



OS NOVOS RUMOS DA CONCORRÊNCIA

Marcelo Lapolla*

Resumo: O presente artigo relaciona a importância da legislação concorrencial com seu fim social, de promover o bem-estar e assegurar a livre iniciativa. Menciona também o período de surgimento do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) e a evolução do seu papel na política concorrencial brasileira. Elenca, ainda, alguns casos emblemáticos e pontos de crítica que ensejaram a edição da nova lei de defesa da concorrência, n. 12.529/2011. Aponta algumas das alterações dos critérios, do regime e da estrutura mais relevantes trazidas pela nova legislação. Por fim, detalha as perspectivas e reflexos da nova norma no mercado e desafios a serem superados.

Palavras-chave: concorrência; legislação; perspectivas.

1 Introdução

A preservação da concorrência é matéria aplicada à atividade econômica, mas está no seu reflexo social a origem de sua razão. Buscar mercados equilibrados, garantir a livre iniciativa e a concorrência não são o fim em si, mas o meio pelo qual a política antitruste trilha seu caminho de fim social.

Os mecanismos legais de proteção da concorrência não resumem seu alcance à regulação da atividade empresarial; estão inseridos em sua esfera de preocupação os direitos sociais, dos trabalhadores e consumidores.

O Direito da Concorrência é, portanto, o ramo do Direito Econômico cujo objeto é o tratamento jurídico da política de defesa da concorrência, com normas a assegurar

.....
* Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos (Unisantos); pós-graduado em Direito processual civil e Direito e processo do consumidor pela mesma instituição. Aperfeiçoamento em Mercado de capitais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), em Fusões e aquisições pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais pela Universidad de Salamanca, e em Contratos e danos pela mesma instituição. Mestrando em Direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

a proteção de interesses individuais e coletivos, em conformidade com a ideologia adotada no ordenamento jurídico (BAGNOLI, 2009, p. 263).

A possibilidade de operação do direito da concorrência como instrumento político não diminui sua importância. Pelo contrário: é o reconhecimento de seu dinamismo, de sua importância estratégica, e aumenta a responsabilidade de quem o opera.

A análise econômica de atos e fatos determina o que é certo economicamente, mas cabe ao Direito concluir o que é o certo-justo, em busca da justiça social. A eficiência para a Economia é aumentar a quantidade de algo, enquanto para o Direito a eficiência é distribuir igualmente este algo. [...] O resultado dessa lógica jurídico-econômica deve determinar as escolhas do Estado para superar os custos sociais envolvidos. [...] Com o passar dos anos a legislação antitruste começa a ser utilizada como importante instrumento de política econômica, já que a manutenção da concorrência protegeria o interesse público de uma sociedade pautada na livre iniciativa e na igualdade de oportunidades (BAGNOLI, 2009, p. 260-263).

Nesse contexto, a legislação antitruste assume papel fundamental ao estabelecer os parâmetros de legalidade de política concorrencial, além de orientar os operadores do Direito. Da mesma forma, é inevitável alinhar a relação da concorrência e política desenvolvimentista como fatores decisivos para o crescimento dos mercados.

[...] podemos sustentar que há possibilidade de uma convergência entre a política industrial e a defesa da concorrência se a primeira for concebida como um instrumento pró-competitividade e a segunda ampliar sua concepção do processo competitivo, reconhecendo que ações de cooperação podem ser vitais para o vigor concorrencial (CORDOVIL et al., 2012, p. 26).

Por essas razões, o advento da nova Lei da Concorrência assume *status* de grande relevância e reclama uma reflexão sobre seus preceitos e as perspectivas futuras.

2 Cade

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) foi criado em 1962, como órgão do Poder Executivo. Na vigência da Lei n. 8.884/1994, foi alçado à condição de autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça, e passou a ter uma atuação mais abrangente. Naquela oportunidade, o então presidente Itamar Franco acelerou a aprovação da lei por entender que ela seria – entre outras funções – um instrumento para barrar o aumento no preço dos medicamentos.

Referido dispositivo legal inseriu na competência do órgão a missão de orientar, prevenir, apurar e reprimir abusos do poder econômico. Segundo o texto, deviam ser submetidos à análise e aprovação do órgão quaisquer atos que pudessem “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência” (artigo 54), assim entendido qualquer tipo de associação que resultasse em participação de 20% de um mercado

relevante ou na qual um dos participantes tivesse registrado faturamento superior a R\$ 400 milhões (dentro do território nacional, conforme a Súmula 1 do Cade).

Para darem início ao processo administrativo, as empresas envolvidas na operação tinham até 15 dias úteis, contados da realização do ato de concentração (assim interpretado qualquer documento vinculante que tratasse do preço, objeto e consenso acerca da operação) para peticionar, em três vias, perante a Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça. Uma via ficava com a própria SDE, outra com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), vinculada ao Ministério da Fazenda – órgãos que compõem, com o Cade, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – e a terceira com o Cade.

O interessado devia comprovar, também, o recolhimento da taxa de R\$ 45 mil, igualmente dividida pelos três órgãos. Tudo sob pena de multa que variava entre R\$ 60 mil até R\$ 60 milhões, definida pelos critérios de reincidência, tempo de atraso, prejuízo do mercado e tamanho da operação.

O processo de análise costumava demorar entre quatro meses a três anos, a depender da complexidade e relevância da operação. Primeiro a SDE emitia parecer de teor econômico a respeito da operação apresentada; depois, a Seae emitia nota técnica, de teor jurídico, opinando sobre a operação. No Cade, o processo seguia para manifestação da Procuradoria, seguida de manifestação do Ministério Público Federal e da devolução do processo ao Conselheiro-Relator do Cade. Com o seu voto, o processo seguia para plenário, para julgamento.

No curso do procedimento, era permitido às partes firmar com o Cade o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), por meio do qual medidas preventivas eram combinadas a fim de garantir a eficácia da decisão final (exemplo de operações com APRO: Casas Bahia x Ponto Frio, Gol x Webjet).

O desfecho do processo poderia variar entre o não conhecimento da operação, a aprovação sem restrições, a aprovação com restrições ou a desaprovação, não cabendo recurso da decisão. A irrecorribilidade tornou comum, em casos de aprovação com restrições ou desaprovação, que as partes envolvidas procurassem o Judiciário na tentativa de reverter as decisões.

O Cade podia, ainda, aplicar multas pela prática de infração contra a ordem econômica. Para as empresas, as multas variavam de 1% a 30% de seu faturamento bruto; para os administradores, de 10% a 50% do valor aplicado à empresa.

Algumas das decisões emblemáticas proferidas pelo órgão foram:

- i) aprovação da associação das cervejarias Antarctica e Brahma, que, condicionada à venda da marca Bavária, originou a Ambev;
- ii) não aprovação da compra da Garoto pela Nestlé, hoje discutida na Justiça;
- iii) ilegalidade da exclusividade de venda dos cigarros do Grupo Souza Cruz com pontos de venda;
- iv) ilegalidade da exclusividade de venda da Ambev com pontos de venda na venda, como condição para participar do programa de fidelização conhecido como “Tô Contigo”;
- v) formação de cartel pelas siderúrgicas CSN, Cosipa e Usiminas;

- vi) compra da Kolynos pela Colgate, com o desaparecimento daquela marca;
- vii) condenação das empresas fabricantes de gases hospitalares e industriais, por formação de cartel, ao pagamento de multa de R\$ 1,9 bilhão (a maior da história do sistema antitruste brasileiro e a segunda maior no âmbito mundial); e;
- viii) restrições à compra da Sadia pela Perdigão, ainda em discussão.

Mas de 1994 até os dias atuais, a Lei de Defesa da Concorrência sofreu com críticas, principalmente à desnecessidade de notificação prévia e à demora na análise dos processos. Assim, seguindo a tendência internacional de reforma do sistema de controle antitruste (Portugal em 2004, Espanha em 2005, Bélgica em 2006 e França em 2007), entrou em vigor, em maio de 2012, a nova lei da Concorrência – n. 12.529/2011, que tem por escopo modernizar conceitos e tornar mais eficaz a atuação do Cade.

3 Nova lei da concorrência

A nova lei de defesa da concorrência é uma mescla da inspiração principiológica trazida pela lei anterior, sua aplicação no Brasil ao longo de 17 anos e as tendências mundiais do direito antitruste. Suas alterações representam uma evolução em relação ao ordenamento anterior, resposta aos anseios da comunidade jurídica e empresarial, e alinhamento com o cenário internacional.

Nos tópicos abaixo, detalham-se alguns dos aspectos de maior relevância, modificados pela norma.

a) Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)

A estrutura do sistema concorrencial foi simplificada: a Secretaria de Direito Econômico (SDE) foi incorporada pelo Cade, que, engrandecido, passa a contar com:

- o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, fazendo as vezes do atual Cade, como principal órgão de deliberação e aprovação de operações, em segunda instância administrativa;
- a Superintendência Geral, em substituição à SDE, atuando na análise e aprovação direta de operações simples, e oposição formal perante o Tribunal às operações com potencial lesivo (ex.: grande concentração, cláusula no-competes abusiva);
- o Departamento de Estudos Econômicos, no lugar da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), elaborando estudos e opiniões; e
- a Procuradoria, para elaboração de pareceres, assessoramento e representação judicial.

A Seae passa a integrar o SBDC, de forma independente e cuidando da promoção da concorrência.

De forma resumida e consolidada, tem-se que:

[...] a SEAE passará a ser responsável primordialmente pelas ações de advocacia da concorrência, e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE fará parte do corpo técnico do CADE. Nessa nova configuração, o CADE se consolida como a única agência responsável pela análise de fusões e aquisições, pelas investigações nos casos de repressão às infrações contra a ordem econômica e pelo julgamento dos casos (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI; ANDERS, 2012, p. 33).

b) Conceituação de “ato de concentração”

A lei anterior definia conceitualmente os atos de concentração, como sendo aqueles capazes de “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”¹. Essa conceituação deixava grande margem para dúvida e questionamento sobre a interpretação das operações como sendo atos de concentração ou não.

No intuito de suprir essa lacuna, a nova lei – em seu artigo 90 – traz um rol taxativo das operações entendidas como ato de concentração: fusão de empresas independentes, aquisição do controle ou partes de uma empresa, incorporação e celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* (com exclusão das associações implementadas para fins de licitação). “A definição de ato de concentração na nova lei também é mais objetiva. [...] agora temos uma lista das hipóteses em que se considera realizado um ato de concentração” (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI; ANDERS, 2012, p. 40).

c) Critérios para notificação das operações

Os atos a serem submetidos à aprovação do Cade eram aqueles que envolvessem, de qualquer lado, empresa com faturamento bruto anual no Brasil superior a R\$ 400 milhões ou com participação em mercado relevante superior a 20%.

Agora, segundo os novos critérios, devem ser submetidos os atos que envolvam, de um lado, empresa ou grupo com faturamento bruto de R\$ 400 milhões, no ano anterior, no Brasil e, de outro, empresa ou grupo com faturamento bruto de R\$ 30 milhões, no ano anterior, no Brasil. Tais números, ainda, foram majorados por Portaria Interministerial, de 29 de maio de 2012, para R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões, respectivamente.

Brechas sobre o ingresso de empresas estrangeiras no país ou aquisições feitas por fundos de *private equity* devem ser sanadas por regulamentação complementar.

Ressalte-se a possibilidade de o Cade requerer a submissão posterior de atos de concentração não enquadrados nos critérios, pelo prazo de um ano, para seu controle.

.....
¹ Definição constante no Art. 54 da Lei 8884/94.

d) Momento de submissão das operações

A norma antiga permitia a notificação ao Cade de operação em até 15 dias úteis da formalização do primeiro documento vinculante entre as partes. E, em virtude da demora na análise dos atos, frequentemente a decisão do Cade vinha depois de consumada a operação – gerando dificuldade no seu cumprimento em casos de negativa ou autorização com restrições.

O controle de concentrações é um elemento vital da política antitruste e seu funcionamento é crucial para a manutenção da concorrência. Não basta reprimir as condutas que violam a concorrência, é preciso evitar as operações que ameacem a concorrência (PAGOTO, 2012, p. 28).

Segundo a tendência mundial, tal regra foi alterada para a regra de submissão prévia da operação. Ou seja: as partes deverão submeter a operação ao Cade antes da assinatura do primeiro instrumento vinculante, sendo a aprovação uma condição para a implementação do negócio.

e) Prazos para análise

Os prazos para análise e julgamento dos atos eram cumulativos, de 30 dias para a Seae, 30 dias para a SDE e 60 dias pelo Cade. Entretanto, os recorrentes pedidos de informação e documentos adicionais postergavam – as vezes por anos – a conclusão dos processos.

Segundo a nova regra, a análise e decisão dos atos de concentração devem se dar em 240 dias, podendo ser prorrogadas por 60 dias mediante pedido das partes e por 90 dias em casos de maior complexidade (máximo 330 dias).

Decorrido o prazo máximo, havia previsão na lei para aprovação tácita da operação. Tal regra, no entanto, foi objeto de veto presidencial. Em sentido contrário, a Procuradoria do Cade já emitiu parecer favorável à aprovação tácita².

Nos casos de aprovação com restrição, a formalização de Termo de Compromisso de Desempenho, antes negociado com relator, foi substituída pela negociação de Acordo em Atos de Concentração, negociado diretamente com o superintendente – regra que gera crítica por supressão de instância.

f) Penalidades

Sob a égide da nova lei, houve uma evolução nos mecanismos à disposição dos órgãos da concorrência para combate às condutas anticompetitivas, assim entendidas as concentrações e as condutas anticoncorrenciais.

A diferenciação entre concentração e condutas é encarada como artificial por muitos. Apesar disso, é fácil diferenciá-las pelo momento da atuação estatal antitruste: enquanto,

² Parecer nº 17/2012 PROCADE/PGF/AGU. "Se o CADE demorar a emitir sua decisão, haverá custos sociais significativos, especialmente se sua decisão tratar de uma operação pró-competitiva".

nas condutas, a atuação estatal será sempre *a posteriori*, por ser impossível punir algo que nem sequer aconteceu, nas concentrações, a atuação estatal será, pelo menos, *a priori* ou, como ocorre no Brasil, imediatamente posterior (PAGOTO, 2012, p. 29).

A partir de agora, cabe à Superintendência Geral investigar as práticas antitruste, nos casos em que descobrir ter havido violação à lei ou receber denúncia, via procedimento preparatório, inquérito administrativo e processo administrativo, conforme o caso.

No que respeita os procedimentos, novas alterações: nas investigações, abriu-se a possibilidade de inspeção sem notificação prévia; direito à leniência estendido ao líder do cartel; leniência para pessoa física apenas se a jurídica também aderir; possibilidade de celebração de Compromisso de Cessação limitada à fase de instrução, e não mais a qualquer momento antes da condenação.

Superada a fase instrutória – e quando a Superintendência não entender pelo arquivamento do processo –, os autos são encaminhados ao Tribunal Administrativo, para que decida pela aplicação ou não de penalidade ou, se entender necessário, determine instrução complementar.

Com essas alterações, paira a expectativa de elevação no número de condenações administrativas:

[...] aproximadamente 75% dos casos decididos pelo CADE, nos últimos seis anos, foram arquivados. No entanto, é importante ressaltar que a maior parte dessas investigações foi iniciada quando o SBDC não possuía ferramentas adequadas para investigar os casos. Espera-se que os números mudem nos próximos anos e o número de empresas condenadas aumente (PAGOTO, 2012, p. 24).

No que respeita às multas aplicadas, vale notar que a prática de atos de consumação antes do julgamento da operação (conhecidos como *gun jumping* – assim interpretadas medidas como: realocação de clientes, unificação de gestão, compartilhamento de informações) pode ensejar a aplicação de multa de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões, além da declaração de nulidade do negócio e investigação por prática de cartel. Claro é o intuito, aqui, de reforçar a necessidade de aprovação da operação antes de serem sentidos seus efeitos, a fim de preservar o ambiente de concorrência.

A penalização por formação de cartel ou outras condutas anticoncorrenciais varia de 0,1% a 20% do faturamento das empresas no ramo de atividade em que se deu a ilegalidade – novidade em relação ao critério anterior.

4 Perspectivas

A vigência da nova lei demanda e prevê a mudança da sede do Cade e a contratação de mais de 200 funcionários, a fim de garantir a eficiência pretendida nas decisões. Isso porque a alteração dos critérios para submissão de operações e consequente redução do número de casos deverá ser recompensada com a análise mais célere, aprofundada e rigorosa dos atos.

Se, por um lado, a regra traz segurança jurídica por preservar a viabilidade da decisão do Cade, por outro ela tende a contrariar o empresário arrojado, que assume riscos (por exemplo, de uma decisão negativa do Cade), assim como o interesse dos envolvidos em operações de menor complexidade (mais de 90% do total) que terão sua consumação retardada até a autorização do Cade.

Outra forte tendência decorrente do controle prévio dos atos é haver maior preocupação das partes envolvidas nessas operações em contribuir com o órgão, prestando de antemão todas as informações relevantes, pela expectativa de uma decisão célere. Tal fator em muito aumentará a relevância dos aspectos concorrenciais nas operações de fusões e aquisições, para orientar a elaboração de pareceres e estudos econômicos que fundamentem o requerimento de aprovação da operação, especialmente ante a impossibilidade de se consumir o negócio até o desfecho positivo perante o Cade.

Aliás, no que respeita à consumação, paira incerteza quanto à inclusão de cláusula suspensiva já no primeiro documento vinculante (condicionando à consumação da operação em aprovação pelo Cade), assim como em relação à instrução do processo perante ao Cade em casos de Oferta Pública de Aquisição (OPA) ou na vigência de acordo de confidencialidade (eventual notificação do Cade aos concorrentes pode transformar uma negociação de venda de determinada empresa em um leilão de compradores interessados).

Da mesma forma, a alocação dos riscos entre as partes por uma decisão contrária à operação ganha relevância, assim como a negociação de cláusulas relacionadas a “*material adverse change*” que possam se dar no interregno entre a submissão do ato e sua aprovação. Por tudo isso, o mesmo clamor pelo qual se reclamava a antecipação do momento de submissão da operação agora transmuda-se em preocupação pela inviabilização de operações pela dependência do Cade.

Com o amadurecimento e vigência da nova lei, deve-se ter mais clareza sobre a possibilidade de obtenção de autorização precária para determinadas operações (envolvendo, por exemplo, uma empresa em estado falimentar), com a formalização do chamado APRO às avessas, pelo qual se autoriza a antecipação dos efeitos de determinadas operações urgentes.

Finalmente, existe a preocupação de uma politização demasiada do órgão, pelos cargos de confiança. Tal fator reduziria a atuação de advogados – defensores da lei – em benefício da atuação de lobistas e prevalência de interesses políticos.

Na mesma esteira, a aplicação da nova lei (e novos prazos, portanto) não deve esperar a (prevista) melhor estruturação do órgão, que poderá levar mais tempo que o desejado para ser efetivada.

De tudo o que se vislumbra, é certo que a nova lei traz consigo novos desafios e questionamentos. Mas a modernização legislativa também deixa antigas celeumas para trás e escreve um novo capítulo na história de evolução do Direito concorrencial brasileiro.

THE NEW DIRECTIONS OF COMPETITION

Abstract: The article mentions the relation between the antitrust legislation and its purpose to promote social welfare and secure freedom enterprise. It also broaches the uprising of Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, and the changes on its role to the Brazilian antitrust politic. It list some emblematic cases judged by CADE, and the sections of the regime that were criticized and therefore appealed new regulation, brought by law number 12,529/2011. It points out the some of the relevant changes in criteria, regime and structure established by the new law. Finally, it lines out the perspectives and consequences of the new regulation to the market and challenges ahead.

Keywords: competition; legislation; perspectives.

Referências

- BAGNOLI, V. *Direito e poder econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CORDOVIL, L.; CARVALHO, V. M. de; BAGNOLI, V.; ANDERS, E. C. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PAGOTTO, L.; MAGGI, B. O.; GRECCO, G. N. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, ed. 55, 2012.