

## **DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS E DISCUSSÕES ATUAIS**

**Tatiana Lins Cruz**

Introdução

I. Defesa da Concorrência no Brasil

I.1 Contexto Histórico

I.2 Cenário Atual

II. Defesa da Concorrência no Mercosul

III. Defesa da Concorrência nos Estados Unidos

IV. De Volta ao Brasil: Discussões Atuais

IV.1 Definição do “Primeiro Documento Vinculativo

IV.2. Órgãos Componentes do Sistema Brasileiro de  
Defesa da Concorrência

IV.3. “Guia SEAE” e Medida Provisória nº 2.055/00

V. Conclusão

## Introdução

*“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.<sup>1</sup>”* (“Sherman Act”, seção 1).

*“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante.”* (Lei nº 8.884/94, artigo 20).

*“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general<sup>2</sup>.”* (Ley nº 22.262/80, artigo 1º)

*“Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful<sup>3</sup>.”* (“Federal Trade Commission Act”, seção 5).

*“Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”* (Lei nº 8.884/94, artigo 54).

## I. Defesa da Concorrência no Brasil

### I.1. Contexto Histórico

---

1 Em tradução livre: Qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra, ou conspiração que restrinja o comércio ou o negócio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras, é declarada ilegal.

2 Em tradução livre: Estão proibidos e serão sancionados de acordo com as normas da presente lei, os atos ou condutas relacionados com a produção e intercâmbio de bens e serviços, que limitem, restrinjam ou distorçam a concorrência ou que constituam abuso de uma posição dominante em um mercado, de modo que possa resultar em prejuízo para o interesse econômico geral.

3 Em tradução livre: Métodos desleais de concorrência que afetem ou sejam utilizados no comércio e atos ou práticas desleais ou fraudulentas que afetem ou sejam utilizadas no comércio são consideradas ilegais.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar da liberdade econômica, garantindo-a desde que dentro dos limites<sup>4</sup>, ou seja, a liberdade econômica foi garantida pela Constituição, porém o Estado poderia intervir na economia para resguardar a justiça, vida nacional e existência digna.

A Constituição Federal de 1937, também trouxe disposições sobre a liberdade de iniciativa e proteção à economia popular. A primeira disposição infra-constitucional brasileira, surgiu então em 1938 com o Decreto-Lei nº 869/38 que regulamentou o artigo 141 da Constituição que tratava da proteção à economia popular. Podemos dizer que este Decreto foi o embrião do combate de muitas práticas anticoncorrenciais que estão presentes nas legislações atuais tais como exclusividade de vendas, fixação de preços mediante acordo, provocação artificial da oscilação de preços, aumento arbitrário de lucros, dentre outros. Podemos dizer que os incisos II e III do artigo 20 da atual lei brasileira de defesa da concorrência (Lei nº 8.884/94) tiveram sua origem no Decreto-Lei 869/38.

Surge então, Agamenon Magalhães, ministro de Getúlio Vargas, considerado hoje, o pioneiro do direito de defesa da concorrência brasileiro. A luta de Agamenon Magalhães contra o abuso do poder econômico revestia-se de nacionalismo e protecionismo. Muitos acreditam que a trajetória de Delmiro Gouveia, para manter sua fábrica de fios de algodão em uma região dominada por uma empresa inglesa, foi o fato que levou Agamenon Magalhães a combater o poder econômico, caracterizado pelo protecionismo à indústria nacional, pois Delmiro Gouveia acabou sendo morto, e seu corpo foi jogado nas águas do Rio São Francisco. Seus filhos, não se intimidaram e continuaram a luta do pai, mas a fábrica acabou sendo desativada e os equipamentos atirados no Rio São Francisco, mesmo local onde foi jogado o corpo de Delmiro<sup>5</sup>.

A luta de Agamenon Magalhães resultou no Decreto-Lei nº 7.666 de 1945, entretanto com a queda do então Presidente Getúlio Vargas, o referido Decreto foi revogado. Veio então, a Constituição de 1946 que pela primeira vez utilizou a expressão “abuso do poder econômico” em seu artigo 148<sup>6</sup> Em

---

4Art. 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.”

5FORGIONI, Paula A., “Os Fundamentos do Antitruste”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 109-110.

6Art. 148. “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou socias, seja qual for

1951, a Lei nº 1.521, embora dispusesse sobre crimes contra a economia popular trouxe uma série de disposições de defesa da concorrência (embora não foi uma lei específica sobre o assunto).

Somente em 10 de setembro de 1962, com a promulgação da Lei nº 4.137 o Brasil teve sua primeira lei que tratasse do direito da concorrência. Tal lei teve sua origem no projeto 122 de 1948 do então Deputado Agamenon Magalhães (daí dizer-se que ele foi o pioneiro na defesa da concorrência em nosso país<sup>7</sup>). A importância histórica da referida lei, deve-se também ao fato de ter criado em seu artigo 8º o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

A Constituição Federal de 1988, trouxe um capítulo sobre a ordem econômica e financeira trazendo em seus artigos 170<sup>8</sup> e 173<sup>9</sup> normas gerais acerca da livre iniciativa e liberdade econômica e repressão ao abuso do poder econômico, dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Buscando aprimorar a defesa da concorrência em 1991 foi promulgada uma nova lei, qual seja, a Lei nº 8.158/91, decorrência da Medida Provisória nº 204/90 editada pelo governo para coibir os abusos no mercado brasileiro que havia sofrido uma recente abertura comercial e liberalização econômica. Tal Lei criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, cuja função era investigar as práticas abusivas, dando maior celeridade ao procedimento administrativo. Como a Lei nº 4.137/62 não foi revogada pela lei nº 8.158/91, CADE e SNDE passaram a atuar de forma integrada na repressão ao abuso do poder econômico.

Aos 11 de junho de 1994, foi promulgada a Lei nº 8.884/94 objetivando aperfeiçoar as normas brasileiras de defesa da concorrência.

## I.2. Cenário Atual

---

a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

<sup>7</sup>Tendo Agamenon já falecido o projeto 122 de 1948 foi renovado, sem qualquer alterações, pelo filho dele, o Deputado Paulo Magalhães.

<sup>8</sup> 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: (...) IV – livre concorrência; (...).”

<sup>9</sup> Art. 173, §4º. “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da 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 a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 170, inciso IV a livre concorrência como um princípio geral da atividade econômica e em seu artigo 173, §4º estabeleceu a repressão por Lei ao abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Portanto, objetivando cumprir os ditames constitucionais foi promulgada a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 cuja finalidade está prevista em seu artigo 1º a seguir transcrito: *“Esta Lei 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”*.

Para cumprir a sua finalidade a referida Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (“CADE”) em uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Além do CADE, dois outros órgãos estão previstos na Lei, são eles: a Secretaria de Direito Econômico - SDE (“SDE”) vinculada ao Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE (“SEAE”) vinculada ao Ministério da Fazenda. Estes três órgãos compõem o chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

Assim, a Lei busca combater o abuso<sup>10</sup> do poder econômico através da atuação do CADE de duas formas distintas: (i) prevenção e (ii) repressão.

O CADE exerce sua função preventiva ao analisar os chamados atos de concentração conforme dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 abaixo transcrito:

*“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado 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 20% (vinte por cento) ou mais*

---

10 abuso significa o mau uso, o uso que se perverteu.

*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).*

(...)”

Todo ato (aquisição, cisão, *joint venture*, fusão, etc) que se enquadre no *caput* do artigo deverá ser submetido à apreciação dos órgãos do SBDC previamente à efetivação da operação ou no prazo máximo de 15 dias úteis de sua realização (notificação posterior), conforme estabelece o par. 4º do referido artigo 54. Some-se a isso o fato do §3º do artigo 54 ter estabelecido dois requisitos objetivos para a submissão de tais atos de concentração, quais sejam: (i) participação de no mínimo 20% do mercado relevante envolvido na operação e (ii) faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões (em caso de grupo, deverão ser consideradas todas as empresas pertencentes ao grupo econômico e não apenas a empresa requerente).

Portanto, ao analisar tais atos de concentração o objetivo do CADE é verificar os potenciais efeitos negativos da concentração econômica decorrente da operação no mercado relevante identificado. Em linhas gerais a análise de tais atos é feita da seguinte forma: SEAE, SDE e Procuradoria do CADE emitem pareceres (cada um voltado para a análise de suas respectivas competências) sobre a operação e seus efeitos no mercado. Após, o Conselheiro-Relator elabora um relatório e então o ato entra na pauta de julgamento pelo plenário do CADE. No julgamento do ato de concentração o CADE poderá: (i) aprovar o ato sem restrições (mesmo aqueles que se enquadram no *caput* do artigo 54, desde que comprovadas as eficiências decorrentes da realização da operação<sup>11</sup>) quando não houver prejuízos ou restrições da concorrência, (ii) aprovar o ato com restrições (ou ainda estabelecer um “Termo de Compromisso de Desempenho” às requerentes) quando não há prejuízo à concorrência e o domínio de mercado decorrente da operação é aceitável ou (iii) não aprovar o ato, tornando obrigatória o desfazimento da operação (em caso de notificação posterior) ou a não

---

11 Art. 54, par.1. § 1º. “O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atenda as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: (a) aumentar a produtividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados”.

conclusão da operação (em caso de notificação prévia da operação) quando houver prejuízo à livre concorrência e dominação de mercado relevante.

O artigo 54, §5º da Lei, estabelece ainda que caso não seja obedecido o prazo para submissão da operação ao SBDC ensejará a aplicação de multa a ser imposta pelo plenário do CADE, quando do julgamento da operação que poderá variar entre 60.000 Ufirs e 6.000.000 de Ufirs, dependendo da capacidade econômica da empresa e o tempo decorrido entre a época em que a operação deveria ser apresentada e o tempo da real apresentação da operação ao SBDC.

O CADE exerce sua função repressiva ao analisar as chamadas práticas restritivas da livre concorrência conforme dispõe o artigo 21 da Lei nº 8.884/94 abaixo transcrito:

*“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*

*I - limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*

*II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;*

*III - aumentar arbitrariamente os lucros;*

*IV - exercer de forma abusiva posição dominante.*

*(...)”*

A Lei descreve ainda em seu artigo 21 as condutas que quando praticadas com os objetivos elencados no artigo 20 serão consideradas infração à ordem econômica. Dentre as práticas previstas em tal artigo destacamos a venda casada, os acordos de exclusividade, cartéis e *dumping* (preço predatório).

A investigação de tais práticas inicia-se na SDE mediante representação de qualquer interessado, através da instauração de (i) averiguação preliminar (objetivam a identificação de indícios de que o ato possa estar produzindo efeitos negativos no mercado para instauração de processo administrativo) ou (ii) processo administrativo (há indícios suficientes para ensejar a investigação da prática. A averiguação preliminar poderá ser arquivada (devendo a SDE recorrer da decisão de ofício ao CADE) ou ser convertida em processo administrativo. Concluídas as investigações, o secretário da SDE poderá (i) sugerir o arquivamento do feito, concluindo que não foi configurada a infração à ordem econômica (decisão esta que deverá ser recorrida de ofício ao CADE) ou (ii) concluir pela existência de infração à

ordem econômica, sugerindo que o CADE aplique as penalidades previstas na Lei nº 8.884/94<sup>12</sup>.

A decisão final é sempre proferida pelo plenário do CADE que pode concluir pela inexistência de infração à ordem econômica ou concluir pela existência de tais infrações aplicando as penalidades previstas na Lei, tais como aplicação de multa e publicação da decisão condenatória. O CADE ainda pode, em qualquer fase do processo celebrar Medida Preventiva ou Compromisso de Cessação de Prática sob investigação.

## *II. Defesa da Concorrência no Mercosul*

No Mercosul, ainda há muito que se pesquisar e desenvolver sobre a defesa da concorrência. Neste cenário, além do Brasil destaca-se a legislação de defesa da concorrência da Argentina, qual seja, a Lei nº 22.262/80. Esta lei entretanto, possui muitas diferenças quando comparada à nossa legislação atual.

Analisando tais diferenças o primeiro ponto a ser levantado são os próprios órgãos “guardiões da defesa da concorrência”. No Brasil, conforme já dito anteriormente, três são os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência: CADE, SEAE e SDE. Na Argentina temos a “*Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*”<sup>13</sup> (CNDC)” cuja instância decisória é a *Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales*<sup>14</sup>.

Um segundo ponto importante a ser destacado quando comparamos a legislação brasileira com a Argentina é o fato de que enquanto nossa legislação se aplica a atos e práticas praticados em território nacional ou fora de nosso território, mas que aqui produzam efeitos, a legislação argentina trata apenas de condutas ocorridas na Argentina, não se aplicando a condutas que embora praticadas fora de seu território nele produzam efeitos.

Outro ponto a ser destacado é o que diz respeito ao controle dos chamados atos de concentração econômica. Conforme já explicitado no capítulo anterior nossa legislação busca proteger o mercado através da análise dos atos concentração, assim definidos os que se enquadram nos requisitos legais: (i) participação de mercado relevante igual ou superior a 20 % e (ii) faturamento do grupo econômico igual ou superior a R\$ 400 milhões. A Legislação da Argentina, entretanto, não faz qualquer menção a este tipo de

---

12 Vide artigos 23 a 25 da Lei nº 8.884/94.

13 Em tradução livre: Comissão Nacional de Defesa da Concorrência.

14 Em tradução livre: Secretaria de Estado de Comércio e Negócios Econômicos Internacionais.

controle. O Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas é competente para decidir em esfera administrativa se há um ato restritivo à concorrência e na esfera penal é competente para propor a ação penal correspondente.

A legislação da Argentina, tem um caráter de direito penal econômico, buscando punir não apenas a empresa, mas as pessoas responsáveis pela conduta ilícita. Desta forma, a legislação prevê, assim como no nosso direito penal, tipos penais que caracterizam as infrações. Portanto, em nossa legislação há apenas uma punição administrativa quando for caracterizada a conduta abusiva ou prejudicial a livre concorrência; entretanto na legislação argentina as punições puníveis podem ser administrativas e judiciais conforme abaixo transcrito<sup>15</sup>:

- Sanções administrativas: ordem de cessação ou abstenção da prática lesiva; multa; solicitação de dissolução ou liquidação da empresa e ordem para que não se inove a respeito da situação existente.
- Sanções judiciais: (i) pessoas físicas: prisão de um a seis anos e multa; (ii) pessoas jurídicas: multa pela qual respondem solidariamente o patrimônio da empresa e dos diretores; prisão de 1 a 6 anos dos diretores, representantes legais, mandatários gerentes, síndicos ou membros do Conselho de Vigilância que intervieram na prática do ato. De forma complementar, pode ser declarada a inabilitação dos envolvidos para exercer o comércio.

Ressaltamos ainda, que a lei da Argentina é silente quanto à imposição de compromissos de desempenho e quanto à possibilidade de consultas, estando presentes as medidas preventivas e a possibilidade de recurso administrativo.

No âmbito de Mercosul, existe uma grande preocupação no que diz respeito aos preços, mais especificamente à prática de *dumping*, sendo que os acordos e legislações hoje existentes refletem nitidamente esta preocupação, tendo-se debatido entre os países integrantes do Mercosul a necessidade da criação de um órgão antitruste supranacional para melhor combater os cartéis internacionais e analisar as megas fusões cuja frequência é cada vez maior.

### *III. Defesa da Concorrência nos Estados Unidos*

---

15 NETO, Caio Mário da Silva Pereira, “Defesa da Concorrência no Mercosul”, In Revista de Direito Econômico, número 24, São Paulo, 1996, p.119-133.

Em 1890, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a primeira medida para combater os trustes. Tal medida foi proposta pelo Senador John Sherman e recebeu o nome de “*Sherman Antitrust Act*”. Antes da aprovação desta medida vários estados americanos já possuíam leis para combater o truste, porém restritas aos seus respectivos estados. O Congresso aprovou o “*Sherman Antitrust Act*” tendo em vista as oposições às concentrações de forças econômicas em grandes corporações e combinações de negócios entre elas. Uma multa de US\$ 5.000,00 e prisão de um ano eram as maior penalidades impostas a quem violasse as disposições do Ato. O “*Sherman Antitrust Act*” foi amplamente utilizado em 1911 pelo presidente Taft contra o “*Standart Oil trust*” e a “*American Tobacco Company*”.

Em 1914 foi aprovada uma emenda proposta por Henry De Lamar Clayton para esclarecer e complementar o “*Sherman Antitrust Act*”. Tal emenda ficou conhecida como “*Clayton Antitrust Act*”.

O “*Clayton Antitrust Act*” proibiu contratos de vendas exclusivas, redução de preços objetivando eliminar a concorrência e impôs condições à aquisição de ações por companhias que preenchessem os requisitos estabelecidos no Ato. As uniões de trabalhadores e as cooperativas agrícolas foram excluídas das combinações proibidas por resultarem em restrições ao livre comércio. O ato ainda, legalizou questões trabalhistas como greves, boicotes e piquetes, desde que pacíficos. Declarou ainda que: “*the labor of a human being is not a commodity or article of commerce*”<sup>16</sup>.

Ainda em 1914, foi aprovado o “*Federal Trade Comission Act*” que criou e regulou a “*Federal Trade Comission*” (“FTC”).

A FTC é uma agência independente do governo americano, não político ou ligado ao governo, que passou a atuar em 1915. A FTC não tem jurisdição sobre bancos ou transportes coletivos, os quais estão sobre supervisão de outras agências.

A FTC é formada por cinco membros, indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado para exercerem um mandato de sete anos. A FTC é resultado do programa do Presidente Wilson para verificar o crescimento do monopólio e preservar a competição como um eficiente regulador da concorrência.

O objetivo da FTC pode ser definido como a manutenção da concorrência livre e justa no mercado americano, através do fortalecimento de leis antitrustes. O “*Federal Trade Comission Act*” combate portanto, métodos injustos de competição além do combate a propagandas abusivas e enganosas de mercadorias, medicamentos e cosméticos, por exemplo, além de manter o

---

16Em tradução livre: “O trabalho de um ser humano não é uma commodity ou um artigo de comércio.”

Congresso e os consumidores informados da eficiência das legislações antitrustes já existentes e alertando para situações que necessitariam ser reguladas por legislação.

Atualmente, o campo de atuação da FTC é maior, atuando ela sobre contratos de exclusividade, aquisições de ações, discriminação de preços, dentre outras práticas, podendo até mesmo proibir a execução de certas práticas quando forem restritivas à livre concorrência.

Por fim citamos também outros atos que contribuíram para o desenvolvimento da legislação antitruste nos Estados Unidos: *Robinson-Patman Act de 1.936*; *Hart-Scott-Rodino Antitrust action Improvement, de 1976* e *Wheeler-Lea Act de 1938*.

Outro importante órgão americano que merece destaque em nosso trabalho é o “*U.S. Department of Justice, Antitrust Division*” (“DOJ”).

O DOJ e a FTC são os órgãos responsáveis nos Estados Unidos pelo cumprimento das leis federais no que diz respeito às fusões. Em decorrência deste dever, os órgãos, em 1992, emitiram conjuntamente as chamadas “*Horizontal Merger Guidelines*”<sup>17</sup>, que trazem a estrutura analítica e padrões específicos utilizados pela FTC e pelo DOJ na análise de fusões que preencham os requisitos do “*Sherman Act*”, “*Clayton Act*” e “*Federal Trade Comission Act*”.

A importância deste capítulo não se deve apenas ao fato dos Estados Unidos serem o país cuja legislação é a mais avançada nesta área, mas também porque a legislação brasileira sofreu grande influência das normas norte-americanas de defesa da concorrência. Ressaltamos apenas que em nossa legislação pátria não existem a figura do truste (como existe na legislação americana). Por esse motivo muitos estudiosos e profissionais da área sustentam que o termo “legislação antitruste” não é adequado quando utilizado no contexto da legislação brasileira (justamente por não existir a figura do truste), sendo mais adequado a utilização do termo “legislação de defesa da concorrência”.

#### *IV. De Volta ao Brasil: Discussões Atuais*

Desde a edição da Lei nº 8.884/94 muito já se discutiu sobre a aplicação de conceitos da Lei de Defesa da Concorrência, tais como a definição de grupo econômico e a aplicação do critério de faturamento que envolve todo o grupo e não apenas a empresa requerente e apresentação de

---

17Em tradução livre: “Diretrizes para fusões.”

atos de concentração que se enquadram apenas no §3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Hoje, tais questionamentos já estão superados e novas discussões estão presentes na aplicação da legislação. Apresentaremos abaixo alguns pontos que tem gerado grandes dúvidas, discussões e debates para profissionais e estudiosos do direito da concorrência<sup>18</sup>.

#### IV. 1. Definição do “Primeiro Documento Vinculativo”

Objetivando esclarecer os critérios para submissão dos atos de concentração ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, o CADE aprovou aos 19 de agosto de 1998, a Resolução nº 15 que trouxe em seu artigo 2º um novo marco para a contagem do prazo de 15 dias úteis para apresentação dos Atos de Concentração previsto no §4º do art. 54 da Lei 8884/94: *“o momento da realização da operação (...) será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”*.

Hoje, muito se discute acerca do que poderia ser considerado como o primeiro documento vinculativo firmado entre as partes, visto a dificuldade de se considerar um documento preliminar, como uma “carta de intenções” ou um “memorando de entendimentos”, como sendo o primeiro documento vinculativo tendo em vista que sendo preliminar não garante a realização efetiva da operação além da dificuldade maior de se precisar (e provar) o momento em que as partes deixam de atuar como competidores e passam a atuar como cooperadoras, principalmente quando a operação que será submetida à apreciação dos órgãos de defesa da concorrência, é uma operação havida entre empresas estrangeiras com reflexos no mercado brasileiro. A falta de entendimento do “marco inicial” para contagem do prazo estabelecido em lei para apresentação da operação, tem gerado a aplicação de uma grande quantidade de multas por apresentação intempestiva.

#### IV. 2. Órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A recente renovação dos membros do Conselho do CADE e do Presidente abriu espaço para discussão da estrutura atual, sendo o sistema

---

180 objetivo do presente capítulo é ressaltar a importância de uma análise mais aprofundada dos temas que atualmente têm gerado discussões, ressaltando-se porém que a abordagem de tais temas é é isenta de quaisquer críticas ou opiniões pessoais.

brasileiro de defesa da concorrência formado por três órgãos distintos (como já melhor explicitado anteriormente): CADE, SEAE e SDE.

Recentemente foi anunciado pelo governo a criação de um grupo interministerial cuja função será a apresentação de um projeto de lei que crie uma Agência Nacional de Defesa da Concorrência e do Consumidor, devendo ainda definir se tal agência continuaria vinculada ao Ministério da Justiça ou então transferir esta nova agência para outro ministério. Com a criação da agência, ao contrário do modelo atual, existiria um único órgão com função de instrução, análise/investigação e julgamento dos atos de concentração e processos administrativos.

Desde o anúncio da criação deste grupo interministerial muitos tem se posicionado a favor da criação da Agência tendo em vista a desburocratização e agilização das decisões; outros porém mostram-se contrários à criação da Agência única defendendo a existência de órgãos independentes alertando para o fato de seria um problema a existência de um único órgão pois existe uma tendência de se condenar quando quem julga é a própria pessoa que acusou e investigou. Alega-se também que a junção de consumidor e concorrência em uma única Agência representa um grande retrocesso na cultura de defesa da concorrência que tem-se tentado desenvolver no Brasil, posto que a Lei de Defesa da Concorrência e a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) são legislações absolutamente distintas e que não devem ser confundidas.

#### IV.3. “Guia SEAE” e Medida Provisória nº 2.055/00

Em 01/07/99 foi publicada a Portaria SEAE nº 39 que definiu em seus “*Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração*” os procedimentos para a análise de atos de concentração, objetivando a homogeneização dos pareceres da Secretaria bem como a sistematização e o aprofundamento das análises empreendidas pela SEAE, com a finalidade de proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados e tornar mais transparente a análise de atos de concentração realizados no âmbito da SEAE.

O Guia SEAE, como ficou conhecido, foi bastante elogiado pois trouxe importantes definições para a aplicação do direito da concorrência, além de esclarecer os pontos considerados na elaboração do parecer pela SEAE, mas também sofreu diversas críticas por tornar obrigatória a apresentação no momento da notificação da operação, de um extenso formulário intitulado “Questionário I” além do já existente “Anexo I”, o que

acabaria gerando um excesso de informações a serem prestadas pelas empresas Requerentes.

Aos 14 de agosto de 2.000, foi publicada a Medida Provisória nº 2.055, que amplia a atuação do CADE, SEAE e SDE na investigação de práticas anticoncorrenciais<sup>19</sup>. Alguns acreditam que essa Medida é benéfica por possibilitar aos órgãos de Defesa da Concorrência uma investigação adequada de práticas que possam prejudicar a livre concorrência; outros porém acreditam que a Medida Provisória extrapolou a competência dos órgãos e, há ainda quem discuta até a constitucionalidade desta Medida Provisória.

### *V. Conclusão*

O presente trabalho objetivou apresentar questões importantes da Defesa da Concorrência, não apenas no Brasil, mas em outros países em que existe a preocupação da manutenção de uma concorrência livre e justa propiciando igualdade de condições para todos os seus participantes.

Mais do que uma simples análise de legislações, o presente trabalho buscou ressaltar a importância do conhecimento, estudo, aplicação e desenvolvimento da legislação de defesa da concorrência, uma vez que envolve não apenas o direito mas também relevantes questões econômicas.

O presente trabalho procurou enfatizar a importância do desenvolvimento de uma “Cultura de Defesa da Concorrência” para que nosso país seja um ponto de referência numa matéria de relevância crescente no cenário econômico atual de diversos países.

### *BIBLIOGRAFIA*

BELO, Carlos Alberto. “Uma Avaliação da Política Antitruste frente às fusões e aquisições a partir do exemplo dos Estados Unidos” in Revista do IBRAC, volume 04, número 03, São Paulo, 1997, p. 09-35

DUTRA, Pedro. “A Concentração do Poder Econômico Aspectos Jurídicos do artigo 54 da Lei 8884/94” in Revista do IBRAC, volume 03, número 08, São Paulo, 1996, p. 05-24

---

19 A Medida ainda estabeleceu que a partir de 1º de janeiro de 2001, a Taxa Processual de que trata o inciso I do art. 5º da Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999, será devida no valor de R\$ 45.000,00 devendo ser repartida entre CADE, SEAE e SDE.