1980, a quase total inexistência de políticas antitrustes eficazes no contexto latino-americano. Essa situação começou a mudar no início dos anos 1990, com o amplo e rápido processo de liberalização econômica verificado na região, intensificando o surgimento de instituições que regulassem a concorrência.

Apenas nos anos 1990, se verificou a eficácia de legislações antitrustes na América Latina. As reformas econômicas e políticas ocorridas nas décadas de 1980 e de 1990 tiveram papel fundamental no fortalecimento da defesa da concorrência na região, fazendo com que essa atingisse o *status* de questão relevante no contexto econômico.⁸⁸

Analisados brevemente os contextos global e latino-americano do surgimento e desenvolvimento das políticas antitrustes, focar-se-á agora o estudo na evolução das políticas antitrustes observadas no Brasil.

⁸⁶ SOUZA, Washington P. Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. No mesmo sentido: GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros, 2010.

⁸⁷ GHEVENTER, A. **Política antitruste e credibilidade regulatória na América Latina**. *Dados*, v. 47, 2004, p. 341.

⁸⁸ ARAÚJO JR., J. T. **Contestabilidade e integração econômica no hemisfério ocidental**. *Revista de Economia Política*, v. 4, pp. 36-49, 1996.

2.3. Os primeiros passos para a defesa da concorrência no Brasil

Ao se estudar a política antitruste no Brasil, pode-se percorrer um caminho bastante longo, com início na implantação de políticas públicas no país, ainda no período colonial. E existem autores que defendem esse caminho.⁸⁹ Porém, caminhar para essa direção, levaria à análise de políticas um tanto quanto distantes da atual política antitruste brasileira, principal foco do presente trabalho. Sendo assim, focar-se-á, dentro da história do Brasil, no século XX, levando-se em consideração também que a intervenção do Estado na economia não era característica das Constituições Federais de 1824 e 1891.⁹⁰

É inegável que, durante o século XX, a economia brasileira sofreu profundas modificações não observadas nos séculos anteriores de sua história. No entanto, as políticas antitrustes no cenário brasileiro só vieram a se desenvolver de forma mais consolidada na última década do século XX e nos primeiros anos do século XXI. Ainda é cedo para afirmar que a maturidade da defesa concorrencial já foi alcançada no Brasil, porém, é fato que o ambiente institucional por trás desse tema é inédito.

O desenvolvimento da política de defesa da concorrência brasileira aconteceu paralelamente à transição de um sistema econômico altamente controlado e concentrado (característica predominante na maior parte do século XX), para uma economia liberal e competitiva.⁹¹

A primeira metade do século XX é caracterizada pelos esforços de se industrializar a economia brasileira. Porém, apenas a partir da década de 1930, indústria nacional começou a andar com passos menos discretos, fato motivado pelas mudanças econômicas e políticas observadas naquele período.

Até a década de 1930, a economia brasileira era praticamente toda representada pela produção agrária voltada para exportação. Os grandes produtores locais formavam a elite da sociedade, dominando a política e os rumos econômicos do país. Assim,

⁸⁹ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁰ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

⁹¹ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

havia uma descentralização política devido à formação dessas elites locais. Porém, em 1930, com a eleição de Getúlio Vargas um novo rumo político e econômico foi observado.

Logo, levando isso em consideração, este estudo da evolução histórica das políticas de defesa da concorrência no Brasil começará a partir do ano de 1930.

Para o desenvolvimento desta análise histórica, buscando torná-la mais didática e direta, será adotada uma divisão temporal abarcando os principais marcos transitórios que impactaram na política antitruste brasileira. Nota-se que a defesa da concorrência no Brasil costumou sofrer alterações sempre que se verificaram mudanças no campo político. A separação apresentada a seguir encontra respaldo em diferentes trabalhos que já versaram sobre o tema:⁹²

- a) Período entre 1930 e 1962: compreende o governo Vargas e o populismo democrático brasileiro. Nesse período, destacam-se o esforço estatal em desenvolver indústrias fortes e as primeiras tentativas de criação de uma regulação do mercado;
- b) Período entre 1962 e 1988: predominantemente dominado pela ditadura militar brasileira. O ano de 1962 destaca-se como marco transitório por ser o ano da aprovação da Lei 4137/1962, de conteúdo eminentemente antitruste, mas que nunca foi completamente implantada;
- c) Período entre 1988 e 1994: com a promulgação da Constituição Federal de 1988, um período de transição para a nova democracia foi verificado. Esse período fortaleceu instituições e abriu portas para que uma nova legislação de defesa da concorrência entrasse em vigor (Lei 8884/1994);
- d) Período entre 1994 e 2010: período de vigência da Lei 8884/1994 que antecedeu a Nova Lei Antitruste brasileira (L. 12.529/2011), aprovada em 2011, a qual dá início a um novo período da defesa da concorrência no Brasil.

⁹² TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012. Outras divisões semelhantes são também encontradas em: MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro**. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003; e CASTRO, M. F.; CARVALHO, M. I. V. **Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 1990**. *Revista de Sociologia e Política*, v. 18, pp. 109-129, 2002.

Os dois últimos períodos citados serão abordados no capítulo seguinte, já que estão estabelecidos em momento posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste momento, é válido diferenciar as intervenções do Estado no e sobre o domínio econômico. A intervenção no domínio econômico ocorre quando o Estado atua diretamente na economia, assumindo o papel de produtor ou fornecedor de bens e serviços. A intervenção sobre o domínio econômico se dá quando o Estado, por meio de regras emanadas por um de seus poderes, regula o exercício das atividades econômicas.⁹³ Este tipo de intervenção foi o adotado pela Constituição Federal de 1988, enquanto, aquele havia predominado no Brasil até então.

2.3.a) O período entre 1930 e 1962

A década de 1930 foi marcada, como já afirmado anteriormente, por profundas mudanças políticas e econômicas. No campo político, o governo de Getúlio Vargas foi o responsável por iniciar um processo de centralização política, diminuindo o poder das elites regionais. No sistema econômico, o Estado passou a ter presença ativa, conduzindo o processo de industrialização.

A estratégia do governo para dar um novo rumo à indústria do país se baseou em um modelo de substituição de importações e no desenvolvimento das indústrias de base, siderúrgica e petrolífera, com base na utilização de capital estatal. A partir disso, o Estado passou a ser protagonista no sistema econômico, dominando alguns segmentos da economia brasileira.⁹⁴

Apesar dos esforços estatais, a partir da criação de diversos organismos, em promover o desenvolvimento industrial, outros fatores contribuíram para obtenção desse desenvolvimento no período em questão: a urbanização do país e, por consequência, o aumento do mercado doméstico; a Segunda Guerra Mundial; o comportamento dos mercados exportadores; e as relações do Brasil com parceiros comerciais chave.⁹⁵

⁹³ ATHIAS, Jorge A. N. **A ordem econômica e a Constituição de 1988**. Belém: Cejup, 1997.

⁹⁴ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

⁹⁵ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

No campo legal, durante o período analisado, três constituições foram instauradas: a Constituição de 1934 (CF/1934); a Constituição de 1937 (CF/1937); e a Constituição de 1946 (CF/1946). As duas primeiras entraram em vigor durante o primeiro governo de Getúlio Vargas. A Constituição de 1934, promulgada a partir de uma Assembleia Constituinte, copiou os principais ideais socialdemocratas da época e conferiu maior poder ao Governo Federal. Pela primeira vez, a ideia de liberdade econômica é trazida por uma constituição nacional e,⁹⁶ sobre a ordem econômica, três artigos da Constituição merecem destaque:

“Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Art. 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Parágrafo único. É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.”⁹⁷

A partir da redação do artigo 115, pode-se verificar que a liberdade econômica não era plena, podendo ser restringida de modo a garantir os princípios de justiça e as necessidades da vida social.⁹⁸ O artigo 116, CF/1934, retrotranscrito conferiu ao Governo Federal o poder de monopolizar qualquer atividade econômica. Já o artigo 117, CF/1934, introduziu no direito brasileiro a ideia de promover o fomento da economia popular, ideal, até hoje, observado em nossa Carta Magna. Acrescenta-se, ainda, que sob égide dessa Constituição, nenhuma lei que tratasse sobre política antitruste foi observada.

A constituição seguinte, Constituição de 1937, foi outorgada por Getúlio Vargas, que dissolveu o Congresso, sem qualquer tipo de consulta popular; e teve inspiração de ideais fascistas, contendo diretrizes autoritárias. A forte intervenção estatal na economia,

⁹⁶ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

⁹⁸ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

até mesmo como produtor, se via necessária em face da fraca iniciativa do setor privado e estava prevista no artigo 135 deste diploma legal:

“Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”⁹⁹

Concomitantemente, a liberação da intervenção estatal na economia, a ideia de economia popular estava presente, como na Constituição de 1934, só que, desta vez, esse ideal iria ser perseguido pelo governo, punindo quem o atentasse:

“Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”¹⁰⁰

Destacam-se algumas inovações legais que versavam sobre o tema da defesa da concorrência:

Quadro 4. Dispositivos legais instaurados sob a égide Constituição de 1937

Legislação	Conteúdo	Observações
Decreto Lei nº 869/1938	Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.	Nasce para reprimir o abuso do poder econômico e proteger o interesse do consumidor.
Decreto Lei nº 7.666/1945	Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica.	Conhecido como "Lei Malaia". Cria a Comissão Administrativa de Defesa Econômica ¹⁰¹ .

Fonte: MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste:** aspectos relevantes para o caso brasileiro, p. 42 (com alterações).¹⁰²

⁹⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹⁰¹ A Comissão Administrativa de Defesa Econômica pode ser vista como um embrião do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O Decreto-Lei, que a originou, ficou em vigência por pouco tempo, sendo revogado no ano seguinte de sua promulgação em 1946.

¹⁰² MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste:** aspectos relevantes para o caso brasileiro. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

O Decreto Lei 869/1938 pode ser apontado como a primeira legislação brasileira a trazer nitidamente dispositivos antitrustes, entre os quais, alguns ainda podem ser encontrados em nosso sistema jurídico: manipulação da oferta e da procura; fixação de preços mediante acordo entre empresas; e venda abaixo do preço de custo.¹⁰³ Porém, o principal foco desse decreto era a proteção da economia popular e, conseqüentemente, do consumidor. Destaca-se aqui uma grande diferença entre o sistema antitruste brasileiro e o norte-americano. Enquanto, a política antitruste norte-americana nasce da ligação entre o liberalismo econômico e a liberdade de concorrência, a política antitruste brasileira nasce visando à proteção direta do consumidor.¹⁰⁴

Após a Constituição de 1937, a Constituição de 1946 foi responsável por retomar diretrizes mais democráticas à política brasileira. A Constituição não se esqueceu de estabelecer, como as anteriores, normas que dispunham sobre o domínio econômico, com destaque para os seguintes artigos:

“Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”¹⁰⁵

A redação do artigo 148 (CF/1946) deu um novo rumo à política antitruste brasileira.¹⁰⁶ O foco havia saído da proteção à economia popular, da proteção ao consumidor, passando para a repressão do poder econômico.

Os principais dispositivos legais ligados às políticas antitrustes e promulgados na vigência da Constituição de 1946 são:

¹⁰³ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

¹⁰⁴ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁰⁵ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹⁰⁶ VAZ, Izabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Quadro 5. Dispositivos legais instaurados sob a égide Constituição de 1946

Legislação	Conteúdo	Observações
Lei nº 1.521/1951	Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.	Conhecida como “Lei de Economia Popular”. Contém dispositivos antitrustes.
Lei nº 1.522/1951	Autoriza o Governo Federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.	Contém dispositivos antitrustes. O órgão executor da lei é a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP).
Lei nº 4.137/1962	Regula a repressão ao abuso do poder econômico.	Criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).
Lei Delegada nº 4/1962	Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.	
Decreto-Lei nº 52.025/1963	Aprova o regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. Regulamenta a Lei nº 4.137.	Regulamenta a Lei nº 4.137.

Fonte: MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste**: aspectos relevantes para o caso brasileiro, pp. 41-42 (com alterações).¹⁰⁷

Como observado no quadro 5, apenas em 1962, observa-se, na legislação brasileira, uma lei (Lei 4.137/1962) criando uma instituição específica para aplicar a política antitruste no país.¹⁰⁸ A partir dessa lei, o recém-criado Conselho Administrativo de Defesa

¹⁰⁷ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste**: aspectos relevantes para o caso brasileiro. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

¹⁰⁸ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste**: aspectos relevantes para o caso brasileiro. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

Econômica (CADE) ficou com a responsabilidade de investigar condutas anticompetitivas. Pela primeira vez, foi conferido o poder de restringir comportamentos anticompetitivos a uma autoridade brasileira.¹⁰⁹

Porém, nos primeiros dez anos de sua existência o CADE havia julgado menos de dez processos, sendo que nenhum desses casos havia sido considerado como prática do abuso do poder econômico. Um obstáculo encontrado pelo CADE foi o Poder Judiciário, que, por diversas vezes, suspendeu as decisões do Conselho. Dessa forma, o CADE passou a ser visto “pelo empresariado (e mesmo pela população) como um órgão inoperante ou que, se fazia algo, não era de muito relevo”.¹¹⁰

Acrescenta-se a isso a grande preocupação do governo em desenvolver a indústria, motivo pelo qual, o combate a cartéis e a outras práticas anticompetitivas, valores previstos na Constituição de 1946 e corroborados pela Lei 4.137/1962, acabaram sendo deixados de lado.¹¹¹

2.3.b) O período entre 1962 e 1988

O regime militar brasileiro compreende o período entre 1964 e 1988, abrangendo, portanto, quase todo o período a ser analisado agora. A lei antitruste aprovada no ano de 1962 (Lei 4.137/1962) acabou sendo esquecida pelo governo militar, tornando a mesma um dispositivo legal praticamente ineficaz.¹¹²

Naquele período, o governo militar conservou o Congresso Nacional. Porém, este era dominado e controlado pelo Executivo. Sendo assim, a proposta constitucional encaminhada pelo Executivo ao Legislativo foi facilmente aprovada, promulgando a nova Constituição no dia 24 de janeiro de 1967. As diretrizes constitucionais básicas eram a da segurança nacional, buscando combater os inimigos do regime. A

¹⁰⁹ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

¹¹⁰ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 137.

¹¹¹ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

¹¹² TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

Constituição de 1967 (CF/1967) foi objeto de diversas emendas, os Atos Institucionais, mecanismos de legitimação e de legalização da política militar.

Na economia, o Brasil experimentou, até 1974, um período de alto crescimento e de baixas taxas inflacionárias, baseado no pesado investimento público e privado, mas com o amplo aumento da dívida externa. Esse período ficou conhecido na literatura como o “milagre econômico brasileiro”. A partir de 1974, a economia começou a desandar, atingindo o auge da estagnação econômica na década de 1980, a “década perdida”.¹¹³

O governo controlava vários setores da economia, concentrando poder em suas mãos. Destacam-se, entre os setores de controle, os de telecomunicações, o bancário, o de energia e o de petróleo.

No período, não houve o desenvolvimento de novas políticas antitrustes. Pelo contrário, as já existentes foram praticamente esquecidas e as novas políticas econômicas, as quais visavam o desenvolvimento nacional, foram instauradas a fim de patrocinar grandes companhias.

Entretanto, o quadro 6 enumera dois dispositivos de defesa da concorrência instaurados sob a égide da Constituição de 1967:

Quadro 6. Dispositivos legais instaurados sob a égide Constituição de 1967

Legislação	Conteúdo	Observações
Decreto-Lei nº 63.196/1968	Dispõe sobre o sistema regulador de preços no mercado interno e dá outras providências.	Conselho Interministerial de Preços (CIP).
Decreto-Lei 92.323/1986	Aprova o Regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico.	Revoga DL nº 52.025 e regulamenta a Lei nº 4.137.

Fonte: MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste**: aspectos relevantes para o caso brasileiro, p. 43 (com alterações).¹¹⁴

¹¹³ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

¹¹⁴ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste**: aspectos relevantes para o caso brasileiro. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

Em 1986, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei 92.323/1986 buscou reviver o CADE, tentando transformá-lo em um órgão operacionalmente efetivo. O decreto reestruturou o Conselho, nomeou novos conselheiros e o transferiu do Rio de Janeiro para Brasília. Entretanto, a medida não foi suficiente, pois a presença da intervenção do Estado na economia ainda era fortemente observada, o que, de certa forma, inibia a concorrência.¹¹⁵

Essa situação de descaso governamental com a defesa da concorrência só veio a se modificar com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), a qual aduziu princípios e valores que sustentariam a posterior lei antitruste brasileira aprovada em 1994 (Lei 8.884/1994), a qual será devidamente abordada no capítulo seguinte.

¹¹⁵ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010.** *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

3. OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA LEI 12.529/2011 E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

3.1. A Constituição Federal de 1988 e os princípios da Ordem Econômica

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou uma mudança muito grande em todo o cenário político nacional. Ela foi responsável pelo desenvolvimento de uma agenda política para o futuro do Brasil e pela gradual consolidação de democracia.¹¹⁶

Na esfera econômica, se observou o balanceamento da relação pública e privada, fruto dos princípios de livre mercado trazidos pelo novo texto constitucional. O Estado reduziu sua intervenção direta no domínio econômico e passou a ter funções de incentivo, planejamento e fiscalização.¹¹⁷ O Título VII da Constituição Federal foi o responsável por trazer as novas diretrizes da ordem econômica brasileira, caracterizando a nova Carta Magna pelo o que a doutrina convencionou denominar de Constituição Econômica.¹¹⁸ Pela primeira vez, se observou, em uma constituição brasileira, a separação entre a Ordem Econômica e Financeira (Título VII, CF/1988) e a Ordem Social (Título VIII, CF/1988).¹¹⁹

No início da década de 1990, o então presidente Fernando Collor foi o responsável pela abertura econômica brasileira para importações e pelo início das privatizações de empresas estatais que atuavam diretamente no domínio econômico. Tais fatos foram essenciais para a modernização da economia brasileira observada ao longo dos anos 1990.

A nova redação constitucional, com foco na proteção da livre concorrência, deu respaldo ao surgimento de uma política antitruste mais consolidada e independente dos interesses exclusivamente governamentais, a qual emergiu com a promulgação da Lei 8.884/1994.

¹¹⁶ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

¹¹⁷ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

¹¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹¹⁹ PROENÇA, José M. M. **Concentração empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Entretanto, alguns dispositivos legais objetivando tutelar a livre concorrência foram instituídos, sob a égide da Constituição Federal de 1988, antes da Lei 8.884/1994:

Quadro 7. Dispositivos legais instaurados sob a égide Constituição de 1988

Legislação	Conteúdo	Observações
Decreto nº 99.244/1990	Dispõe sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).
Lei 8.002/1990	Complementação à Lei 4.137/1962.	
Lei nº 8.137/1990	Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.	
Lei nº 8.158/1991	Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências.	

Fonte MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste:** aspectos relevantes para o caso brasileiro, p. 43 (com alterações).¹²⁰

As Leis 8.002/1990 e 8.158/1991 foram promulgadas com o intuito de complementar a Lei 4.137/1962, adaptando-a à nova Carta Magna.¹²¹ A abertura do mercado e a liberalização da economia originaram a necessidade de se evitar abusos dos agentes econômicos, explicando, assim, a promulgação da Lei 8.158/1991. As referidas leis, no entanto, não revogaram a antiga Lei 4.137/1962. Verificava-se, ainda que em passos discretos,

¹²⁰ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste:** aspectos relevantes para o caso brasileiro. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

¹²¹ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência.** *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

a presença de um sistema mais efetivo para investigações de atos que atentassem contra a livre concorrência.

A recém-criada Secretária Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça, conferia apoio técnico ao CADE, fazendo com que várias práticas começassem a ser julgadas, fato que, em um primeiro momento, gerou expectativa pública no novo momento institucional da política antitruste no Brasil.

Porém, a euforia pública foi abafada pela imprensa em 1992, quando a política antitruste brasileira passou a ser vista como “instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia”.¹²²

3.1.a) Princípios constitucionais da Ordem Econômica

A simples presença do tema econômico caracteriza uma Constituição Econômica, a qual seria identificada como *material*. Quando, no texto constitucional, verificamos a presença explícita de princípios de ordem econômica, passa-se a denominá-la de Constituição Econômica *formal*.¹²³ Logo, podemos definir a Constituição Federal de 1988 como uma Constituição Econômica *formal*.

O primeiro artigo do Título VII da Constituição Federal de 1988 (artigo 170)¹²⁴ é o responsável por determinar os fundamentos, os objetivos e os princípios da “Ordem Econômica e Financeira” nacional.¹²⁵

¹²² FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

¹²³ SOUZA, Washington P. Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹²⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹²⁵ SOUZA, Washington P. Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

A partir da leitura do artigo, depreende-se que a Ordem Econômica brasileira tem como fundamentos “a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa”.¹²⁶ Além disso, o artigo ainda indica como objetivo da Ordem Econômica o de “assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹²⁷

Para alcançar a existência digna de toda população, alguns princípios, os quais seriam os elementos pelos quais a Ordem Econômica se efetivará,¹²⁸ devem ser observados: o da soberania nacional; o da propriedade privada; o da função social da propriedade; o da livre concorrência; o da defesa do consumidor; o da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; o da redução das desigualdades regionais e sociais; o da busca do pleno emprego; e o do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Tendo em vista o cunho neoliberal da Constituição de 1988, o Estado, observando esses princípios, passa a intervir sobre o domínio econômico, buscando garantir direitos que atinjam a função social da ordem econômica.¹²⁹

Nota-se, a intenção do legislador originário em apontar, de forma específica, o objetivo o qual deve ser alcançado pela ordem econômica. Esse tipo de pauta que estabelece um ou mais objetivos a serem alcançados são chamados de diretrizes, segundo Dworkin¹³⁰.

Para este renomado jurista, as diretrizes não se confundiriam com os princípios, os quais deveriam ser observados não porque viabilizam ou asseguram a busca de determinadas situações econômicas, “mas, sim, porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça”.¹³¹

Dessa forma, sob a ótica de Dworkin, a existência digna de toda a população seria a diretriz da Ordem Econômica nacional (artigo 170, CF/1988), enquanto, a observância dos princípios listados garantiria essa existência digna, a qual corresponde, inegavelmente, a um imperativo de justiça.

¹²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹²⁸ SOUZA, Washington P. Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹²⁹ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

¹³⁰ GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14ª Ed. (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros, 2010, p.156.

¹³¹ GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14ª Ed. (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 156.

Dworkin ainda distingue princípios e regras. As regras delimitariam exaustivamente as condições em que serão aplicadas, ao passo que, os princípios não, os quais buscariam apenas definir uma direção a ser seguida,¹³² corroborando, na concepção de Dworkin, a ideia que o artigo 170 (CF/1988) lista princípios os quais devem ser observados.

Outros juristas também se preocupam em diferenciar regras e princípios. Canotilho, por exemplo, afirma que os princípios possuem maior grau de abstração que as regras, as quais ainda poderiam ser aplicadas diretamente no caso concreto, enquanto os princípios não, pois requerem algum tipo de mediação antes de serem aplicados.¹³³

Portanto, parece ser bastante razoável afirmar que a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência (...), são realmente os princípios da ordem econômica brasileira. A observação deles não tem a pretensão de criar uma solução específica para um caso concreto. A intenção dessa observação é contribuir para a tomada de decisão do legislador derivado ou do aplicador de política antitruste, por exemplo.¹³⁴

Já as regras tem pretensão terminativa, ou seja, pretendem gerar soluções específicas para os casos concretos.¹³⁵ E, anteendo a necessidade da promulgação de novo diploma legal para regular especificamente a defesa da concorrência no Brasil, o legislador originário dispôs, na Constituição Federal de 1988, a possibilidade de lei específica vir a reprimir o abuso do poder econômico (artigo 173, §4º).¹³⁶ E foi o que se observou em 1994, com a promulgação da Lei 8.884/1994.

3.1.b) Livre iniciativa e livre concorrência

Quando a doutrina brasileira versa sobre política antitruste e princípios constitucionais da Ordem Econômica, um desses princípios ganha destaque: o da livre concorrência (art. 170, IV, CF/1988). Esse princípio, na maioria das vezes em que é abordado,

¹³² LEITE, Gisele; HEUSLER, Denise. **Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira.** *Scientia Iuris*, v.16 (1), p.45-66, 2012.

¹³³ LEITE, Gisele; HEUSLER, Denise. **Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira.** *Scientia Iuris*, v.16 (1), p.45-66, 2012.

¹³⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹³⁶ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

é acompanhado pelo estudo do fundamento constitucional da livre iniciativa, presente no artigo 1º, IV e também no artigo 170, *caput*, ambos da Carta Magna. Apesar dessa análise em conjunto, a livre concorrência e a livre iniciativa não devem ser confundidas.¹³⁷

Ao condicionar o fundamento da livre iniciativa a diferentes princípios constitucionais, a Carta Magna afastou a concepção liberal clássica da livre iniciativa absoluta.¹³⁸ Dessa forma, restou reconhecido, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de a liberdade plena dos agentes gerar distorções de mercado prejudiciais ao sistema concorrencial.¹³⁹

Assim, a tutela estatal da livre concorrência, a partir de uma política antitruste, aparece como um limite negativo da livre iniciativa, devendo esta necessariamente se submeter àquela.¹⁴⁰

A concorrência passou a ser vista como um meio, um verdadeiro instrumento, para se alcançar um bem maior, da sociedade em geral, e não apenas dos agentes de determinado mercado.¹⁴¹

Logo, a defesa da concorrência no Brasil não pode apenas visar a geração de eficiência, como nos moldes defendidos pela Escola de Chicago. O texto constitucional permite concluir que o verdadeiro objeto da política antitruste brasileira deve ser o de criar e preservar um:

“ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.”¹⁴²

Em suma, o princípio da livre concorrência fornece uma base jurídica que visa impedir que os agentes utilizem o princípio da livre iniciativa de forma exacerbada,¹⁴³ já

¹³⁷ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

¹³⁸ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

¹³⁹ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁴⁰ PROENÇA, José M. M. **Concentração empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁴¹ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁴² FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 189.

¹⁴³ RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

que, no Brasil, pode-se afirmar que, em se tratando de domínio econômico, o princípio da livre iniciativa não significa liberdade absoluta de iniciativa.¹⁴⁴

3.2. O período de vigência da Lei 8.884/1994

Na Constituição Federal de 1988, observa-se a determinação das formas pelas quais o Estado intervém sobre o domínio econômico, a partir de ações de incentivo, fiscalização e planejamento. A Constituição também prevê a promulgação de lei específica para reprimir abusos de poder de econômico (artigo 173, §4º, CF/1988).

Logo, não se devem confundir os dispositivos da Constituição Econômica e o Direito Concorrencial,¹⁴⁵ o qual pode ser visto como espécie daquele gênero.

Em se tratando de defesa da concorrência no Brasil, a mudança mais significativa de todo o século XX aconteceu certamente com a aprovação da Lei 8.884/1994, a qual foi a responsável por inaugurar a era moderna da defesa da concorrência no Brasil.¹⁴⁶ Não restam dúvidas aos estudiosos do tema que essa lei foi a principal responsável por promover profundas modificações no sistema de defesa da concorrência brasileiro, fazendo com que o país entrasse em um seleto rol de países em que as leis antitrustes fossem atuais e efetivas.¹⁴⁷

Vale ser ressaltado que a implantação da Lei 8.884/94 no ordenamento jurídico brasileiro é contemporânea ao surgimento do Plano Real. A partir desse novo plano de estabilização da economia brasileira, diversas mudanças conjunturais foram estabelecidas, e, logicamente, não se pôde abster da questão concorrencial, a qual visa garantir maior segurança e competitividade aos agentes produtores, e menores riscos aos consumidores.

A partir dessa inovação legal, o CADE vira autarquia, tornando-se assim uma agência independente vinculada ao Ministério da Justiça e realizando uma atividade a qual, *a priori*, seria típica da Administração Pública Direta (regulação do mercado). O melhor

¹⁴⁴ PROENÇA, José M. M. **Concentração empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁴⁶ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro**. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

¹⁴⁷ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

funcionamento do Conselho e a aplicação efetiva da legislação exigiram gestão administrativa e financeira descentralizada.

O CADE se tornou protagonista da defesa da concorrência no Brasil, porém, não era o único agente por trás da política antitruste brasileira naquele novo cenário. A doutrina nomeou como Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) a tríplice junta formada pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Defesa Econômica (SDE), do Ministério da Justiça, sendo esses três órgãos os principais protetores da economia brasileira de abusos referentes ao poder econômico. As investigações sobre o tema poderiam ainda ser de competência compartilhada entre a SDE, a Polícia Federal e o Ministério Público.

Posteriormente, a Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/11) positivou o SBDC, com algumas alterações, as quais ainda serão vistas de forma mais detalhada neste capítulo. O SBDC deixou de ser uma criação meramente doutrinária para se tornar sujeito presente no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei 8.884/94 sofreu uma reforma no ano de 2000 com a Lei 10.149, a qual criou o programa de leniência para as empresas envolvidas em atividades de cartel e aumentou os poderes de investigação da SDE. Porém, essas duas importantes alterações só foram efetivamente implementadas posteriormente, no ano de 2003.

Apesar de todas as inovações trazidas pela Lei 8.884/94 e pela Lei 10.149/2000, alguns problemas foram apontados, especialmente, problemas referentes aos primeiros dez anos de vigência da lei. Nas principais análises feitas pelo CADE, até 2004, foi utilizado um adequado arcabouço teórico combinando teoria econômica e direito antitruste.¹⁴⁸ O principal problema estaria então na restritividade dos debates relacionados ao tema. Todos os casos “ficaram restritos aos espaços políticos, empresariais e acadêmicos”.¹⁴⁹ O Governo não estaria conseguindo repassar, de forma satisfatória, as decisões tomadas na área de defesa da concorrência à população. Assim, grande parte desta não teria acesso às regras de políticas antitrustes brasileiras.

¹⁴⁸ MATIAS-PEREIRA, José. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica**: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

¹⁴⁹ MATIAS-PEREIRA, José. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica**: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), 2006, p. 66.

Entretanto, há quem defenda que, nos primeiros dez anos de vigência da Lei 8.884/1994, o CADE proferiu decisões pouco fundamentadas.¹⁵⁰ A práxis da defesa da concorrência no Brasil, no período entre 1994-2004, estaria muitas vezes afastada da teoria econômica. Fato motivado pela “falta de informação, aliada à falta de operacionalidade de alguns conceitos-chave econômicos para análise antitruste”.¹⁵¹ Assim, a aplicação da lei antitruste brasileira, no referido período, estaria acontecendo de forma heterogênea, mas sendo importante para a criação de uma jurisprudência sobre o assunto.¹⁵²

O fato é que, na segunda metade da primeira década do século XXI, foi observada uma verdadeira consolidação do sistema de defesa da concorrência no Brasil. O CADE ganhou notoriedade, mais espaço na mídia, e mais respeito no cenário econômico nacional. Ainda assim, nem todos os problemas foram sanados, deixando essa responsabilidade sobre a Nova Lei Antitruste Brasileira, a Lei 12.529/11.¹⁵³

3.3. A Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/2011)

A Nova Lei Antitruste Brasileira, Lei 12.529/2011, entrou em vigor no dia 29 de maio de 2012, revogando todos os dispositivos da Lei 8.884/1994 e implantando diversas modificações, podendo ser considerada, portanto, um novo marco na política antitruste brasileira.

Com a sua promulgação, economistas e juristas, através, principalmente, da mídia, logo trataram de apontar quais seriam as principais inovações que a Nova Lei traria para o ordenamento jurídico brasileiro. No quadro a seguir, por meio de um processo comparativo entre a Lei 12.529/2011 e a Lei 8.884/1994, destacam-se as principais modificações introduzidas pela Nova Lei na política de defesa da concorrência brasileira:

¹⁵⁰ GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.** *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

¹⁵¹ GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.** *Economia e Sociedade*, v. 16(2), 2007, p. 256.

¹⁵² GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.** *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

¹⁵³ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010.** *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

Quadro 8. Comparações entre a Lei 8.884/1994 e a Lei 12.529/2011.

Tema	Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
Reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	Ausência do termo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o qual surgiu posteriormente a partir de uma criação doutrinária.	Incorporação do termo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na lei, composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e pelo CADE.
Multas no caso de infração à ordem econômica (condutas anticompetitivas)	As multas poderiam variar entre 1% e 30% do faturamento bruto da empresa, menos impostos, no ano anterior ao início do processo.	Com a Nova Lei, a multa passa a ser de 0,1% a 20%, calculada sobre o faturamento da empresa no ano anterior, no ramo de atividade em que ocorreu a infração. Apesar de o percentual ter diminuído, a base de cálculo ficou maior.
Controle prévio de concentrações econômicas	Submissão ao CADE de operações de fusão, aquisição e outras formas de concentração econômica em até quinze dias após o primeiro documento vinculativo da operação.	Controle passa a ser prévio à formalização da operação.
Concentração de mercado como critério de sujeição de ato de concentração à análise do CADE	Os atos de fusões ou incorporações de empresas que resultassem em uma concentração de mercado maior ou igual a vinte por cento eram submetidos à análise do CADE (art. 56).	Abandono do critério da concentração de mercado (art. 88).

Elaboração própria.

O novo diploma legal, em seus artigos 1º e 3º, transcritos abaixo, inaugurou suas modificações positivando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o qual, durante a vigência da Lei 8.884/1994, representava apenas uma criação acadêmica:

“Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência,

função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.”¹⁵⁴

Depreende-se, da leitura do artigo 1º da L. 12.529/2011, que a política antitruste brasileira não pode se esquecer dos ditames constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico. Tal disposição também estava presente na Lei 8.884/1994.

O artigo 1º ainda dispõe sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). A antiga estrutura organizacional do SBDC era composta pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), ligada ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligada ao Ministério da Fazenda. Cada um desses organismos tinha funções específicas dentro da política antitruste brasileira sob a vigência da Lei 8.884/1994.¹⁵⁵

- a) O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência tinha a competência de julgar e decidir sobre os casos pertinentes ao SBDC, funcionando como um verdadeiro tribunal e sendo a última instância de julgamento na esfera administrativa;
- b) A Secretaria de Direito Econômico tinha a função de construir pareceres, visando subsidiar o julgamento e as decisões do CADE;
- c) A Secretaria Acompanhamento Econômico também tinha a função de elaborar pareceres a fim de instruir os julgamentos do CADE, focando, principalmente, nos aspectos econômicos dos casos analisados.

Na prática, a SDE ficou responsável pelos pareceres dos casos referentes a condutas anticompetitivas, como os casos de cartéis, por exemplo. A SEAE, por sua vez, ficou responsável pelos pareceres dos casos de atos de concentrações, como fusões, buscando,

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹⁵⁵ BARBOSA, Cleber. **Investigação econômica sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, 2000 a 2004**. Tese (Doutorado em Ciências) – Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, 2006.

em sua investigação, os possíveis prejuízos que tais concentrações de mercado poderiam trazer para o sistema econômico.

Com a Nova Lei, esta estrutura foi objeto de grande transformação, destacando-se a eliminação da Secretaria de Direito Econômico do Sistema Brasileiro da Concorrência; o qual passou a ser composto apenas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, como observado no art. 3º, L. 12.529/2011, retrotranscrito.

As funções destes órgãos também foram modificadas com o advento da Lei 12.529/2011. O CADE passou a ter, além da função de órgão julgador, a função de instrução, deslocada da SEAE para ele. A Secretaria de Acompanhamento Econômico passou a exercer a função de advocacia da concorrência, ou seja, passou a promover a cultura da concorrência a partir do desenvolvimento de estudos econômicos sobre determinados mercados. Tais estudos transformam-se em pareceres que servem de subsídio não mais exclusivamente para o CADE, mas para diversos outros órgãos públicos, como agências reguladoras, Ministério Público, governos municipais, estaduais e federal.

As mudanças no campo das condutas anticompetitivas, como, por exemplo, os cartéis, foram tímidas.¹⁵⁶ Destacam-se, aqui, as mudanças implantadas em relação às multas aplicadas nesses casos. Na Lei 8.884/1994, as multas podiam variar entre 1% e 30% do faturamento bruto total da empresa (art. 23, L. 8.884/1994).¹⁵⁷ A Lei 12.529/2011, por sua vez, traz, em sua disposição, que as multas aplicadas nos casos de condutas anticompetitivas podem variar entre 0,1% e 20%:

“do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa” (art. 37, L. 12.529/2011).¹⁵⁸

Observa-se, destarte, um relativo aprimoramento do novo dispositivo e um aumento da base de incidência da multa, a qual agora é o ramo da atividade empresarial em qual ocorreu a infração.

¹⁵⁶ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

Ainda no tocante as multas, algumas mudanças também são percebidas em relação à aplicação dessas às pessoas físicas (administradores, diretores, gerentes...) envolvidas na conduta. Outras penas acessórias também estão previstas na Lei 12.529/2011 nos casos de condutas anticompetitivas: proibição de obter créditos junto a instituições financeiras públicas; proibição de participar de licitações ou outros certames do gênero promovidos pela Administração Pública pelo prazo mínimo de 5 anos; entre outras.

3.3.a) Os atos de concentração na Lei 12.529/2011

Em relação aos atos de concentração, a Lei 12.529/2011 trouxe importantes inovações, entre elas, o controle prévio dos atos de concentração. Essa teria sido a modificação mais significativa trazida pela Nova Lei em relação aos atos de concentração.¹⁵⁹ Enquanto a lei de 1994 estabeleceu a notificação ao CADE posterior ao ato de concentração, a Lei 12.529/2011 estabeleceu que a notificação de atos de concentração deveria acontecer antes da consumação desses. A análise prévia de controle dos atos de concentração é a adotada pelas jurisdições mais tradicionais, sinalizando um alinhamento brasileiro com as políticas antitrustes de outros países.¹⁶⁰

O controle posterior dos atos de concentração pelo CADE, adotado na antiga lei antitruste brasileira (L. 8.884/1994), era alvo de críticas doutrinárias:

“Outro aspecto importante a mencionar é que a análise do ato por parte do CADE foi realizado pós fato, nos termos da legislação brasileira. Muito embora o §3º do Art. 54 da lei 8.884/1994 defina que os atos só terão validade jurídica após a aprovação do CADE, a ausência de punição para a iniciativa de fechamento de operações antes da manifestação do Conselho, somado ao tempo demasiadamente longo transcorrido durante a instrução dos processos, na prática, tem levado o CADE a examinar fatos consumados. Isso implica que o custo de desfazimento de uma operação com efeito negativo sobre a concorrência é incomparavelmente maior do que o considerado em outras jurisdições, onde é prévio o exame dos efeitos potenciais de um ato de concentração”.¹⁶¹

¹⁵⁹ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

¹⁶⁰ TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

¹⁶¹ SALGADO, L. H. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, C. (org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003, p. 30.

Ou seja, a análise posterior pelo CADE dos atos de concentração, adotada pela Lei 8.884/1994, era problemática, pois os custos para se desfazer um fato já consumado poderiam, em diversas ocasiões, ser superior aos potenciais efeitos negativos desse ato. Assim, a opção pela análise prévia, adotada pela Nova Lei, representa um verdadeiro avanço na política de defesa da concorrência brasileira.

Ainda quanto aos atos de concentração, houve mudança dos critérios de notificação desses ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, a Nova Lei Antitruste Brasileira, foi excluída do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de sujeição à análise do CADE de atos de concentração, seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, que resultassem na participação igual, ou superior, a vinte por cento de um mercado relevante. Dessa forma, o artigo 88, da referida lei, estabeleceu como critérios apenas questões referentes ao faturamento, ou ao volume de negócios, das empresas envolvidas no processo de concentração econômica.

Na antiga lei brasileira de defesa da concorrência, Lei 8.884/1994, a presença do critério da concentração de mercado pode ser observada a seguir:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”¹⁶²

Antes, porém, de entrar nos critérios de notificação ao CADE de atos de concentração na Nova Lei, é importante destacar o que é considerado um ato de concentração na atual política antitruste brasileira. O artigo 90 da Lei 12.529/2011 é o responsável em fazer esta definição:

“Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações,

¹⁶² BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.”¹⁶³

Observa-se, a partir da leitura do artigo 88 da Nova Lei, responsável por determinar quais os atos de concentração que deverão ser submetidos à apreciação do CADE, o abandono do referido critério:

“Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§7º É facultado ao CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.”¹⁶⁴

¹⁶³ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

O fato de uma operação não atender às duas novas condições previstas no artigo 88 “não garante que ela não passará pelo controle administrativo preventivo”.¹⁶⁵

O §5º do artigo 88 dispôs que os atos de concentração que criem ou reforcem posição dominante serão proibidos, com exceção, daqueles que atinjam os objetivos dispostos no §6º do referido artigo. Tais objetivos se encontram em perfeito alinhamento com os princípios constitucionais da Ordem Econômica do artigo 170 da Constituição Federal.

Apesar do abandono do critério de participação no mercado relevante pela Nova Lei, essa conferiu ao CADE o poder de requerer qualquer ato de concentração para sua análise, como observado no §7º retrotranscrito. Logo, caso o CADE entenda que determinado ato de concentração possa ser prejudicial ao sistema econômico, esse poderá ser submetido à análise. Na Lei 8.884/1994, nenhum dispositivo abarcava tal possibilidade.

Além disso, embora seja uma lei recente, já foi observada a modificação prevista no §1º do artigo 88. A portaria interministerial do Ministério da Justiça nº 994/2012 modificou os valores dos incisos I e II, como se pode observar:

“Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA no uso da atribuição que lhes conferem o § 1º do art. 88, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, resolvem:

Art. 1º - Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:

I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.”¹⁶⁶

O critério valorativo de notificação de atos de concentração ao CADE não é o foco do presente estudo, porém, uma breve consideração merece ser mencionada. Os valores adotados pela Portaria Interministerial nº 994/2012 do Ministério da Justiça são, até o presente momento, bastante razoáveis, conseguindo abarcar a maior parte dos atos de

¹⁶⁵ FARIA, R. M. de A. **Crítérios de notificação de atos de concentração econômica**: uma proposta para o sistema de defesa da concorrência. Dissertação (*Mestrado em Economia do Setor Público*) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, 2011, p. 35.

¹⁶⁶ BRASIL. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

concentração mais importantes.¹⁶⁷ Os novos valores adotados para submissão de atos de concentração à análise do CADE são compatíveis com o momento econômico brasileiro, o qual não é, logicamente, igual ao observado em 1994.

Quanto ao abandono do critério de poder de mercado, a análise feita deve ser um pouco maior. Como já abordado anteriormente, o poder de mercado era, na visão harvardiana, a principal variável a ser estudada nos casos de atos de concentração. Entretanto, o paradigma estrutura-conduta-desempenho perdeu força na década de 1960 com o advento da Escola de Chicago, a qual defendia o estudo da eficiência gerada, ou não, por um ato de concentração. Nos últimos anos, a doutrina tem defendido a retomada da análise do poder de mercado gerado por atos de concentração, porém, essa análise deveria apenas servir de subsídio secundário para a aplicação de políticas de defesa da concorrência.

Logo, o abandono adotado pela Nova Lei parece, a partir do posicionamento mais atual das abordagens teóricas de políticas antitrustes, não trazer nenhum prejuízo econômico. Ademais, o CADE em suas análises continua usando o estudo do poder de mercado na elaboração de seus pareceres, o que é indicado na Resolução nº 2 do Conselho.¹⁶⁸

O projeto de lei que originou a Lei 12.529/2011 abordou a eliminação de tal critério, salientando a dificuldade de se determinar um mercado relevante para a realização do cálculo de concentração:

“Ademais, abolimos o critério de notificação de operações baseado no domínio de parcela de mercado relevante de vinte por cento (20%) após a concentração. A questão fundamental é que a delimitação do mercado relevante deve ser feita pela autoridade de concorrência e não pelas requerentes. Muitas vezes, a delimitação do mercado relevante, seja o de produto seja o geográfico, está longe de ser trivial, e daí pode ser muito difícil para as requerentes conhecerem sobre que base calcular a sua participação de mercado. Isso gera insegurança jurídica às empresas quanto à necessidade de notificação, o que precisa ser contornado.”¹⁶⁹

O abandono do referido do critério levou a uma considerável diminuição no número de atos de concentração notificados ao CADE. Enquanto, em 2011, último ano de vigência plena da Lei 8.884/1994, foram notificados 695 atos de concentração; em 2013,

¹⁶⁷ FARIA, R. M. de A. **Critérios de notificação de atos de concentração econômica**: uma proposta para o sistema de defesa da concorrência. Dissertação (*Mestrado em Economia do Setor Público*) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, 2011.

¹⁶⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20_2012%20%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2014.

¹⁶⁹ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.739/2004**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=233311&filename=PL+3937/2004>. Acesso em: 19 mar. 2014.

primeiro ano de vigência plena da Lei 12.529/2011, foram notificados apenas 99 atos de concentração.¹⁷⁰

Apesar da queda no número de atos notificados, o número de reprovados passou de zero, em 2011, para dois, em 2013. Além disso, o número de atos aprovados com restrições permaneceu praticamente constante: 48, em 2011; e 46, em 2013.¹⁷¹

Dessa forma, a modificação quanto à submissão de atos de concentração ao CADE apenas refinou o número de atos submetidos. Na vigência da Lei 8.884/1994, a grande maioria dos atos submetidos à análise não representava danos à concorrência,¹⁷² os quais acabavam por emperrar o andamento da instrução de atos de concentração realmente prejudiciais ao sistema.

Logo, pode-se concluir que a exclusão do ordenamento jurídico brasileiro da necessidade de sujeição à análise do CADE dos atos de concentração, seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, que resultassem na participação igual, ou superior, a vinte por cento de um mercado relevante, não gerou nenhum impacto negativo relevante na política antitruste brasileira, a qual sem dúvida, ante o exposto, parece ter se fortalecido ainda mais com a promulgação da Lei 12.529/2011.

A Lei 12.529/2011 adaptou e evoluiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Sua evolução pode ser verificada através do índice de classificação das autoridades antitrustes de diferentes países, elaborado pela *Global Competition Review*.¹⁷³ Para elaboração desse índice, que se estende em uma classificação de 1 a 5 estrelas, são utilizados os dados de cada agência: orçamento; número de funcionários; número total de casos (atos de concentração, cartéis, abusos de posição dominante); e outros. Em 2005, a classificação obtida pelo CADE foi de três estrelas, a qual só veio a mudar em 2011, ano no qual o CADE foi classificado como um órgão antitruste de três estrelas e meia, posição intermediária compartilhada com os órgãos do Canadá, Dinamarca e Itália; e superior as de Rússia, México e Chile, por exemplo. Em 2013, já sob a Nova Lei Antitruste Brasileira, o

¹⁷⁰ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE em números**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1414141ce03fc199abac>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

¹⁷¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE em números**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1414141ce03fc199abac>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

¹⁷² FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁷³ GLOBAL COMPETITION REVIEW. **Rating Enforcement**. London: Global Competition Review. Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/rating-enforcement/>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

Brasil atingiu a classificação de quatro estrelas das cinco possíveis, sendo o CADE, portanto, classificado como um órgão antitruste muito bom.

3.3.b) Os atos de concentração na Lei 12.529/2011 e os princípios constitucionais da Ordem Econômica

A partir da análise doutrinária, pode-se afirmar que a tutela da livre concorrência é o principal objeto de uma política antitruste. No Brasil, essa tutela vem sendo bem realizada, o que é substanciado pelo prestígio adquirido pelo CADE, nos últimos anos, em especial, no meio acadêmico. Por conseguinte, o princípio constitucional da livre concorrência vem sendo respeitado.

O abandono do critério do poder de mercado para submissão de ato de concentração ao CADE foi compensado a partir da inovação legal do 7º do artigo 88 da Lei 12.529/2011, o qual, como já visto, facultou ao CADE a possibilidade de requerer atos de concentração para análise mesmo quando esses não se enquadrem no critérios do próprio artigo 88.

O artigo 1º e os §§5º e 6º do artigo 88 trataram de não se esquecer dos ditames constitucionais que versam sobre a Ordem Econômica. Nesse ponto, as disposições da Lei 12.529/2011 demonstram o mesmo cuidado observado na Lei 8.884/1994, a qual também dispunha que a prevenção e a repressão contra a ordem econômica deveriam ser orientadas pelos mesmos ditames constitucionais (livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico). Legislativamente, resta demonstrado a total compatibilidade das disposições da Nova Lei Antitruste Brasileira sobre atos de concentração com a Constituição Federal de 1988.

A maioria das legislações antitrustes regulam as políticas de defesa da concorrência através de dispositivos amplos.¹⁷⁴ Na Nova Lei Antitruste Brasileira, o mesmo padrão é observado quanto à análise de atos de concentração pelo CADE. Resta, portanto, ao CADE, como autoridade da defesa da concorrência brasileira, interpretar e aplicar os dispositivos legais referentes aos atos de concentração.

¹⁷⁴ ORGANIZAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO E COOPERAÇÃO ECONÔMICA (OCDE); BANCO MUNDIAL; KHEMANI, R. S. (coord.). **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência**. Tradução: MOURA, Fabíola; BELTRAME, Priscila A. São Paulo: Singular, 2003.

Esta função preventiva, ou seja, a de analisar e julgar os atos de concentração, parece estar sendo bem desempenhada pelo CADE, tendo em vista a evolução, já demonstrada, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Na maioria das vezes, integrações horizontais não devem ser proibidas ou sofrer restrições. São poucos os atos de concentração que geram efeitos anticompetitivos ao mercado.¹⁷⁵

Esses atos que geram efeitos anticompetitivos podem ser proibidos, medida a qual certamente se demonstra a mais efetiva. Porém, a proibição de um ato de concentração só deveria ser escolhida quando fosse a única alternativa restante, pois é possível reestruturar um ato com o objetivo de eliminar seus aspectos anticompetitivos.¹⁷⁶ Além disso, proibir um ato de concentração parece confrontar diretamente o fundamento constitucional brasileiro da livre iniciativa, o qual, apesar de não ser absoluto em nosso ordenamento jurídico, merece ser levado em consideração e respeitado.

Sobram, portanto, as chamadas aprovações com restrições aos atos de concentração que geram efeitos anticompetitivos ao mercado. Nesse tipo de aprovação, a autoridade antitruste, no caso brasileiro, o CADE, adota as chamadas medidas estruturais, aprovando a integração das empresas, mas condicionando essa à venda de ativos ou unidades produtivas, por exemplo. As medidas estruturais são mais eficientes no longo prazo, porém, exigem vigilância contínua das autoridades antitrustes.

Neste tipo de aprovação de atos de concentração, as lições da Escola de Harvard se demonstram mais evidentes. Mudar a estrutura das empresas envolvidas no ato impactaria no desempenho dessas empresas.

Ante o exposto, percebe-se que a Nova Lei Antitruste Brasileira está em perfeita consonância com os ditames constitucionais da Ordem Econômica. A responsabilidade de aplicar corretamente a legislação antitruste, observando os fundamentos e os princípios da Constituição, recai sobre o CADE, o qual parece estar exercendo de forma

¹⁷⁵ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. No mesmo sentido: ORGANIZAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO E COOPERAÇÃO ECONÔMICA (OCDE); BANCO MUNDIAL; KHEMANI, R. S. (coord.). **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência**. Tradução: MOURA, Fabíola; BELTRAME, Priscila A. São Paulo: Singular, 2003.

¹⁷⁶ ORGANIZAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO E COOPERAÇÃO ECONÔMICA (OCDE); BANCO MUNDIAL; KHEMANI, R. S. (coord.). **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência**. Tradução: MOURA, Fabíola; BELTRAME, Priscila A. São Paulo: Singular, 2003.

bastante satisfatória sua função quanto aos atos de concentração, tendo em vista a credibilidade e a importância do órgão atualmente.

Surge, então, a possibilidade de analisar, mais detalhadamente, as decisões do CADE sobre os atos de concentração na vigência da Lei 12.529/2011. Essa análise fica para ser objeto para uma pesquisa futura, a qual certamente se tem o interesse de se desenvolver.

CONCLUSÕES

A concorrência é essencial para a percepção do sistema capitalista. Ir além, e afirmar que sua presença pode ser constatada em um primitivo sistema de trocas, anterior ao surgimento do capitalismo e, até mesmo, do mercantilismo, não parece equivocado. Entretanto, é no sistema capitalista que a concorrência adquire características mais delimitadas.

No surgimento do sistema capitalista, imperavam os preceitos do liberalismo clássico, os quais afirmavam não ser necessário tutelar a concorrência. Com o desenvolvimento desse sistema e a substituição da produção manufatureira por uma fabril, observou-se a formação de agentes com poder de mercado, ou seja, agentes capazes de transformar as variáveis do mercado a partir de suas ações. Logo, a tutela estatal da concorrência, visando limitar o poder desses agentes, se viu necessária.

Surgiram, então, os primeiros dispositivos legais com este objetivo no final do século XIX. Nascia, dessa forma, a possibilidade de se implementar as políticas antitrustes, também denominadas de defesa da concorrência. A partir dessas leis e políticas, desenvolveram-se diferentes abordagens teóricas, entre as quais destacam-se a Escola de Harvard e a Escola de Chicago.

Na Escola de Harvard, caracterizada pelo paradigma estrutura-conduta-desempenho, o foco é a concentração de mercado. Assim, se uma ampla concentração em um determinado mercado for verificada, julga-se que esse mercado está sendo prejudicado por essa concentração. As formas de integrações empresariais, que acontecem, por exemplo, por meio de fusões ou de aquisições, não são bem vistas por essa abordagem, a qual predominou até o final dos anos 1950.

Nos anos 1960, uma nova abordagem teórica para políticas antitrustes surgiu e ganhou força: a Escola de Chicago. Nessa abordagem, o nível de concentração de mercado não é fundamento para a aplicação de uma política de defesa da concorrência. O foco é na eficiência alocativa atingida por determinado mercado. Logo, se um mercado é altamente concentrado, mas também é eficiente, ele está funcionando de forma adequada, sem prejudicar o sistema econômico e seus agentes. Fusões e aquisições que venham a gerar um aumento de eficiência não devem ser alvo de sanções para os seguidores de Chicago.

Hoje, depois de fundamentadas críticas recebidas por ambas as Escolas, a aplicação correta de uma política antitruste parece voltar para uma mescla dos preceitos defendidos por elas. Sendo assim, cada ato de concentração deve ser analisado de forma exclusiva, observando a eficiência que será originada, mas não se esquecendo de analisar o nível de concentração de mercado que será gerado.

No Brasil, houve algumas tentativas de se implantar uma política de defesa da concorrência antes dos anos 1990. Nenhuma delas atingiu a devida eficácia, pois o interesse de se tutelar a concorrência esbarrava, até então, em outros interesses considerados mais importantes pelo Estado. Em 1994, entretanto, foi promulgada a primeira lei antitruste brasileira que atingiu eficácia, a Lei 8.884/1994. O surgimento dessa lei foi possibilitado pelas mudanças políticas, econômicas e sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 foi também denominada pela doutrina como Constituição Econômica, devido ao seu Título VII, responsável por dispor as novas diretrizes da Ordem Econômica brasileira, a qual tem como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e, como objetivo, o de assegurar a todos existência digna. Vários princípios foram elencados, os quais devem ser observados e respeitados para que o referido objetivo seja alcançado.

Entre os ditames constitucionais sobre a ordem econômica, alguns recebem maior destaque quando se versa sobre defesa da concorrência: a livre iniciativa; a livre concorrência; a função social da propriedade; a defesa dos consumidores; e a repressão ao abuso do poder econômico. Há de se frisar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a livre iniciativa, apesar de ser fundamento constitucional, não é plena, sendo limitada pelo princípio da livre concorrência quando tratamos de ordem econômica. Dessa forma, a livre concorrência fornece uma verdadeira base jurídica que visa impedir os agentes econômicos de exercer sua liberdade de forma exacerbada.

A Lei 8.884/1994, logo em seu primeiro artigo, dispôs que seria orientada pelos referidos ditames constitucionais. A Lei 12.529/2011 repetiu esse dispositivo, acrescentando que, além da lei, o Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência também é orientado por tais ditames.

Entretanto, a alteração da Nova Lei Antitruste Brasileira referente aos critérios de notificação de atos de concentração ao CADE levantou uma questão: a eliminação do critério de notificação, o qual fazia referência ao nível de concentração de mercado que

determinada integração empresarial gera, está em consonância com os ditames constitucionais da Ordem Econômica que orientam a política antitruste brasileira? Tudo indica que sim.

A doutrina que versa sobre políticas antitrustes já superou a primazia do critério de concentração de mercado ao analisar um ato de concentração. Esse critério continua sendo importante para a aplicação da defesa da concorrência, entretanto, não deve ser o único a ser observado. A previsão legal de um critério, que determine a partir de qual nível de concentração gerado um ato deve ser submetido à análise da autoridade antitruste, não encontra respaldo doutrinário. Além disso, a Nova Lei Antitruste, apesar de eliminar o referido critério, trouxe uma importante inovação, a qual permite ao CADE requerer qualquer ato de concentração para análise em até um ano após sua consumação.

Ademais, ao se garantir a livre concorrência, se garante um saudável sistema econômico para os agentes produtores e consumidores. Dessa forma, os princípios constitucionais da Ordem Econômica também são respeitados. Em um ambiente onde impera a livre concorrência, a livre iniciativa dos agentes não reina de forma absoluta, garantindo que os mesmos não consigam prejudicar o sistema, mesmo que detenham amplo poder de mercado.

Por fim, conclui-se que, apesar das alterações no que tange os atos de concentração, a Nova Lei Antitruste está alinhada com os ditames constitucionais e, também, com a abordagem mais atual de políticas antitrustes. Resta, portanto, ao CADE a missão de orientar suas decisões pelos dispositivos da Lei 12.529/2011, orientando-as pelo que dispõe a Constituição Federal de 1988. Missão a qual, a partir do prestígio desenvolvido e adquirido pelo órgão nos últimos vinte anos, parece estar sendo bem desempenhada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JR., J. T. **Contestabilidade e integração econômica no hemisfério ocidental.** *Revista de Economia Política*, v. 4, pp. 36-49, 1996.

ATHIAS, Jorge A. N. **A ordem econômica e a Constituição de 1988.** Belém: Cejup, 1997.

ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust.** *Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Cleber. **Investigação econômica sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, 2000 a 2004.** Tese (*Doutorado em Ciências*), Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, 2006.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.739/2004.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=233311&filename=PL+3937/2004>. Acesso em: 19 mar. 2014.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE em números.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1414141ce03fc199abac>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 2, de 29 de maio de 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: 19 mar. 2014.

BRASIL, Ministério da Fazenda. **Glossário de termos econômicos.** Brasília: SEAE/MF. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 04 de abril de 2013.

CARLTON, D. W. **Does antitrust need to be modernized?** *The Journal of Economic Perspectives*, v. 21, pp. 155-176, 2007.

CASTRO, M. F.; CARVALHO, M. I. V. **Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 1990.** *Revista de Sociologia e Política*, v. 18, pp. 109-129, 2002.

COASE, R. H. **The problem of social cost.** *The Journal of Law and Economics*, v. 3, pp. 1-44, 1960.

DENNIS, K. G. **“Competition” in the history of economic thought.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Estudos Sociais, Universidade de Oxford, Oxford, Inglaterra, 1975.

DONSIMONI, M. P.; GEROSKI, P.; JACQUEMIN, A. **Concentration indices and market power: two views.** *The Journal of Industrial Economics*, v. 32, pp. 419-434, 1984.

ELHAUGE, E. **Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions.** *Competition Policy International*, v. 3(2), pp. 59-77, 2007.

FARIA, R. M. de A. **Critérios de notificação de atos de concentração econômica: uma proposta para o sistema de defesa da concorrência.** Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, 2011.

FERRAZ, A. S. **A Nova Lei Antitruste Brasileira: suas principais modificações na política antitruste e seus principais impactos econômicos.** Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo V. **Lições de Direito Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FLORES FILHO, E. G. J. **A Nova Escola de Chicago e as modalidades de regulação: tendências do *Law and Economics* e as aplicações para o direito brasileiro**. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. University of California: Berkeley Program in Law and Economics, 2007.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GAMA, M. M. **A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte**. *Texto para discussão*. CEDEPLAR, Belo Horizonte, 2005.

GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004**. *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

GLOBAL COMPETITION REVIEW. **Rating Enforcement**. London: Global Competition Review. Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/rating-enforcement/>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

GHEVENTER, A. **Política antitruste e credibilidade regulatória na América Latina**. *Dados*, v. 47, pp. 335-363, 2004.

GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros, 2010.

HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

HOVENKAMP, H. J. **The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm**. *Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

LEITE, Gisele; HEUSLER, Denise. **Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira**. *Scientia Iuris*, v.16 (1), p.45-66, 2012.

MATIAS-PEREIRA, José. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência**. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro**. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário – um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. In: ADEODATO, J. M., BITTAR, E. C. B. (orgs.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 397-428, 2001.

ORGANIZAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO E COOPERAÇÃO ECONÔMICA (OCDE); BANCO MUNDIAL; KHEMANI, R. S. (coord.). **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência.** Tradução: MOURA, Fabíola; BELTRAME, Priscila A. São Paulo: Singular, 2003.

PEPALL, L.; RICHARDS, D.; NORMAN, G. **Industrial Organization:** contemporary theory and empirical applications. 4nd ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools:** a new antitrust approach for the 21st century. *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

POSNER, Richard. **Economic analysis of Law.** 5th ed. New York: Aspen Publishers, 1998.

POSSAS, M. L. **Estruturas de mercado em oligopólio.** São Paulo: Hucitec, 1985.

POSSAS, M. L. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência.** *Revista do IBRAC*, v. 3(5), pp. 10-35, 1996.

PROENÇA, José M. M. **Concentração empresarial e o Direito da Concorrência.** São Paulo: Saraiva, 2001.

RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência.** *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006

RESENDE, M.; BOFF; H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L (orgs.). **Economia Industrial:** fundamentos teóricos e práticas no Brasil. São Paulo: Campus, 2002, pp. 73-90.

SALGADO, L. H. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, C (org.). **A revolução do antitruste no Brasil:** a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003, pp. 29-42.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas.** São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, Humberto Cunha dos. **O sistema capitalista de produção e a SAB.** *Revista de Direito Público de Economia*, v. 42, pp. 109-122, 2013.

SCHMALENSSEE, R. **Antitrust and the New Industrial Economics.** *The American Economic Review*, v. 72(2), pp. 24-28, 1982.

SOUZA, Washington P. Albino de. **Teoria da Constituição Econômica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010.** *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

UNITED STATES, Department of Justice & Federal Trade Commission. **The Merger Guidelines**, 1968. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.htm>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

UNITED STATES, Department of Justice & Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**, 1992. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

VARIAN, H. **Microeconomia: princípios básicos**. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007.

VAZ, I. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WOOD, B. Dan; ANDERSON, James E. **The politics of U.S. antitrust regulation**. *American Journal of Political Science*, v. 37(1), pp. 1-39, 1993.