

# A recepção de direitos no sistema brasileiro de defesa da concorrência

Maria Izabel Andrade Lima Cardozo\*

## 1. Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar a recepção pelo direito anti-truste brasileiro de regras e institutos difundidos no direito americano e no direito comunitário europeu, sobretudo com o advento da Lei nº 8.884/1994, que reformulou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência–SBDC, criando um novo marco regulatório nessa área do direito.

Em razão de a influência do direito alienígena se verificar em vários aspectos da Lei nº 8.884/1994, assim como na doutrina existente no país acerca do direito da concorrência, optamos por concentrar o objeto do nosso estudo na recepção, pelo legislador brasileiro, de um sistema de controle de atos de concentração econômica, nos moldes vigentes nos Estados Unidos e na Comunidade Européia. Também analisaremos as aclimações feitas em relação ao modelo importado e os problemas daí advindos, indicando as perspectivas e tendências no cenário mundial do direito da concorrência.

Contudo, antes de abordar o tema central deste trabalho, traçaremos um panorama da legislação brasileira de defesa da concorrência, desde os seus primórdios, indicando os fatores que favoreceram a absorção do direito alienígena a partir da globalização.

---

\*Advogada e Mestre em Ciências Jurídicas (PUC-Rio). E-mail: mariaizabel@pinheironeto.com.br.

## **2. Histórico do Direito da Concorrência no Brasil (1938-1994): cenário desfavorável à instituição de um sistema de proteção à livre concorrência nos moldes existentes nos EUA**

A primeira tentativa, no Brasil, de se disciplinar o mercado de forma a garantir a livre concorrência deu-se em plena *Era Vargas*, por meio do Decreto-Lei nº 839/1938, que dispunha sobre *Crimes Contra a Economia Popular*<sup>1</sup>. O Decreto-Lei em questão regulava as condições de concorrência através do direito penal, tendo sido redigido pelo jurista Nelson Hungria, que adotou, como inspiração, o Código Penal Argentino então vigente, além de outras referências como a jurisprudência norte-americana e o Código Penal alemão<sup>2</sup>.

Aquele Decreto-lei considerava crime contra a economia popular, de natureza inafiançável, todo fato que representasse um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um número indefinido de pessoas. Ali foram tipificadas condutas como a prática de cartel, a venda abaixo do custo, a destruição ou retenção de matéria-prima visando o aumento artificial de preços, entre outras condutas que visavam a dominação de mercados, e que hoje são denominadas “infrações à ordem econômica”<sup>3</sup>.

Na Constituição de 1946, a concorrência deixou de ser um apêndice da legislação de economia popular, ganhando *status* próprio. Nesse sentido, o art. 148 previu a regulamentação do assunto por lei específica, que deveria reprimir o “abuso do poder econômico”, que é uma das formas usuais de eliminação da concorrência, sendo também estabelecido, no artigo 157, que a ordem econômica estava subordinada ao princípio da “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”<sup>4</sup>.

Contudo, a regulamentação da matéria na ordem infraconstitucional levou dezesseis anos para ser implementada, o que se deu com a

---

<sup>1</sup> O assunto também foi tratado na Constituição de 1934, em seu art. 115, segundo o qual “a lei promoverá o fomento da economia popular”.

<sup>2</sup> HUNGRIA, 1939.

<sup>3</sup> O citado Decreto-lei foi aplicado uma única vez, em caso envolvendo a subsidiária brasileira de uma empresa americana de petróleo, acusada de impor cláusulas abusivas nos contratos firmados com os revendedores de gasolina, a qual, por despacho do próprio Presidente da República, foi obrigada a adaptar tais cláusulas aos ditames da lei de economia popular então vigente, embora nenhuma penalidade lhe tenha sido imposta.

<sup>4</sup> Confira os termos do art. 148, *in verbis*: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as reuniões ou grupamento de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por finalidade dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

promulgação da Lei nº 4.137, de 1962, que dispunha sobre a “repressão ao abuso do poder econômico”, sendo entre nós considerada a primeira Lei Antitruste Brasileira<sup>5</sup>.

Essa Lei instituiu a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que ainda é o principal órgão de defesa da concorrência em nosso país, estabeleceu as formas de abuso do poder econômico passíveis de punição, assim como a possibilidade de ser decretada judicialmente a intervenção na empresa visando a cessação da prática ilegal. Embora a Lei não estabelecesse sanções criminais, mas tão-somente penas de natureza pecuniária e administrativa, era evidente, não obstante, o seu caráter repressivo-punitivo.

Esse diploma legal, por outro lado, nada dispunha sobre a estrutura dos mercados, não prevendo qualquer espécie de controle de atos de concentração econômica, tais como fusões, incorporações, aquisições de ativos ou ações, os quais, sob o regime da Lei nº 4.137, não dependiam de qualquer autorização do órgão antitruste.

É importante notar que, durante todo o período de vigência da Lei nº 4.137, o cenário político-econômico predominante foi muito pouco favorável à difusão da cultura da concorrência entre nós, sobretudo diante da presença marcante do Estado na economia, seja através da exploração direta de atividades industriais por meio dos monopólios e da adoção de políticas protecionistas para fomentar a indústria nacional, seja ainda através de um rigoroso tabelamento e controle de preços para combater as crescentes taxas inflacionárias<sup>6</sup>. Evidentemente esse quadro conjuntural não se mostrou propício à propagação da livre concorrência entre nós, inviabilizando a efetiva implementação das regras contempladas na Lei nº 4.137<sup>7</sup>.

Sem bem jurídico a tutelar, a nossa primeira Lei Antitruste caiu no vazio e no esquecimento até a década de 1990<sup>8</sup>, quando teve início o

---

<sup>5</sup> O grande mentor do Projeto de Lei que resultou na Lei nº 4.137 foi o Deputado Agamenon Magalhães, político influente, que participou da Revolução de 1930, Ministro do Trabalho no período Vargas (1930-1945), e ainda Ministro da Justiça e interventor federal em Pernambuco.

<sup>6</sup> Ironicamente, no mesmo ano da edição da Lei nº 4.137, foi criada a Superintendência Nacional do Abastecimento-SUNAB, para atuar na fixação e controle de preços, por meio da Lei-Delegada nº 4, de 26.9.1962.

<sup>7</sup> O economista Roberto Campos, em artigo publicado na *Folha de S.Paulo*, em 10.8.1997, p. 4, comparou a credibilidade das autoridades antitrustes brasileiras à de Fidel Castro na luta pela democracia, ou à de um burocrata russo ensinando eficiência administrativa.

<sup>8</sup> Embora a livre concorrência tenha ganhado status de princípio constitucional, com a Carta de 1988 (art 1º, inciso IV, art. 170, inciso IV e art. 173, § 4º), pouca coisa mudou na esfera in-

processo de abertura da economia brasileira ao mercado internacional, impulsionado pelo fenômeno da globalização, período em que também ocorreram as primeiras privatizações. Todos esses fatores resultaram na estabilização dos preços e criaram um ambiente cada vez mais favorável à competição, exigindo a modernização do aparato legislativo de proteção à concorrência até então existente.

### **3. O novo marco regulatório - Lei nº 8.884/1994: atualização legislativa através da importação de modelos estrangeiros e o quadro receptor favorável em virtude da globalização**

O processo de inserção da economia brasileira no cenário mundial trouxe inúmeras mudanças de ordem econômica, como também político-institucional e jurídica. Isto se deu através da eliminação das barreiras alfandegárias, a flexibilização dos monopólios estatais, as privatizações, o crescente influxo de investimento externo, a estabilização da moeda e da inflação com o Plano Real, entre outras medidas, que acabaram gerando um ambiente propício à criação de um mercado competitivo, que passou a exigir, em contrapartida, uma legislação moderna capaz de proteger a livre concorrência e coibir abusos.

Quanto à motivação para a reforma da lei antitruste brasileira, o Deputado Federal Fábio Feldmann, no relatório apresentado quando da votação do Projeto de Lei nº 3.712/1993, cujo texto substitutivo deu origem à Lei nº 8.884/1994, afirmou que a nova legislação proposta era importante “não apenas em função da entrada em vigor do real” e por ser “peça fundamental para o sucesso do plano”, mas também porque colocaria “o País no Primeiro Mundo em termos de controle do abuso do poder econômico”<sup>9</sup>.

É importante salientar que tal fenômeno não ficou circunscrito ao Brasil. Todos os países que aderiram à globalização e ao correspondente receituário neoliberal, sobretudo as chamadas “economias emergentes”, promulgaram leis de proteção à concorrência, acenando-as como uma espécie de passaporte para o mundo globalizado.

Tanto é assim que, a partir de 1990, sessenta e cinco países, em seis continentes, passaram a ter leis dessa natureza<sup>10</sup>, entre eles o Brasil, com

---

fraconstitucional até o advento da Lei nº 8.884-1994, como, por exemplo, a criação, por meio da Lei nº 8.158-91, da Secretaria Nacional de Direito econômico–SNDE, cujas atribuições são hoje exercidas pela atual Secretaria de Direito Econômico–SDE, do Ministério da Justiça.

<sup>9</sup> *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 8 de Junho de 1994, p. 8.996.

<sup>10</sup> PITMAN, 1996, p. 95.

a promulgação da Lei nº 8.884, em 11 de junho de 1994, inspirada na experiência norte-americana, cuja primeira lei antitruste data de 1890, e no modelo institucional adotado pela Comunidade Européia.

#### **4. A recepção de um sistema de controle de atos de concentração: processo de importação legislativa, com aclimações, do modelo americano e comunitário europeu**

Certamente a mais significativa recepção pelo legislador brasileiro na última década, em matéria de direito da concorrência, deu-se com a instituição de um sistema de controle de atos de concentração econômica, nos moldes existentes nos Estados Unidos e na Comunidade Européia, controle este que tem por fim impedir a consumação de operações potencialmente lesivas à concorrência, sujeitando-as a um processo que pode culminar com a aprovação ou não desses atos<sup>11</sup>. É o que a doutrina denomina de controle das estruturas do mercado, que vem a ser uma das funções primordiais dos órgãos antitrustes modernos, ao lado da função repressiva, a qual já comentamos acima.

Para tanto, a Lei nº 8.884/1994 tornou obrigatória a aprovação, pelo CADE, de quaisquer atos, contratos e acordos “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, incluindo entre estes aqueles que visem qualquer forma de concentração econômica, como, por exemplo, fusões, incorporações, aquisição de participação societária ou de ativos, associações, entre outros. Tais atos, sujeitos à aprovação do órgão antitruste, são denominados na doutrina nacional de “atos de concentração”, sendo válidos e eficazes até o pronunciamento final do CADE, quando podem vir a perder sua eficácia, se considerados atentatórios à concorrência<sup>12</sup>.

Todavia, ao recepcionar o sistema de controle de atos de concentração vigente nos Estados Unidos e na Comunidade Européia, o legislador brasileiro fez questão de fazer algumas aclimações, sobretudo quanto (i) ao momento da submissão desses atos ao crivo do órgão

---

<sup>11</sup> Até a edição da Lei nº 8.884-1994, o CADE somente desempenhava funções de natureza repressiva, relacionadas à investigação e à punição de práticas comerciais consideradas prejudiciais à concorrência. A primeira tentativa de se atribuir ao CADE funções preventivas de controle das estruturas do mercado foi por intermédio da Lei nº 8.158-1991, mas tal tentativa não se mostrou exitosa na prática.

<sup>12</sup> Diz-se, neste particular, que a função do CADE é preventiva porque, ao negar aprovação ao ato, determinando a sua desconstituição, o CADE evita que uma infração à ordem econômica venha a se materializar ou se repetir no futuro, caso já tenha ocorrido.

antitruste; e (ii) à possibilidade desses atos serem válidos e eficazes até que venham a ser julgados pelo órgão antitruste.

Com efeito, o direito americano e comunitário europeu adotaram o sistema de notificação prévia de operações de concentração, as quais dependem da autorização do órgão antitruste para serem realizadas. De acordo com esse sistema, o ato é comunicado às autoridades antitruste tão logo o contrato seja firmado entre as partes, mas não é válido e nem produz efeitos até decisão favorável dos órgãos antitruste. Ou seja, as partes ficam obrigadas a aguardar o pronunciamento das autoridades para que possam implementar a operação, conservando cada qual a sua independência funcional e empresarial até que tal pronunciamento ocorra.

Já o Brasil adotou o sistema de notificação *a posteriori*, permitindo que o ato de concentração seja notificado após a sua efetiva consumação, sendo este válido e eficaz até decisão em contrário das autoridades antitruste.

Antevendo possíveis dificuldades na implementação de decisões desfavoráveis ao ato, o legislador brasileiro contemplou, na Lei nº 8.884/1994, meios de garantir o retorno das partes ao *status quo ante*, minimizando os riscos de irreversibilidade do ato, mediante a adoção de medida preventiva, pelo CADE ou SDE, suspendendo, em parte, os efeitos da operação assim que esta vier a se realizar (por exemplo, mediante a proibição de venda de ativos, demissão de funcionários, troca de segredos industriais, etc.). A Resolução CADE nº 28, de 24 de julho de 2002, criou mecanismo semelhante, qual seja, o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação–APRO, firmado entre o CADE e as partes envolvidas, com o mesmo fim.

Após dez anos de aplicação dessa Lei, esses mecanismos legais não nos parecem suficientes para solucionar os problemas inerentes ao sistema de notificação *a posteriori* adotado pelo Brasil, que dá ensejo a situações indesejáveis sob o ponto de vista da segurança jurídica. Tome-se, como exemplo, o recente caso Nestlé Garoto, que levou dois anos para ser julgado e, quando sobreveio a decisão do CADE determinando a venda dos ativos objeto da operação, a Nestlé já tinha incorporado todas as linhas de produção da Garoto, incluindo direitos de propriedade intelectual e segredos de indústria, tendo ainda assumido todos os seus funcionários, etc<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> PEREIRA, 2004.

Paralelamente, algumas investidas foram feitas pelo CADE visando antecipar o momento de apresentação dos atos de concentração, numa explícita tentativa de remediar a opção do legislador brasileiro pela notificação *a posteriori*.

A primeira delas foi editar uma Resolução CADE nº 6/1996, que tentava estimular as partes a optarem pela notificação prévia, dando prioridade na tramitação dos casos notificados dessa forma. Como essa resolução não surtiu efeito prático algum, o CADE editou nova resolução, a Resolução CADE nº 15/1998, desta vez fixando o início do prazo para notificação a partir do “primeiro documento vinculativo”, a menos que as relações de concorrência entre as partes, ou entre uma delas e terceiro, viessem a ser alteradas em momento diverso.

Como o conceito do termo “primeiro documento vinculativo” em momento algum foi esclarecido pelo CADE, as partes passaram a ser mais cautelosas e, a partir da simples assinatura de uma carta de intenções ou proposta, às vezes sem caráter vinculativo, apresentavam suas notificações ao escrutínio daquele órgão. Tudo isso para se evitar o risco do pagamento de elevadas multas que passaram a ser impostas pelo CADE, caso a notificação viesse a ser considerada “intempestiva”.

A Resolução nº 15/1998 foi, sem sombra de dúvida, uma tentativa do CADE de aderir ao modelo de notificação prévia existente nos Estados Unidos e na Comunidade Européia, embora a Lei nº 8.884/1994 tivesse adotado procedimento diverso. Evidentemente que essa tentativa de emendar a lei, via resolução, foi objeto de inúmeros questionamentos judiciais, que estão paulatinamente levando o CADE a rever sua posição.

## **5. Efeitos da recepção**

Foram positivos os efeitos da recepção de um sistema de controle dos atos de concentração à semelhança dos existentes nos Estados Unidos e na Comunidade Européia. Durante estes dez anos de vigência da Lei nº 8.884/1994, constatou-se uma gradual, porém constante, absorção das regras, princípios e conceitos importados do direito americano e comunitário europeu nesse particular, seja pelos órgãos aplicadores da lei antitruste que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência–SBDC, seja pelas pessoas físicas e jurídicas sujeitas ao SBDC, seja ainda pelos economistas e pela própria comunidade jurídica, cuja produção de artigos tem sido bastante fértil nessa área.

As próprias estatísticas do CADE revelam ter sido bem sucedida, na prática, a importação desse sistema, pois os dados indicam um número crescente de atos e operações submetidas a controle, ao longo dos últimos dez anos. Basta ter em mente que, em 1996, dois anos após a edição da Lei nº 8.884/1994, somente foram julgados 19 atos de concentração pelo CADE, elevando-se esta cifra vertiginosamente até o ano de 2001, quando foram julgadas 584 operações, conforme indicam os seguintes dados estatísticos<sup>14</sup>:

### **Atos de concentração julgados pelo CADE**

<b>1994</b>	<b>12</b>
<b>1995</b>	<b>8</b>
<b>1996</b>	<b>19</b>
<b>1997</b>	<b>46</b>
<b>1998</b>	<b>144</b>
<b>1999</b>	<b>Não disponível</b>
<b>2000</b>	<b>523</b>
<b>2001</b>	<b>584</b>
<b>2002</b>	<b>518</b>
<b>2003</b>	<b>526</b>

É natural, contudo, que o sistema ainda tenha que ser aprimorado, sobretudo se levarmos em conta o curto período de aplicação da Lei nº 8884/1994. Certamente uma das propostas de mudança mais festejadas tem por objetivo a adoção, entre nós, do sistema de notificação prévia existente no direito estrangeiro, estabelecendo-se um prazo-limite para a manifestação da autoridade antitruste, tal como já ocorre nos Estados Unidos e na Comunidade Européia. Já existem alguns projetos de lei propondo essa mudança, mas nenhum deles está em fase avançada de votação.

Outro problema que se constata é a ausência de uma jurisprudência padronizada a respeito de determinadas matérias reiteradamente submetidas à apreciação do SBDC, tal como já existe nos Estados Unidos desde o início do século XX e na Comunidade Européia desde a década passada, havendo conflito de decisões sobre um mesmo assunto, a depender da composição do CADE, num dado momento. Agrava esta

---

<sup>14</sup> Esses dados foram extraídos dos relatórios anuais publicados pelo CADE.

situação o curto período de mandato dos conselheiros (dois anos prorrogáveis por igual período), sendo os jurisdicionados surpreendidos, a cada renovação do Conselho, por mudanças súbitas de posicionamento, que criam um clima de insegurança jurídica entre os jurisdicionados.

Isso contribuiu para a má avaliação do CADE pela comunidade internacional, em 2001 e 2002, classificado em penúltimo e último lugar, respectivamente, no ranking mundial de autoridades antitruste<sup>15</sup>.

## ***6. Tendências no cenário mundial da legislação de defesa da concorrência***

Desde a última década, percebe-se uma forte tendência de se criar um direito universal da concorrência, seja por meio de um Código Antitruste Internacional, tal como proposto nas últimas reuniões da OMC, seja por meio da padronização das leis nacionais de defesa da concorrência, através de uma acordo multilateral, criando-se princípios mínimos a serem respeitados pelos países signatários<sup>16</sup>.

Considerando a existência de leis de defesa da concorrência em vigor em cerca de 80 países, e projetos em fase de elaboração em outras vinte jurisdições, que representam atualmente 86% do comércio internacional, é difícil supor que todos esses agentes políticos envolvidos chegarão a um consenso sobre a matéria, sobretudo se isso significar abrir mão de suas respectivas soberanias nacionais para sujeitar possíveis conflitos dessa natureza a órgãos multilaterais como a OMC<sup>17</sup>.

É por isso que o transplante de modelos legislativos alienígenas reconhecidamente eficazes, como o americano, que possui mais de um século de vigência, tem sido uma alternativa válida para muitos países que necessitam modernizar o seu sistema jurídico de defesa da concorrência. Esta foi a opção feita pelo Brasil, quando da promulgação da Lei nº 8.884/1994, com a ressalva de que, em nosso caso, foram mantidos vários institutos e conceitos preexistentes, havendo uma vontade política de preservação da experiência acumulada durante o período de 1962 a 1994, quando esteve vigente a Lei nº 4.137/1962<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Essa pesquisa foi realizada e publicada pela *Global Competition Review*, em sua edição de Julho de 2002, refletindo a avaliação de 25 agências antitruste.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, 2000.

<sup>17</sup> “Há leis de defesa da concorrência em vigor em cerca de 80 países, e em fase de elaboração em outras vinte jurisdições, representando um percentual de 86% do comércio mundial, sendo que 60% das peças legais foram aprovadas nos últimos dez anos.” OLIVEIRA, 2000.

<sup>18</sup> É clara, nesse sentido, a exposição de motivos da Lei nº 8.884-1994.

## 7. Referências bibliográficas

- CARVALHO, Nuno T.P. *As concentrações de empresa no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei nº 8.884/94*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE. *Revista do IBRAC*, vol. ° 4, nº 1.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. Disciplina jurídica do abuso do poder econômico. *Revista dos Tribunais*, 640, pp. 255-62, fev. 1989.
- HUNGRIA, Nelson. *Dos Crimes contra a Economia Popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939.
- MAGALHÃES, Agamenon. Abuso do poder econômico. *Revista Forense*, ago., 1949.
- OLIVEIRA, Gesner. Globalização da Defesa da Concorrência? *Folha de São Paulo*, 08 de julho de 2000.
- PEREIRA, Daniel. Decisão do CADE ainda divide opiniões. *Gazeta Mercantil*, 15 de março de 2004.
- PITMAN, Russel. Competition Policy in the United States. *Revista de Direito Econômico*, 24, p. 95, 1996, editada pelo CADE.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as Estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.