

INICIAÇÃO CIENTÍFICA

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA:
VISÃO GERAL**

Vicente Bagnoli*

1 Histórico

A Defesa da Concorrência ganha destaque recentemente no Brasil com a promulgação da Lei 8.884, de 11.06.1994. Contudo, a história da defesa da concorrência é bem mais antiga.

O Código de Hamurábi, de aproximadamente 2100 a.C., já continha referências às práticas de monopólio. Na Grécia antiga já havia a regulamentação dos monopólios para gerar consideráveis receitas ao governo e, em períodos de dificuldades econômicas, fazer com que não faltassem “produtos” para as populações das cidades. Em Roma, a existência dos monopólios estatais, como o de sal, garantia grande parte das receitas do Estado.

O Édito de Zenão, de 483, regulamentou a política dos monopólios que vinha sendo adotada por Roma, principalmente no final do Império, com a grande concessão de monopólios de distribuição de alimentos aos particulares mediante retribuição, para aumentar os recursos do Estado. No Édito de Zenão foram também regulamentados os acordos de preço, a fim de se impedir, dentre outros, o açambarcamento de mercadorias, o abuso de preços, e garantir preços de mercado.

Porém, é na Idade Média que encontramos institutos que trazem maiores semelhanças com a concorrência em seu estágio atual. O monopólio nesse período histórico era exercido diretamente pelo Estado, ou por particulares que recebiam a concessão do Estado mediante retribuição, e acabam apresentando aspectos característicos das grandes concentrações capitalistas contemporâneas. Mas são as associações de artesãos, chamadas corporações de ofício, que oferecem diversas normas de concorrência e são os exemplos mais ricos do período.

* Advogado e mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; e-mail: bagnoli@adv.oabsp.org.br.

Em meio ao surgimento do comércio nas cidades, notadamente com as “feiras de comércio”, os artesãos de interesses comuns se reúnem para proteger esses interesses, surgindo com isso as corporações de ofício. O surgimento espontâneo das corporações de ofício a partir da associação dos agentes econômicos se assemelha com as associações atuais ou cartéis. É nesse momento que aparecem várias regras de concorrência que de algum modo inspiram os legisladores até hoje.

No Mercantilismo surge a distinção entre os monopólios lícitos e os ilícitos. Os monopólios lícitos eram aqueles desempenhados diretamente pelo Estado ou por particulares mediante concessão. Basta lembrar do monopólio da metrópole no comércio com suas colônias (pacto colonial). Assim, permitia-se que as metrópoles estocassem metais (ouro, prata) originados desse comércio monopolista, que ia do “produto” comercializado até o transporte das mercadorias.

Nesse período os grandes colonizadores da América, Portugal e Espanha não se preocupavam em desenvolver suas manufaturas e, por isso, acabavam utilizando o ouro e a prata que obtinham nas suas colônias americanas para comprar praticamente tudo que necessitavam da Inglaterra. É esse ouro e prata que vão para a Inglaterra, o capital necessário a possibilitar financeiramente a Revolução Industrial.

A concorrência ganha proporções ainda maiores no Liberalismo, período marcado pela Revolução Industrial, 1760, que modificou completamente o sistema de produção. O centro de produção migra das oficinas dos artesãos para as fábricas, onde os elevados investimentos em maquinário e a necessidade de mão-de-obra empregada levam à organização de indústrias. A conquista de mercados volta a ser essencial e o estabelecimento da concorrência é uma exigência.

Com o Iluminismo a situação da intervenção estatal na economia começa a ser modificada. Em 1776, Adam Smith, em *A riqueza das Nações*, escreve sobre a “mão invisível”, expondo que o Estado não deveria intervir no mercado, pois ele se auto-regularia pelas leis da oferta e da procura.

A concorrência passa a ser encarada como a solução para os danos causados pelos monopólios, e em condição para regular os mercados e propiciar o bem-estar do consumidor, independentemente da intervenção estatal.

No campo econômico a Revolução Industrial já havia feito a grande modificação na estrutura do mercado, mas é a Revolução Francesa, 1789, que vai garantir a ruptura com o modelo sociojurídico até então existente.

A Revolução Francesa, resumidamente, foi feita pela burguesia e para a burguesia. A classe burguesa, insatisfeita com a impossibilidade de impor suas vontades e ser sempre preterida pelo clero e pela nobreza, uma vez que jamais conseguia ser maioria em peso de votos nos Estados Gerais, vê na revolução a possibilidade de alterar essa situação.

O Decreto de Allarde, de março de 1791, objetivava estabelecer a todos os cidadãos a liberdade de comércio e indústria, sem a necessidade de ligação com alguma corporação de ofício. A Lei Chapelier, de junho de 1791, acaba por proibir as associações profissionais (corporações de ofício), garantindo a liberdade de

comércio necessária para a nova ordem pregada pelos interesses da burguesia com a Revolução Industrial e dos pensamentos liberais da época.

Dessa forma, com a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, ocorre a ruptura econômico-social com o antigo modelo, o comerciante começa a ter um papel de maior destaque frente ao Estado, inclusive ditando regras, a população começa a migrar aos centros urbanos para trabalhar nas indústrias, dando início ao proletariado, e a concorrência começa a ganhar suas feições de hoje.

Em 1865 tem-se a 2.^a Revolução Industrial, que se dá em dois países fora da Europa. No Japão, o grande Imperialista do Oriente, e nos Estados Unidos da América (EUA), o qual nos interessa para analisarmos o Direito da Concorrência. Nesse período inicia-se nos EUA um processo de fomento comercial, com a produção em massa. A economia em franca expansão e a concorrência tomando cunhos predatórios entre as empresas. Logo, os empresários de diversos setores perceberam que a concorrência não era benéfica para eles, razão pela qual optavam pela cartelização. Porém, os cartéis não garantiam aos seus membros que os acordos estabelecidos por eles seriam respeitados por todos os integrantes.

Passa-se, então, a utilizar um tradicional instituto anglo-saxão, o *trust*. Pelo *trust*, o industrial transferia o poder derivado de suas ações a um *trustee*, em troca de um *trust certificate*. Os agentes econômicos que atuavam num mesmo mercado tinham uma administração centralizada, evitando-se com isso a concorrência, e garantindo-se o lucro de suas atividades.

Não demorou muito e a população e a imprensa contestaram os preços de monopólio e a posição de sujeição dos demais agentes do mercado ao poder econômico. Assim, essa liberdade de atuação no mercado pregada pelo Liberalismo começa a ser contestada nos EUA no final do século XIX. É então promulgado em 1890 o *Sherman Act*, considerado o marco legal do antitruste. Nesse contexto é promulgado em 1914, também nos EUA, o *Clayton Act*, que vem complementar a Lei Sherman e inspirar diversas legislações de defesa da concorrência até hoje.

No Brasil, o projeto de Agamenon Magalhães, datado de 1948, após muito tramitar na Câmara, foi aprovado em 1962 surgindo a Lei 4.137, praticamente a nossa primeira legislação de defesa da concorrência. A Lei 4.137/62 tinha a finalidade de regular a repressão ao abuso do poder econômico ao mercado à luz da Constituição Federal de 1946. Nessa mesma lei é criado o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Porém, em que pesem os esforços de Agamenon Magalhães e de todos aqueles que se empenhavam na implantação de leis eficazes de defesa da concorrência, a própria estrutura a que estávamos habituados, de um Estado interventor que, inclusive, determinava preços a ser praticados e de empresas sem competição por causa da economia então fechada, não se podia pensar em concorrência.

Tal cenário começa a mudar no governo Collor com a abertura dos mercados, não obstante a forma precipitada como foi feito esse processo que não asse-

gurou a empresas de diversos setores da economia o prazo de estruturação necessário para a árdua competição.

Em sentido contrário ao que caminhava a defesa da concorrência, em 1990 foi publicada a Lei 8.137, pela qual os atos contrários à ordem econômica eram configurados como crimes. Logo em seguida foi publicada a Lei 8.158/91 com a finalidade de instruir normas para a defesa da concorrência. Na verdade, estávamos diante de uma gama de legislações distintas versando sobre um mesmo tema que, além de não contribuir com a defesa da concorrência, impedia sua aplicação aos casos concretos.

A estabilização da moeda com o Plano Real e o processo de desestatização, com o qual o Estado brasileiro de interventor passa a ser regulador, foram os elementos que faltavam para que a concorrência de fato se estabelecesse.

Importante ressaltar que a Constituição Federal dispõe em seu art. 170, IV, que 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, observado o princípio da livre concorrência. Por sua vez, o art. 173, § 4.º, determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Apesar de a Constituição Federal demonstrar como seria a atuação do Estado no mercado, faltava uma lei para garantir a concorrência, a fim de se prevenir e reprimir condutas anticoncorrenciais.

Tal situação é de uma vez por todas resolvida com a promulgação da Lei 8.884, de 11.06.1994.

2 Conceito e finalidade

Em uma economia de mercado a concorrência é algo fundamental, uma vez que ela, além de possibilitar uma maior variedade de produtos e o aprimoramento na qualidade dos mesmos, contribui diretamente para a redução de preços. A concorrência se revela a essência da relação de equilíbrio entre a oferta e a procura.

As empresas, num mercado concorrencial, têm a necessidade de sempre estar investindo em pesquisas e desenvolvimento de produtos e serviços, bem como estudando a peculiaridade de cada mercado e o anseio dos respectivos consumidores. Com isso, o mercado e, conseqüentemente, os consumidores obtêm os benefícios gerados pela concorrência.

Começamos então a perceber que a concorrência existe para garantir o desenvolvimento dos mercados e, como grande beneficiado, o consumidor, já que são eles que irão usufruir as melhorias decorrentes da concorrência.

Além do bem-estar econômico do consumidor gerado pela concorrência, ela também contribui fortemente para um aprimoramento da economia de um país para ingressar e permanecer competitiva no mercado externo. Contudo, uma lei de defesa da concorrência tem determinadas aplicações em certos sistemas jurídicos e em dados momentos históricos.

Os economistas da Escola de Chicago e de Harvard travaram intensas discussões acerca de qual o escopo da lei de defesa da concorrência e que tipo de concorrência ela deve proteger. Porém, discussões apenas de teoria econômica desviam a lei de defesa da concorrência de seu objetivo, e a aparente segurança jurídica oferecida pelas fórmulas matemáticas pode acabar comprometendo todo o sistema.

A Escola de Harvard, pregando a *workable competition*, aponta que as excessivas concentrações de poder econômico devem ser evitadas, pois podem resultar em disfunções que prejudicam as próprias relações econômicas. Esse entendimento está diretamente relacionado ao problema do número de agentes econômicos em atuação em determinado setor. Busca-se a concorrência como um fim em si mesma, com a manutenção ou aumento do número de participantes no mercado. A tese defendida pela Escola de Harvard pode ser resumida com a frase *small is beautiful*.

Por outro lado, a Escola de Chicago entende que a defesa da concorrência está centrada nos benefícios ao consumidor garantidos pela eficiência alocativa do mercado, independentemente do agente econômico estar em posição monopolista ou em plena competição.

Na Europa, a defesa da concorrência está relacionada aos fins da própria União Européia, ou seja, a concorrência não se limita a ser um fim em si mesma, mais do que isso, ela é um instrumento com o qual a União Européia persegue sua finalidade. Dessa forma, qualquer interpretação que reduza a concorrência a um único fim, ainda que seja eficiência econômica ou tutela do consumidor, o Tratado da Comunidade Européia não tende a sua autorização.

Podem-se perceber diversas experiências de defesa da concorrência em legislações distintas. Distingue-se então a defesa da concorrência quanto ao tipo de proibição de práticas restritivas sob dois enfoques. Um é aquele em que as práticas restritivas da concorrência são proibidas por produzir um dano ainda que potencial à economia. O outro é a repressão apenas às práticas que culminam num dano efetivo.

No caso da concorrência-fim, ou teoria da concorrência-condição, estabelece-se uma proibição genérica e anterior a todos os acordos e práticas que possam atingir a estrutura concorrencial do mercado, combatendo a concentração pela proibição das práticas que podem nela resultar. Esse modelo (*per se condemnation*) está focado no perigo que as práticas representam por si mesmas, independentemente do resultado de fato alcançado. A concorrência é tida como um valor em si mesma, e deve ser preservada, pois é ela que permitirá o progresso e o equilíbrio econômico.

Já no outro modelo, denominado concorrência-meio, ou concorrência-instrumento, privilegiam-se os comportamentos efetivos dos agentes econômicos do mercado, uma vez que a concorrência é tida como um bem como outros e não um bem em si própria, podendo, inclusive, ser sacrificada em favor de

outros bens legalmente protegidos. Depreende-se que esse modelo não combate acordos, oligopólios, monopólios ou qualquer forma de dominação de mercado, mas visa a repressão desses atos quando eles se revelam prejudiciais ao interesse geral. Nessa hipótese, esses atos ou acordos, desde que não justificados por qualquer razão, são declarados ilícitos por produzir efeitos negativos à concorrência.

3 Mercado relevante

Para fazer qualquer análise de concorrência e verificar o poder de mercado de uma empresa (a condição dela impor suas vontades) é necessário definir qual o mercado relevante do ato ou conduta que se estuda. Assim, é essencial termos dois conceitos para estabelecer o mercado relevante: mercado de produto e mercado geográfico.

No que se refere ao mercado de produto, deve-se definir inicialmente qual o produto ou serviço em questão e verificar se tal produto ou serviço tem algum substituto, devido às suas características, preços e utilização, considerando para essa resposta a procura dos consumidores pelo produto e a oferta pelos concorrentes.

Já o mercado geográfico é a região, a localidade, onde essa oferta de produto ou serviço ocorre em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços e características desse produto ou serviço, para atender a demanda dos consumidores. Nesse caso, também se faz necessária a análise de eventuais barreiras à entrada a novos participantes nesse mercado, ou seja, as dificuldades ou impossibilidades que restrinjam novos entrantes a concorrer.

Define-se o mercado relevante para que eventual exercício de poder econômico por parte de um agente, tanto em atos de concentração quanto em condutas, possa ser efetivamente prevenido ou reprimido.

Interessante apontar o entendimento do conceito de “mercado” de Souza (1999, p. 502) a partir do enfoque do Direito Econômico.

O Direito Econômico, em nosso ponto de vista, trata o “mercado” em face da política econômica da “circulação” da riqueza na sociedade, de acordo com a ideologia que se tome por referência. Não há dúvidas de que a construção teórica desse instituto é concebida em que o fato “circulação”, enquanto expressão da “troca”, verifica-se em qualquer outro modelo social, desde os mais primitivos e afastados, ou não, do Liberalismo.

Prosegue Peluso (p. 502) escrevendo que “[...] o modelo liberal, combinando *Smith* com *Darwin*, projetou-se na Economia e no Direito, pela imposição dos rigores do instituto da falência (morte legal), aos derrotados pelos mais fortes na concorrência (seleção natural)”.

Verifica-se a importância de se estabelecer o mercado relevante para anali-

sar as implicações de determinada prática ou operação na concorrência e seus efeitos para o mercado e, conseqüentemente, ao consumidor.

4 Sistema brasileiro de defesa da concorrência

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é integrado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para o cumprimento da Lei 8.884, de 11.06.1994.

Para compreendermos o SBDC é necessário conhecer qual a atuação das Secretarias e do Cade, os principais pontos da Lei 8.884/94, e como a defesa da concorrência é tratada em nosso país.

Assim, passamos a apontar individualmente cada um desses fundamentais aspectos para, ao final, termos a visão geral do Direito da Concorrência.

4.1 Os órgãos que integram o SBDC

Como exposto há pouco, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é integrado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

A Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, é subdividida em dois departamentos: o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE).

O DPDC trata de questões relativas à Lei 8.078, de 11.09.1990, e dispõe sobre a proteção do consumidor, não se confundindo com matéria de antitruste, que fica a cargo do DPDE. O DPDE analisa as questões de defesa da concorrência, notadamente da Lei 8.884, de 11.06.1994, e instrui os processos, principalmente em seus aspectos jurídicos, para posterior decisão final do Cade.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, tem a incumbência de abordar as questões de defesa da concorrência sob o aspecto econômico da matéria e elaborar parecer técnico que auxiliará a SDE na instrução do processo e o Cade na sua decisão final.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Composto por um presidente e seis conselheiros, decidirá questões previstas na Lei 8.884/94, ou seja, matéria de defesa da concorrência.

Devemos ressaltar que o parecer técnico da SEAE e a nota técnica e o despacho da SDE não são vinculativos, ou seja, são meramente sugestivos ao Cade, que poderá adotá-los em sua decisão ou não.

4.2 A Lei 8.884, de 11.06.1994

A Lei 8.884, de 11.06.1994, Lei de Defesa da Concorrência, 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, sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

A prevenção está disposta no art. 54 da Lei e se refere à atuação do SBDC na análise de 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.

Já a repressão está disposta nos arts. 20 e 21 da Lei e se refere à atuação do SBDC na apuração e combate às infrações da ordem econômica que constituem, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

4.3 Territorialidade e ultraterritorialidade

A Lei de Defesa da Concorrência é aplicada às práticas cometidas em todo território nacional ou que nele possam produzir ou produzam efeitos, sem prejuízo das convenções ou tratados de que o Brasil seja signatário.

Assim, entende-se que a competência para analisar e decidir sobre matéria de defesa da concorrência no território nacional compete ao Cade. Contudo, devemos atentar que mesmo que uma suposta operação entre empresas situadas em outros países, mas que de alguma forma possa ao menos refletir no mercado brasileiro, por exemplo se uma dessas empresas tenha uma subsidiária no Brasil, o SBDC deve atuar. A SDE e a SEAE devem apreciar a operação para ao final o Cade julgá-la.

Depreende-se do estudo do Direito da Concorrência que freqüentemente uma operação, ou uma conduta, gera efeitos em diversos mercados, o que significa que ela deverá ser apreciada por diversas agências antitruste. Evidentemente a territorialidade da lei prevalece, assegurando a jurisdição para cada agência de um país ou bloco econômico. Daí a importância de se definir o mercado relevante em análise.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a incumbência da análise de casos de antitruste é assegurada à *Federal Trade Commission* (FTC) e ao *Department of Justice* (DoJ). Na Europa, além das agências de defesa da concorrência de cada país-membro, como a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) na Itália e o *Bundeskartellamt* na Alemanha, quando o caso diz respeito ao mercado europeu a análise se dá pela Comissão Europeia de Defesa da Concorrência (DG-4).

Entende-se, então, que a análise de um caso de matéria concorrencial poderá ser dada em diversos países, podendo a autoridade de cada país decidir a questão da maneira que melhor concluir. Assim, a lei de defesa da concorrência de um país deve respeitar a sua territorialidade, contudo o caso concorrencial poderá ser "ultraterritorial", o que fará com que seja analisado por outras legislações.

4.4 Controle judicial

Dentro do SBDC é o Cade que dará a decisão final em casos de matéria de defesa da concorrência, é a administração pública desempenhando sua atividade executiva por meio de atos jurídicos especialmente denominados atos administrativos.

A discricionariedade do Cade fundamenta-se e justifica-se na especificidade da matéria de defesa da concorrência que exige conhecimento multidisciplinar de direito e economia, além dos variados e complexos problemas que o Poder Judiciário deve resolver. Busca-se, com isso, a melhor solução para cada caso em análise.

Nos casos de condutas, a disposição legal, art. 50 da Lei 8.884/94, dispõe que as decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, devendo ser promovida imediatamente sua execução e comunicado o Ministério Público para demais providências pertinentes.

Entretanto, toda decisão do Cade poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme disposto no art. 5.º, XXXV, da CF: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Pode-se até dizer que são diversos os casos, principalmente por multa de intempestividade na apresentação de operações ao SBDC, de "recursos" ao judiciário da decisão do Cade.

4.5 Revisão das decisões do Cade

O art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência prevê a atuação do SBDC no controle de atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. Tal análise procede para também evitar que dessas operações resulte a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Após realizar toda a análise o Cade poderá autorizar os atos desde que atendidas as previsões legais como: o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços, propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico.

Contudo, a Lei de Defesa da Concorrência assegura em seu art. 55 a revisão do Cade de suas decisões. Nesse sentido, o Cade poderá rever, de ofício ou mediante provocação da SDE, a aprovação dos atos e contratos previstos no art. 54 se a decisão tenha sido baseada em informações falsas ou enganosas presta-

das pelo interessado, caso ocorra o descumprimento de qualquer das obrigações assumidas pelo interessado ou não sejam alcançados os benefícios visados.

4.6 Irretroatividade

A Lei de Defesa da Concorrência, como ocorre com qualquer legislação repressiva, não retroage. Ao fato jurídico ou antijurídico aplica-se a norma em vigência quando de sua ocorrência.

Pelo princípio da irretroatividade das leis conclui-se que a Lei 8.884/94 é aplicada aos atos ocorridos após sua entrada em vigor. Os fatos pretéritos de matéria concorrencial podem ser apreciados à luz de leis anteriores, como a Lei 8.158/91 e a Lei 4.137/62.

Pode-se ainda lembrar da retroatividade benéfica da lei. Assim, aos fatos ocorridos na vigência da Lei 4.137/62 não se aplicam as disposições da Lei 8.158/91, o mesmo para a lei que lhe sucedeu, a Lei 8.884/94, exceto se mais benéficas ao investigado.

4.7 Prescrição

O art. 28 da Lei 8.884/94, que dispunha sobre prescrição, foi revogado pela Lei 9.783, de 23.11.1999. Essa lei estabelece o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal.

Pelo art. 1.º da citada Lei, prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal no exercício de poder de polícia, com o objetivo de apurar infração à legislação em vigor, contados do ato ou prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Interessante ressaltar que a prescrição é suspensa, conforme dispõe o art. 3.º, I, quando da vigência dos compromissos de cessação e desempenho, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei 8.884/94.

4.8 *Direito da concorrência aplicado*

A Lei de Defesa da Concorrência atua em duas vertentes, a prevenção e a repressão de práticas ao mercado concorrencial. Em cada um desses casos o trâmite processual é específico.

Nos casos do art. 54 da Lei (prevenção), uma operação que preencha os requisitos do § 3.º desse mesmo artigo, quais sejam participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de mercado relevante ou faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões, deve ser apresentada ao SBDC previamente ou em até 15 dias úteis de sua realização.

Toda a documentação necessária do Ato de Concentração (conforme dispõe a Resolução 15 do Cade, de 19.08.1998) deve ser encaminhada em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à SEAE.

Na SEAE a operação será submetida à sua primeira análise e deverá ser concluída em até 30 dias. Segue-se então à SDE que em igual prazo concluirá a instrução do processo para encaminhamento ao Cade. No Cade dentro de 60 dias a operação, juntamente com o parecer técnico da SEAE e o despacho e a nota técnica da SDE, recebe primeiramente a análise da Procuradoria para posterior encaminhamento ao conselheiro-relator que, após sua análise, pauta a operação para julgamento pelo Plenário.

O Cade poderá aprovar a operação sem restrições, aprovar a operação com restrições, submetendo alguma desconstituição ou compromissos de desempenho, ou poderá o Cade vetar a operação. O interessado poderá recorrer da decisão do Cade ao próprio Cade, e aqueles conselheiros que julgaram na primeira oportunidade também julgarão o pedido de revisão. Não obstante, é assegurado o encaminhamento da questão ao Poder Judiciário.

Deve-se ressaltar que apesar de a lei prever o prazo total de 120 dias para o julgamento final, o Cade e cada Secretaria constantemente oficiam os interessados na operação para se manifestarem, o que acarreta a suspensão do prazo, culminando com operações cuja análise se estende por mais de ano.

Nos casos dos arts. 20 e 21 da Lei (repressão), qualquer interessado poderá oferecer representação à SDE que analisará os fatos e indícios apresentados e decidirá, dependendo da robustez dos elementos, por abertura de procedimento administrativo, averiguação preliminar ou processo administrativo.

A SEAE poderá ser oficiada pela SDE para se manifestar acerca das repercussões econômicas da conduta investigada no processo e instruir a decisão da SDE que, seja qual for, ou pelo arquivamento da representação ou pela condenação do representado, deverá ser decidida em última instância pelo Cade, que poderá acompanhar ou não o entendimento da SDE.

Deve-se ressaltar que o titular do processo responsável pela sua condução é o Estado, representado pela SDE, podendo ser a representante mera auxiliadora da Secretaria. Outro ponto fundamental é que a acusação não se pode limitar aos danos que uma empresa está sofrendo pelas condutas anticoncorrenciais de uma competidora, mas os prejuízos que essa suposta prática causa ao mercado concorrencial e, conseqüentemente, ao bem-estar econômico do consumidor.

5 Conclusão

Apesar de muito se falar em Direito da Concorrência, a doutrina ainda não consagrou uma definição para a matéria. Além da mais recente corrente que apon-

ta o Direito da Concorrência como Direito Difuso, são três fortes correntes doutrinárias que se preocupam com o tema.

A primeira corrente que podemos apontar procura vincular o Direito da Concorrência ao conceito de Poder de Polícia, um dos institutos próprios do Direito Administrativo. Essa corrente teve mais adeptos no passado, estando hoje enfraquecida.

Outra corrente entende que a natureza da lei antitruste deve ser estudada à luz de suas características endógenas, o que na opinião de José Inácio Gonzaga Franceschini conduz ao campo do Direito Penal Econômico.

Por fim, temos a corrente que coloca o Direito da Concorrência como parte do Direito Econômico. Como expoente desse entendimento temos Souza (1999, p. 503), que escreve acerca do conceito de concorrência:

[...] temos presente o elemento político-econômico ativo, afastado do absentismo liberal estrito e marchando para a "concorrência" (*workable competition*). Estamos, portanto, em território de Direito Econômico, com aplicações das regras do "equilíbrio", da "razão", da "equivalência", dentre outras.

Na sua aplicação, o recurso hermenêutico ao "princípio da economicidade" determinará a compatibilidade da solução com leis. "Regulação" da concorrência, por um lado, ou com a "Regulamentação", por outro lado, com as leis de repressão ao abuso do poder econômico.

Contudo, independentemente de qual corrente doutrinária estaria inserido o Direito da Concorrência, conforme pudemos observar nessa visão geral do Direito da Concorrência, a concorrência é algo presente e fundamental para a competição de mercado e bem-estar econômico do consumidor.

A atuação das Autoridades de Defesa da Concorrência é fundamental para assegurar a plena concorrência entre os participantes de um mercado, possibilitar o desenvolvimento dos mercados, contribuir para aprimorar e desenvolver produtos e serviços de melhor qualidade e preços que atendam aos anseios do consumidor e ajudar a inserção das empresas brasileiras na competição de uma economia globalizada.

Além do mais, uma legislação de defesa da concorrência também contribui para que investidores transnacionais passem a atuar nesse mercado, uma vez que dispõem da segurança jurídica de que a empresa mais eficiente é a que deverá prosperar. Com isso, ganha principalmente o consumidor.

Referências

CARTILHA DO CADE, Cade.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1996.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

