
PANORAMA GERAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL***Carla C. Marshall*** (*)**I - A CONCORRÊNCIA****1.1. Introdução geral**

A história da indústria brasileira está marcada pelo alto nível de proteção comercial, tendo em vista o enorme paternalismo por parte das políticas de governo, baseadas em incentivos fiscais, políticas cambiais, que favoreceram os exportadores, e a intervenção do Estado na economia.

A política intervencionista baseada no controle de preços e na repressão às práticas consideradas indesejáveis ao mercado, incentivava a concentração empresarial. Na verdade, tal concentração deveu-se, em grande parte, ao processo desenvolvimentista "a qualquer preço" idealizado pelo governo, no qual adotava-se a política de substituição das importações, proliferando, deste modo, novos agentes econômicos. Todavia, estes mesmos agentes econômicos muitas vezes não tinham vocação e nem condições de se manter no mercado, mas buscavam os incentivos do governo para o seu estabelecimento.

A Lei das S.A. – Lei 6.404/76, veio corroborar este quadro que começou a dar sinais de esgotamento em meados dos anos 80, tendo seu termo final no Governo Collor.

O fim do intervencionismo estatal na economia brasileira inicia-se com o princípio da livre concorrência, previsto textualmente no art. 170, inciso IV, da Carta Constitucional, no título nomeado: Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo Dos Princípios Gerais da

(*) Doutoranda em Direito Econômico na UGF, Procuradora Federal, Profa. Adjunta e Membro do Núcleo de Direito Econômico, Empresarial e da Integração Internacional da Universidade Candido Mendes Ipanema, Coordenadora e Profa. do Curso de Pós-graduação em Direito Econômico da Fundação Getúlio Vargas.

Atividade Econômica, posteriormente regulamentado por intermédio de legislação específica.

Com o acirramento do processo concorrencial no país houve uma verdadeira revolução nas estratégias de conduta das empresas nacionais, muito embora a alta inflação tivesse retardado o avanço empresarial.

Diante desse quadro tornou-se evidente a necessidade de efetiva implementação de uma legislação de defesa da concorrência, uma vez que o intervencionismo já havia sido devidamente enterrado, fazendo-se fundamental a determinação das regras do jogo de mercado.

Na verdade, a política antitruste, ou de defesa da concorrência, não consiste em um instrumento de controle de preços; sua atuação dá-se sobre as condutas empresariais consideradas anticompetitivas - ação repressiva, e sobre o controle das estruturas dos mercados - ação preventiva.

A atuação sobre práticas anticompetitivas é tarefa bastante complicada, uma vez que para combatê-las é necessária a identificação das formas concorrenciais desejáveis ou ilícitas e, tal apreciação é de cunho subjetivo e específico o que dificulta sobremaneira sua interpretação.

Com efeito, há conduta anticompetitiva quando existe o poder de mercado impondo suas condições e preços ao cliente, pois se existem muitas empresas no mercado, o consumidor tem sempre outras opções, não se consolidando o aludido poder. Casos típicos de condutas anticompetitivas são o monopólio ou a formação de cartel. No primeiro, uma única empresa domina o mercado, sem outras alternativas para o consumidor, e no segundo dá-se a associação de empresas que acordam operar de um determinado modo, praticando preços idênticos no mercado, apesar de terem custos variáveis.

1.2. Histórico da concorrência no Direito Comparado

A primeira regulamentação sobre defesa da concorrência deu-se nos Estados Unidos, em 1890, com o Sherman Act, que é considerado a primeira legislação antitruste conhecida, embora de natureza bastante vaga.

Em 1914, surge o Clayton Act e o Federal Trade Commission Act. Este último criou o aparato institucional responsável pela execução da política antitruste americana, o Federal Trade Commission – FTC, órgão ligado ao Poder Legislativo, para acompanhar e intervir - juntamente com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, ligado ao Poder Executivo – em condutas consideradas anticompetitivas e análises de atos de concentração econômica.

Em 1950, surgiu o Celler Act, em 1976 o Hart-Scott –Rodino Act, e logo após o Robinson- Partman Act. Em 1982 veio o Export Trading Company Act. Em 1984, foi a vez do National Cooperative Research Act. Cada um deles tinha uma determinação específica, em função das experiências e necessidades observadas no contexto do mercado americano.

A primeira legislação europeia, que tratava de concorrência, foi elaborada na Alemanha em 1923. Esta lei dizia respeito ao abuso do poder econômico caracterizado por ações empresariais que conflitavam com o interesse público.

Na Comunidade Europeia, o Tratado de Roma, de 1957, trata da questão concorrencial em seus arts. 85 a 94; no art. 85 prevê abuso de poder econômico, notadamente os cometidos por empresas, independentemente do seu tamanho; e no art. 86 visa o comportamento abusivo por parte de firmas com posição dominante.

Em 1989, foi aprovado o Regulamento CEE 4.064/89, que veio a estabelecer políticas antitruste comunitárias, permitindo o controle preventivo das estruturas do mercado, e que diz respeito tanto às empresas intra-comunidade, quanto às de fora da CE, que buscavam participar do novo mercado. A publicidade é elemento imprescindível na Comunidade e se faz por intermédio do Jornal Oficial da mesma, daí a Notificação Prévia das operações de concentração que tenham dimensão comunitária estar prevista pelo ato legal.

1.3. A política brasileira de Defesa da Concorrência

O poder de mercado, quando alcançado por agentes econômicos, não é por si só, considerado pernicioso, nem mesmo pela legislação nacional, pois existem formas e formas de se chegar até ele. Há ações que podem ser consideradas lícitas, sob o aspecto concorrencial, tais como: redução de custos e preços, aumento da qualidade do produto, diferenciação de produto e inovações tecnológicas e outras tantas. Não se pode, portanto, apenar a eficiência, pois esse é o objetivo do empresariado, ou seja, produzir mais e melhor e, em consequência, derrubar a concorrência, alcançando, quem sabe, o monopólio. Desta forma, combatê-lo quando atingido desta maneira, seria reprimir o desenvolvimento e os novos processos econômicos.

O art. 20 da Lei 8.884/94, protege tal situação ao determinar que: “A conquista de mercado resultante de processo fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito ...”. Pode-se perceber, portanto, que o objeto da legislação não é atingir o poder de mercado, mas sim o uso abusivo desse poder.

A lei adota a política de combate ao uso abusivo do poder de mercado, tendo em vista práticas anticoncorrenciais, ou seja, geradoras de desequilíbrios e ineficiências contrárias ao desenvolvimento econômico. Claro está que, se não há poder de mercado, não há prática anticompetitiva. Não foi essa a preocupação da primeira lei antitruste – Sherman Act, de 1890, nos EUA. As linhas de ação desta lei tinham por escopo o poder dos grandes trusts, independentemente da forma como foram alcançados ou utilizados, e o controle das estruturas de mercado na forma de integração vertical, conglomeração ou concentração horizontal.

O combate à elevação do poder de mercado como objeto da política antitruste sobre a estrutura dos mercados é executado em todas as modernas legislações em uso no mundo. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da atuação preventiva, pois, para que se verifique, é imprescindível partir-se de uma suposição de que o reforço do poder de mercado gerado pelo ato de concentração econômica será fator de desequilíbrio no futuro. Este é um verdadeiro trabalho de futurólogo: ver o presente e prever o futuro, e considerar que, neste

futuro, o poder de mercado, ou o seu reforço presente, será necessariamente utilizado de maneira abusiva. Verifica-se, portanto, a importância da diferenciação da obtenção do poder de mercado alcançado por estratégias empresariais consideradas competitivas, e aquele atingido por atos concentradores de mercado, por definição prejudiciais ao bem estar econômico e social.

As práticas anticoncorrenciais, de modo geral, podem ser consideradas, dentre outras, como cartéis, que consistem em acordos comerciais entre empresas. Tais agentes econômicos mantêm sua individualidade, mas estabelecem entre si cotas do mercado, determinando preços com o intuito de suprimir a concorrência; trustes, que consistem na associação financeira que realiza a fusão de várias empresas em uma só, com o intuito de derrubar a concorrência. Pode se dar de forma horizontal, qual seja, todo um setor (por exemplo, de distribuição de um produto, ou mesmo de industrialização ou fabricação do mesmo), ou sob a forma vertical, que atinge todos os segmentos de um ou vários produtos.

Na verdade, o que se pretende, tanto no caso do cartel como no do truste, é dominar, impondo seus preços, sem deixar alternativas ao consumidor. Desta forma, estar-se-á exercendo o abuso do poder de mercado.

II - Os Princípios

Breve introdução

A questão principiológica encontra-se à volta do nosso texto constitucional, permeando as diversas relações do Estado, inclusive na área privada. O art. 170 da Carta, que inicia a chamada Constituição Econômica, identifica como princípios da ordem econômica, dentre outros: o da propriedade privada, que consiste em fenômeno próprio do capitalismo vigorante; a função social da propriedade, que possui forte conotação com o anterior, pois tal função social só será obtida e justificável, na medida em que o aspecto econômico não se justifique por si só; o da livre concorrência, que será abaixo esmiuçado; e o da defesa do

consumidor, contido no art. 5º XXXII, e cuja promoção cabe ao Estado.

Na verdade, existe clara interface entre todos estes princípios, inclusive no que diz respeito àqueles que não foram citados no momento.

2.1. O princípio da liberdade e o aspecto econômico da livre concorrência

Este princípio da ordem econômica demonstra, inarredavelmente, a opção pela economia de mercado, própria do sistema capitalista. Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca:

“Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas”¹.

Com tal expressão ficou evidenciada a íntima correlação, e mesmo dependência, do princípio da liberdade de concorrência à questão do mercado e, em decorrência, da inserção e manutenção dos agentes econômicos de qualquer porte.

2.1.1. Os princípios decorrentes

Antes de adentrarmos em cada um especificamente, é importante destacar-se que a liberdade identificada não é absoluta, mas relativa, na medida em que existe um certo controle do mercado, exatamente em função da manutenção do equilíbrio.

Na verdade, muitos dos princípios decorrentes surgiram em época na qual vigorava o Liberalismo Econômico, em que o Estado não intervinha nas relações, deixando ao arbítrio do próprio mercado o estabelecimento de suas regras. Tal modelo mostrou-se ineficiente, culminando em uma crise, na qual o Estado foi chamado a intervir, ou seja, regulando e fiscalizando as diversas relações econômicas dos agentes. Com efeito, a atuação estatal dá-se indiretamente, na medida em que não age na qualidade de agente econômico, e sim de regulador do mercado.

1. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 84.

Há diversos princípios que decorrem do princípio maior da liberdade de concorrência, dos quais os de maior relevância para o presente tema são:

2.2.1.1. Liberdade de comércio

Este princípio é advindo do princípio da liberdade de comércio e indústria da Lei Le Chapelier (1791). Foi alterado pelo novo enfoque da liberdade de iniciativa, devido ao direito de propriedade individual.

Segundo André de Laubadère, é o princípio que garante aos particulares a faculdade de exercer as atividades correspondentes ao comércio e à indústria, mas deixa à autoridade pública o poder de impor limitações².

2.2.1.2. Liberdade contratual

Nascido da autonomia da vontade, foi alterado pela ocorrência do primado do interesse social sobre o individual. Exemplo disso é a legislação do consumidor e da concorrência, que vêm impor limites à autonomia preordenada da vontade, com base no interesse coletivo.

Atualmente a nomenclatura utilizada não é mais autonomia da vontade, mas sim, autonomia privada, pois segundo Radbruch:

*“Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula.”*³

Com a colocação supra, pode-se perceber o desequilíbrio de forças vigente na época, e a necessidade de imposição de algum tipo de controle à liberdade contratual absoluta.

2.2.1.3. Igualdade

2. LAUBADÈRE, André de. Droit Public Économique. Paris: Dalloz, 1979. p. 240.

3. RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1979. p. 288.

Este princípio, obviamente introduzido no ordenamento constitucional de todos os países do mundo, é verdadeira aquisição da igualdade humana decorrente da Revolução Francesa.

No contexto em apreço, significa a igualdade de todos ingressarem, estarem e permanecerem no mercado.

Não há qualquer privilégio na legislação específica de Defesa da Concorrência, quanto ao porte da empresa - até mesmo pelo fato de que a Lei 8.884/94, não tem por escopo a defesa da empresa, mas do mercado como um todo -, e o local onde atuarão as empresas, independentemente de tratar-se de um grande, médio, pequeno ou micro agente econômico. Desta forma, pouco importa sua categorização, pois o que se pretende é uma atuação saudável, num mercado competitivo.

2.2.1.4. Não-discriminação

A discriminação aqui tem conteúdo de tratamento desigual, na proporção das desigualdades.

A apreciação deste princípio só é possível ocorrer em concreto, ou seja, na ocorrência de determinado fato.

2.2.1.5. Transparência do mercado

Galgado na lealdade, tem por base a regra da publicidade obrigatória, permitindo aos consumidores conhecimento exato dos preços, bem como às empresas identificarem os preços praticados por seus concorrentes.

A importância deste princípio consiste, especialmente, no fato de que o mercado está aberto e, em função disso, todos os agentes econômicos devem estar aptos à competitividade. Para que tal concorrência se estabeleça, é indispensável que haja lisura na prática de preços, identificada pelo conhecimento geral dos mesmos.

2.2.1.6. Análise econômica

É preciso que se dê a verificação da realidade econômica e não somente dos dados legais, para que se possa concluir se há ou não abuso do poder econômico.

Obviamente, esta análise econômica só será possível no caso concreto, ou seja, sua execução não é considerada viável no plano do abstrato. É, portanto, indispensável à sua execução, o submetimento deste ou daquele agente econômico relativamente ao mercado.

2.2.1.7. Regra da razão

Há imensas controvérsias acerca desse princípio, pois há quem o considere como abertura/flexibilidade, que dá margem a distorções e arbitrariedades; em contrapartida, há os que o consideram como sendo elemento que vem reforçar a proibição de ações que acarretem algum prejuízo às forças naturais do mercado, na medida em que permite verdadeira apreciação das práticas desenvolvidas e seus efeitos.

Este princípio foi desenvolvido pela Jurisprudência americana, na análise de um caso em concreto, no sentido de aferir a licitude de uma conduta. É também chamado de *rule of reason* e vem sendo mais aplicado, na atualidade, no que tange a acordos entre concorrentes.

Bastante interessante é o ensinamento de Sergio Varella Bruna, ao afirmar que:

“Em relação às práticas sujeitas à regra da razão, o acusado é admitido a demonstrar que tais práticas geram ganhos de eficiência e que os danos à concorrência são mínimos. Sob esse prisma, a prática somente é considerada ilícita na medida em que configura uma restrição não razoável (ou desarrazoada) à concorrência.”⁴

Desta forma, é possível que um acordo entre concorrentes, embora pareça à primeira vista uma conduta anticoncorrencial, não seja punido, face aos benéficos efeitos econômicos dele decorrentes. III – A concentração de empresas

3.1. Introdução

4. BRUNA, Sergio Varella. O Poder Econômico. São Paulo: RT, 1997. p. 154-155.

No regime capitalista que se evidencia, e que se encontra indiscutivelmente previsto em nosso texto constitucional, a economia de mercado tem lugar preponderante. Diante disso, o mercado em si deve ser preservado, sem contudo olvidar os princípios norteadores e contextuais contidos de forma principiológica no texto da Carta Magna.

Com efeito, na economia de mercado, a empresa desenvolve papel determinante, pois é ela um dos agentes econômicos que concretizarão a política econômica adotada.

A planificação da economia fornece os elementos indispensáveis à compreensão daquilo que se almeja como objetivos, metas a serem alcançadas no campo econômico. Esta planificação permeará as atividades econômicas e permitirá ao Estado observar a sua concretização.

Diante desse contexto é importante constatar-se a importância, e mesmo a posição de destaque, a ser dada ao fenômeno empresarial.

O atual texto constitucional adota expressamente o princípio, dentre outros tantos, da liberdade de concorrência. Todavia, há freios a serem impostos, tanto de um lado como de outro, ou seja, nem o Estado se abstém, como foi a prática no Estado Liberal, como também não pode impor de forma arbitrária e desordenada a sua vontade exclusiva, sob pena de, em o fazendo, causar um desequilíbrio indesejável.

A função precípua do Estado nesta ambiência é exatamente o de garantidor do equilíbrio entre as forças do mercado, norteando suas relações internas, tratando desigualmente os desiguais, e desta forma, dando oportunidade às pequenas e médias empresas, desautorizando e punindo práticas que vão de encontro à preservação 'sadia' do mercado.

O impedimento legal relativo à concentração de empresas, fato que inegavelmente desalinha o mercado interno, quando realizado de maneira desordenada e monopolizante, faz com que a função do Estado de preservação do equilíbrio, possa se concretizar. Todavia, esta função não se dá mais exclusivamente na medida da repressão, mas sim a partir da própria prevenção às infrações contra a ordem econômica.

3.2. Concentração de empresas propriamente dita

No sistema primitivo da sociedade por ações já se podia encontrar o controle do capital e a tendência à concentração empresarial, característicos do sistema capitalista.

Na década de 20 o processo empresarial chegou com inevitável necessidade de produção industrial e capitalização das empresas, fazendo crescer ainda mais a tendência à concentração.

Preferiu-se regulamentar a grande empresa, ao invés de reprimir seu desenvolvimento. Estabelecer-se-ia sua responsabilidade conforme os benefícios, viabilizando assim empreendimentos que não poderiam ser realizados de outra forma.

O *New Deal* não alterou a doutrina sobre concentração empresarial. Nos EUA foi adotado um sistema econômico de concentração empresarial pelo Estado, em que ocorre a pulverização do capital das empresas, ao mesmo tempo em que há concentração do controle.

A regulamentação sobre o controle do capital das empresas tem, portanto, tanta importância quanto o controle das empresas sobre o mercado e, entre os instrumentos de maior importância do sistema econômico, destacam-se as leis das sociedades anônimas.

3.3. Fusão, incorporação, cisão e transformação empresarial

Ressalte-se a importância da diferenciação de tais fenômenos empresariais face à relevância dos mesmos para o mercado.

O momento econômico vivenciado por todos os mercados do mundo é de profundas alterações; a mundialização do mercado se faz sentir mais especificamente quando se percebe a dimensão dos processos de fusão empresarial. Os reflexos de tais processos podem ser interiorizados pelos mercados onde os produtos ou serviços sejam disponibilizados pelos agentes econômicos. Desta forma, evidencia-se o destaque a ser dado na identificação de cada uma das modalidades de concentração empresarial.

A questão da concentração de empresas difere do instituto da transformação da empresa. Todavia, ambas possibilitam a mudança

da empresa sem os inconvenientes de ter que extinguir uma e criar outra.

No caso da concentração há a transmissão do patrimônio, e do próprio corpo associativo, para outra empresa já existente, ou para uma nova empresa.

Quanto à transformação, passa-se de um determinado tipo societário a outro, sem contudo passar-se pela extinção do primeiro.

Federico Pepe⁵ define concentração como sendo “aquela que permite a combinação de duas ou mais empresas numa única entidade econômica, ou a sua coordenação, sob a direção de uma delas.”

No Brasil, a concentração das sociedades foi de primeiro tratada, de modo imperfeito, no Decreto n. 434, de 1891. Mais tarde, com o advento da antiga Lei das SA, Decreto-lei n. 2.627, de 1940, houve a regulamentação da incorporação. A Lei 6.404, de 1976, atual disciplina das Sociedades Anônimas, veio aperfeiçoar esse instituto e introduzir a cisão.

A concentração empresarial tomou vulto especialmente após os anos 60, quando se verificou um maior número de fusões e incorporações, bem como outras alternativas de associação empresarial.

Importante destacar-se que o instituto da concentração acirrou-se, ainda mais, com as leis de incentivos a essas práticas, em especial as de cunho fiscal.

A concentração empresarial excessiva, todavia, tem efeitos bastante danosos à economia. Naquela ocasião, contudo, não se vislumbrava no Brasil a preocupação por sua existência desordenada, posteriormente constatado na prática.

Os PNDs I e II, sendo o primeiro para o período de 1972/74, por meio da Lei n. 5.727, de 1971, e o segundo para o período de 1975/79, por meio da Lei 6.616, de 1974, impulsionaram a

5. Studio sulle fusioni di impresi di società per azioni. 2a. ed., Milão, 1967.

concentração em função do modelo econômico de mercado. O II PND, inclusive, ressalta:

"Nessas condições, uma política de fusão de empresas nacionais - e o que se tem estimulado é exatamente isso, para adquirir escala econômica - significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do País e aumentar o grau de competição daquele mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, em vez de enfraquecê-la."

A partir desta política concentracionista, foram promulgadas inúmeras espécies normativas relativas ao incentivo de sua prática, com o intuito de seguir à risca a política econômica adotada.

O COFIE - Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas, órgão criado para ordenar a concessão dos estímulos supra mencionados, aprovou um roteiro básico para o processamento das fusões e incorporações e outras alternativas de associação empresarial.

A fusão, incorporação e cisão de empresas, portanto, são modalidades de reorganização empresarial, sendo que a última é fenômeno típico não de concentração de empresas, mas de desconcentração societária, uma vez que uma é desmembrada em outra (s). O texto legal da Lei das SA trata de cada uma destas categorias.

Na incorporação, uma sociedade absorve outra ou outras que, para tanto, desaparecem. Na fusão, no mínimo duas empresas somam seus patrimônios para a formação de uma única. Na cisão há a divisão da empresa.

O processo de concentração ou desconcentração da empresa tem início a partir do protocolo previsto no art. 224, da Lei 6.404/76. O protocolo é o termo firmado pelos órgãos de administração ou pelos sócios-gerentes das sociedades interessadas, e se aperfeiçoa com a aprovação do órgão deliberativo. No protocolo estarão previstas todas as condições atinentes à operação a ser efetuada.

À assembléia geral deverão ser fornecidos todos os subsídios necessários à tomada de decisão, bem como os esclarecimentos necessários e relativos às causas de eventuais modificações nos

direitos dos acionistas preferenciais, e o valor do reembolso a ser atribuído às ações dos dissidentes.

Ressalte-se o fato de que o protocolo não tem efeito vinculante, uma vez que trata-se de mero acordo preparatório, ou mesmo negociação preliminar. O órgão deliberativo é quem vai julgar a conveniência ou não da operação.

Na fusão, na incorporação e na cisão, é necessário que a assembléia, ao aprovar o protocolo, o faça por maioria qualificada. No caso da incorporadora, é suficiente a maioria simples.

IV - A Política Nacional de Controle

4.1. A criação dos órgãos nacionais de controle

A Lei 4.137, de 10/09/62, teve como base o art. 148 da Constituição de 1946, que prevê a repressão ao abuso do poder econômico, impedindo a formação de monopólios, geradores de aumento de preços. Para tanto, instituiu a política de natureza penal contra as pessoas físicas e jurídicas que viessem a praticar atos de abuso do poder econômico.

Com tal fim, foi criado o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos e definir procedimentos, como cominação de multas e determinação de cessação de práticas identificadas como abusivas.

Posteriormente, e dentro de uma outra filosofia, ou seja, com fulcro no art. 170, da Carta Constitucional vigente, foi promulgada a Lei 8.158, de 08/01/91, que modificou a Lei 4.137/62, mantendo as normas definidoras dos atos ilícitos e das sanções.

A Lei 8.158/91, teve por objetivo a modernização das políticas de defesa da ordem econômica; criando a SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico - no âmbito do Ministério da Justiça, que atua de forma preventiva e na fiscalização, execução e cumprimento dos princípios adotados pelo texto constitucional relativamente à ordem econômica.

A crítica passível a esta lei deve-se à superposição dos órgãos SNDE, CADE e Ministério da Justiça, gerando desconforto e dificuldade no andamento dos processos. Torna-se portanto, necessária uma nova lei, que bem defina as competências de cada órgão de per si, bem como identificando o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público.

Em 11 de junho de 1994 foi promulgada a Lei 8.884, que expressamente revogou as Leis 4.137/62, 8.002/90 e 8.158/91. Esta lei veio redefinir os parâmetros gerais da política brasileira de prevenção e repressão a atos contra a ordem econômica, dando ao CADE estrutura autárquica, para o exercício mais efetivo de sua função judicante e jurisprudencial, e mantendo a SNDE na estrutura do Ministério da Justiça, como órgão destinado à apreciação das questões que envolvam defesa econômica. Com tais providências, buscou o alinhamento das atividades desempenhadas pela Administração Pública direta e as da autarquia, estabelecendo funções específicas para o Ministério Público. Redefiniu o titular dos bens jurídicos por ela protegidos - a ordem econômica -, anteriormente o indivíduo, agora a coletividade.

Apenas à título exemplificativo, criou mecanismos, tais como: as Averiguações Preliminares e do Processo Administrativo pela SNDE. Incentivou, como forma de harmonizar o mercado, o Compromisso de Cessação de práticas abusivas, instituído pela Lei 4.137/62.

A Lei 8.884/94, ao ampliar o espectro de atuação do CADE, conferiu-lhe maior poder, pois centralizou em suas mãos uma série de competências, antes dispersas entre ele e a SNDE.

Da Lei 4.137/62 para a atualmente vigente houve, também, o alargamento da verificação das condutas, que primeiramente eram analisadas com vistas à repressão, de cunho eminentemente punitivo à prática desleal no mercado e que, hodiernamente possui, além desse, cunho preventivo. O que equivale a dizer que age em dois momentos: proibindo determinadas negociações empresariais, intervindo em seus futuros efeitos danosos no mercado e, ainda, exercendo a fiscalização e aplicando sanções aos responsáveis pelas práticas desleais na ordem econômica.

O CADE exerce o controle administrativo e desta forma está sujeito à revisão de suas decisões em instância judiciária, muito embora possua função de órgão judicante, porém de instância administrativa. A natureza da competência do CADE, demonstra sua vinculação ao enquadramento das infrações à ordem econômica, a partir das penas previstas em lei (art. 20 e 21, da Lei 8.884/94).

Não cabe ao CADE, na qualidade de órgão administrativo, a opção de enquadrar ou não uma empresa na conduta típica descrita pela lei, muito embora os artigos supracitados sejam exemplificativos, englobando um número restrito de hipóteses, apesar de não descritas na lei, mas que se encaixam na finalidade da norma estipulada pelo legislador.

Por outro lado, é possível identificar-se certa discricionariedade na aplicação de sanção, por exemplo, quando uma determinada prática, ao invés de trazer malefícios para o mercado, o beneficia, ou quando aplica multa inferior à prevista na lei, sempre à consideração de sua compatibilidade com a política econômica adotada pelo governo (Aplicação da Regra da Razão).

A proporcionalidade da pena a ser aplicada pelo CADE foi uma preocupação do legislador, pois não pode ser tão baixa que não sirva como padrão de punição, do mesmo modo, não pode ser tão alta que inviabilize a sobrevivência da empresa ou grupo de empresas.

Uma decisão do CADE, de cunho repressivo, pode gerar um grande prejuízo às empresas envolvidas. Desta forma, o aconselhável é a verificação prévia de determinadas negociações que têm aspecto potencialmente nocivo ao mercado. Com efeito, ao submeter-se um ato ou contrato de concentração ao CADE estar-se-á minorando os efeitos de uma consulta que desaconselhe as bases da negociação, ou mesmo, imponha futura desconstituição do negócio.

À guisa de conclusão

Diante do quadro traçado no presente artigo, e após um exame do panorama geral da defesa da concorrência no Brasil, pode-se dizer que a atual norma legal que trata da Defesa da Concorrência, em

consonância com as políticas públicas adotadas pelo texto constitucional, tem por escopo a verificação da adequação das condutas econômicas do mercado, cuidando também das estruturas deste mesmo mercado. Tal verificação irá possibilitar um real controle nos atos e contratos de concentração empresarial que, como já demonstrado, têm sido uma prática habitual do mercado globalizado.

O processo de mundialização do mercado tem gerado profundas alterações na ordem internacional da concorrência. Os reflexos internos de tais mudanças fizeram com que houvesse, por parte dos Estados, a criação de legislação, no sentido de prevenir e punir certas condutas tipificadas como anômalas. Neste contexto, as anomalias ocorridas no mercado precisam ser evitadas, com o intuito de manter o equilíbrio do poder de mercado.

Obviamente, o respaldo teórico que fundamenta a nova ordem mercadológica é baseado em princípios, que servem de norte às empresas que atuam no mercado.

A fusão desordenada de empresas, as formas de controle empresarial e a criação de grupos monopolistas, podem conduzir ao rompimento do equilíbrio estrutural do mercado, impedindo o surgimento de outros agentes mercantilistas. Neste momento dá-se a necessidade de intervenção do Estado, com vistas a impedir eventuais “prejuízos sociais”.

Na verdade, as práticas anticoncorrenciais atingem a sociedade como um todo, e em última análise a proteção ao mercado tem como titular o consumidor, que é quem diretamente sofrerá as consequências da eliminação da concorrência. Deste modo, foi sendo elaborado na maioria dos países a disciplina antitruste, com o intuito de reprimir a concorrência desleal.

Com efeito, com o disciplinamento do antitruste torna-se imprescindível, às empresas, procederem a ajustes de diversas ordens, com vistas à sua manutenção no mercado, em grau competitivo com os demais agentes econômicos.

