

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: EXPERIÊNCIA
HISTÓRICA, FUNDAMENTOS TEÓRICOS E AÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO FEDERAL

Gerson Luís Albrecht Anversa

Porto Alegre

2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: EXPERIÊNCIA
HISTÓRICA, FUNDAMENTOS TEÓRICOS E AÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO FEDERAL

Gerson Luís Albrecht Anversa

Orientador: Prof. Dr. Gentil Corazza

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, como quesito parcial para obtenção do grau de Mestre em Economia, modalidade Profissionalizante, com ênfase em Economia Aplicada.

Porto Alegre

2004

Aos meus pais

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Prof. Dr. Gentil Corazza, por sua dedicação na atividade de orientação da dissertação. Agradeço, também, aos professores do curso de Mestrado em Economia, pelo empenho demonstrado na arte de lecionar, e às servidoras, bolsistas e estagiárias da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Economia, pelo prestativo apoio.

Agradeço, também, ao professor Luiz Dario Teixeira Ribeiro, pela indicação da literatura e pelo empréstimo dos livros que os economistas deveriam ler.

Ofereço meus agradecimentos a Dna. Naila e às professoras Daline e Renata, pela dedicação no trabalho de revisão da monografia.

Sou grato, também, à instituição Ministério Público Federal (MPF), que financiou parcialmente o meu curso de mestrado por intermédio do Programa Permanente de Treinamento e Desenvolvimento dos Servidores da Carreira de Apoio Técnico-Administrativo – Subprograma de Pós-Graduação. Também agradeço à chefia da Procuradoria Regional da República da 4ª Região - PRR4, Casa do MPF em que exerço as minhas atividades profissionais, nos nomes dos Procuradores Regionais da República, Dr. Luiz Alberto D’Azevedo Aurvalle e Dra. Maria Hilda Marsiaj Pinto, e do Secretário Regional, Sr. Luiz Alberto Perrone; às servidoras e aos servidores do Núcleo de Interesses Difusos, da Biblioteca e da Divisão de Informática da PRR4; ao colega Walter, pelas valiosas sugestões; aos demais membros e servidores que, de forma desprendida, me auxiliaram no estudo do tema antitruste e na elaboração do trabalho (possíveis erros não lhes são imputáveis).

Por fim, agradeço a Adiles e a todos aqueles que permitiram me apropriar de um tempo que não era só meu para que esta dissertação fosse concluída.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO.....	11
1 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE CONCENTRAÇÃO, A CIÊNCIA ECONÔMICA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA	16
1.1 UMA VISÃO HISTÓRICA DA CONCENTRAÇÃO DA ECONOMIA E DOS MERCADOS NO CAPITALISMO	16
1.2 A CIÊNCIA ECONÔMICA E A PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA (OU A ECONOMIA POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA).....	23
2 A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA E A SITUAÇÃO ATUAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS CENTROS CAPITALISTAS: ESTADOS UNIDOS, EUROPA E JAPÃO	32
2.1 ESTADOS UNIDOS.....	33
2.1.1 Histórico da defesa da concorrência nos Estados Unidos.....	33
2.1.2 O sistema de defesa da concorrência norte-americano	38
2.2 EUROPA: A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA COMUNIDADE EUROPÉIA..	44
2.2.1 Histórico da Defesa da Concorrência na Comunidade Européia.....	44
2.2.2 A defesa da concorrência na Comunidade Européia.....	46
2.3 JAPÃO.....	53
2.3.1 Histórico da defesa da concorrência no Japão.....	53
2.3.2 O sistema japonês de defesa da concorrência.....	60

3 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: HISTÓRIA, LEGISLAÇÃO E INSTITUIÇÕES	62
3.1 HISTÓRICO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	62
3.2 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL NA ATUALIDADE	71
3.2.1 As disposições da Lei nº 8.884/94.....	71
3.2.2 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.....	79
4 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL	85
4.1 AS INSTITUIÇÕES: MINISTÉRIO PÚBLICO, MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.....	85
4.1.1 O Ministério Público.....	85
4.1.2 O Ministério Público da União	87
4.1.3 O Ministério Público Federal.....	90
4.2 A AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	92
4.2.1 O Ministério Público Federal junto ao CADE e à SDE.....	94
4.2.2 Outras ações do Ministério Público em defesa da concorrência	97
4.2.3 O Ministério Público Federal e a defesa da concorrência e da ordem econômica: alguns casos concretos.....	102
4.2.3.1 Ação civil pública – distribuidoras de GLP.....	103
4.2.3.2 Ações civis públicas – postos de combustíveis	106
4.2.3.3 Ações civis públicas – distribuidoras de combustíveis.....	109
4.2.3.4 Ações – fusão de empresas aéreas	113
4.2.3.5 Ação civil pública – “cegonheiros”	116
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS	130
LEGISLAÇÃO	136

RESUMO

A política de defesa da concorrência tem evoluído como resposta ao processo histórico de concentração econômica e nas estruturas de mercado que ocorre no capitalismo. No Brasil, a evolução da política antitruste seguiu o aprofundamento das relações capitalistas e, também, o avanço da construção da democracia.

O Ministério Público, em sua atual feição, também é fruto da construção da democracia no Brasil, cabendo-lhe o zelo pelo patrimônio público (no qual se insere o mercado interno do país), pela ordem econômica e pela livre concorrência. A presente dissertação trata da análise da política de defesa da concorrência no que concerne a sua história, à sua atual situação e à ação do Ministério Público Federal no zelo por sua aplicação.

Assim, esse trabalho busca o entendimento do fenômeno histórico de concentração econômica no capitalismo, a compreensão da percepção teórica das principais escolas das Ciências Econômicas a respeito da concentração econômica e da defesa da concorrência, o estudo da evolução histórica e da situação atual da política de defesa da concorrência nos principais centros capitalistas mundiais (Estados Unidos, União Européia e Japão) e no Brasil no que concerne à legislação e às agências antitruste; a análise das possibilidades de ação judicial e extrajudicial do Ministério Público Federal para a defesa da concorrência dentro de suas atribuições constitucionais e legais, a análise da atuação efetiva do Ministério Público Federal na defesa da concorrência, consubstanciada em estudos de caso.

Concluiu-se nesse estudo que a política brasileira de defesa da concorrência caracteriza-se pelo caráter instrumental, aproximando-se da européia, mas também adota conceitos oriundos da doutrina norte-americana. A política de defesa da concorrência pode se vincular à implantação de políticas públicas voltadas à consecução de objetivos eleitos pela sociedade – indo além da coibição às formas

deletérias de concentração e às práticas colusivas e cartelizantes e do incentivo à competitividade, à eficiência e à inovação. O Ministério Público Federal dispõe de amplos poderes de ação para a consecução de sua missão de zelar pela livre concorrência, o que é feito de forma efetiva.

ABSTRACT

The current dissertation deals with the analysis of the competition policy in reference to its history, its present situation and the action of the Federal Public Prosecution Service in the zeal of its application.

The competition policy has evolved in response to the historic process of economic concentration and, in market structures in which capitalism occurs. In Brazil, the evolution of the antitrust policy followed the deepness of capitalist relationships, and also, the advancement of the democracy.

The Federal Public Prosecution Service, in its current aspects, is also the result of the construction of the democracy in Brazil. It must be the one to watch over the public patrimony (in which the internal market is inserted), the economic order and the free competition.

Thus, this paper seeks after: 1) the understanding of the historic phenomena of economic concentration in the capitalism; 2) the understanding of the theoretical perception of the main colleges of Economic Science regarding to the economic concentration and the defense of competition policy; 3) the study of the historic evolution and the current situation of competition policy in the main worldwide capitalists centers (The United States of America, The European Union and Japan) and in Brazil concerning their legislation and antitrust agencies; 4) the analysis of the possibilities of lawsuit for the Federal Public Prosecution Service to the defense of competition in its constitutional and legal attributions; and 5) the analysis of the effective performance of the Federal Public Prosecution Service in the defense of competition consolidated in case studies.

The present study concluded that: 1) the Brazilian competition policy is characterized by its instrumental character, being similar to the European one, but it also adopts concepts which came from the North American doctrine; 2) competition

policy can be linked to the implantation of public policies which are related to the obtainment of objectives elected by the society – going beyond the obstruction of the harmful forms of concentration and to cartel practices, and to the incentive to the competitiveness, efficiency and, innovation; 3) the Federal Public Prosecution Service disposes of wide powers of action to obtain its mission of watching over the free competition, what has been doing in an effective way.

INTRODUÇÃO

A política de defesa da concorrência evolui e se aprofunda mundialmente a partir da aceleração do processo de concentração econômica e dos mercados a partir da eclosão da Segunda Revolução Industrial na segunda metade do século XIX. Nessa ocasião o capitalismo se mostrou um modo-de-produção amadurecido. É possível afirmar que a construção da política antitruste surge e se consolida como resposta à tendência, que parece ser imanente ao capitalismo, à concentração econômica e, conseqüentemente, ao risco de concentração de poder político nas mãos de poucos indivíduos ou grupos sociais. Isto contradiz os mais profundos valores democráticos e pode ameaçar a própria democracia nos países onde a mesma vigora.

O presente trabalho objetiva descrever e analisar o histórico e a situação atual da defesa da concorrência no Brasil e a ação do Ministério Público Federal na política de defesa da concorrência nacional. Aqui a preocupação com a formulação de uma política de defesa da concorrência se manifestou historicamente a partir da internalização e do aprofundamento das relações capitalistas no país em meados do século XX.

O interesse na constituição de uma política de defesa da concorrência no Brasil desenvolve-se na mesma época a partir da preocupação, por parte do grupo dirigente do país, com a construção de uma economia nacional que se caracterizasse pela internalização da dinâmica de suas forças impulsionadoras. Posteriormente, a progressiva construção dos valores democráticos e da própria democracia no país, por parte das forças sociais e políticas organizadas, refletiu no desenvolvimento da construção da política de defesa da concorrência brasileira.

A política de defesa da concorrência brasileira está atualmente materializada na Constituição Federal de 1988, na legislação antitruste – principalmente na Lei Antitruste Nacional (Lei nº 8.884/94) – e nos órgãos de defesa da concorrência. A edificação da atual feição do Ministério Público – e de um de seus constituintes, o Ministério Público Federal – também é fruto do desenvolvimento das forças

democráticas e da própria construção da democracia no Brasil, consubstanciadas, em termos legais, na Constituição Federal de 1988.

O Ministério Público é definido na Carta Magna como sendo uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93) preceitua que o Ministério Público tem a função de proteger a ordem jurídica, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis, zelar pela observância dos preceitos constitucionais, inclusive os referentes à atividade econômica e à livre concorrência, e promover as ações necessárias para a proteção da ordem econômica e financeira e do patrimônio público do país, do qual faz parte o mercado interno nacional. A Lei Antitruste brasileira também faz menção à atuação do Ministério Público Federal na defesa da concorrência. Assim, pressupõe-se que ao Ministério Público Federal também cabe zelar pela defesa da concorrência no país.

Para a consecução desse propósito, esse estudo busca, inicialmente, a articulação do entendimento do surgimento e do desenvolvimento da defesa da concorrência com a percepção de que o aprofundamento do capitalismo ocorre com a concentração da economia e dos mercados. A tendência à concentração econômica leva à formação de monopólios e oligopólios como formas concentradas de organização industrial, o que pode favorecer a formação de cartéis ou outras formas deletérias de acordos entre as empresas ou, ainda, levar ao abuso de poder econômico ou de posição dominante no mercado.

Para melhor compreensão, se abordará a argumentação teórica das principais escolas das Ciências Econômicas a respeito da defesa da concorrência. Deste modo, descreve-se o contexto econômico e histórico do surgimento e desenvolvimento dos órgãos de defesa da concorrência, dentro da perspectiva da articulação entre seu surgimento e desenvolvimento e o processo de aprofundamento do modo de produção capitalista, que tende à progressiva concentração da economia e à oligopolização dos mercados.

Além disso, discute-se o referencial teórico que fundamenta a importância da existência e dos limites de ação dos órgãos de proteção da concorrência para o bom funcionamento do sistema econômico, com a promoção de estímulos concorrenciais nos mercados e o aumento da eficiência produtiva, alocativa, distributiva e tecnológica.

Em seguida, busca-se o estudo sobre a evolução histórica e a situação presente da política de defesa da concorrência – legislação e instituições de defesa da concorrência – nos principais centros capitalistas mundiais. Ou seja, discorre-se sobre a experiência histórica do surgimento e desenvolvimento da legislação antitruste e dos órgãos de defesa da concorrência nos principais centros econômicos e políticos mundiais: Estados Unidos, União Européia e Japão.

Após o estudo da política antitruste nos principais centros econômicos e políticos mundiais, faz-se a análise do surgimento e desenvolvimento da legislação de defesa da concorrência brasileira até a atual versão da Lei Antitruste nacional e dos órgãos administrativos de defesa da concorrência no Brasil, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Finalmente, as possibilidades de ação e da atuação efetiva do Ministério Público Federal na defesa da concorrência e na proteção da ordem econômica no Brasil são analisadas dentro da perspectiva do órgão ministerial como instituição responsável pela defesa da sociedade no que concerne aos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, além das suas atribuições e responsabilidades no que concerne à defesa dos direitos do consumidor, da ordem econômica e da economia popular – responsabilidades e atribuições conferidas pela Constituição Federal, pela Lei Orgânica do Ministério Público da União e pela Lei Antitruste. O exame das possibilidades de atuação do Ministério Público Federal na defesa da concorrência desenvolve-se através do estudo de seus instrumentos de ação judiciais, extrajudiciais e políticos. A análise da ação efetiva do órgão ministerial na defesa da concorrência e na proteção da ordem econômica, por sua vez, se dá por meio do estudo de alguns casos em que o órgão ministerial atuou.

O estudo da História Econômica revela a tendência do modo de produção capitalista em tornar-se mais concentrado à medida que aprofunda seu desenvolvimento. A História Econômica também nos mostra como as diferentes sociedades se orientaram face ao processo de concentração econômica promovido pela generalização e aprofundamento do modo de produção capitalista nos diferentes países capitalistas, sobretudo nos mais avançados.

O estudo das Ciências Econômicas mostra os fundamentos teóricos sobre a concorrência, a viabilidade e oportunidade de sua defesa e a eficiência econômica. Assim como, os casos em que a concentração econômica pode ser benéfica por

motivos de economia de escala e de escopo ou de busca de eficiência produtiva, técnica ou organizacional. Cabe, pois, à sociedade organizada, através dos órgãos públicos, encontrar caminhos para a promoção da concorrência e discernir as formas benéficas das deletérias de concentração, de modo a permitir a existência regulamentada de algumas formas de concentração enquanto desestimula a formação de outras.

O Direito é fértil em referências bibliográficas a respeito do tema proposto, desde o histórico do desenvolvimento das leis e instituições de defesa da concorrência no Brasil e no mundo até a caracterização dos aparatos legais e jurídicos disponíveis para a ação antitruste dos órgãos de defesa da concorrência e do Ministério Público Federal. Há, também, a legislação pertinente ao tema, fonte primária de estudo (principalmente a legislação de defesa da concorrência brasileira), além da referente às questões processuais judiciais.

Portanto, inclui-se nesse trabalho uma análise que articula a evolução histórica do capitalismo, os fundamentos da teoria econômica e o embasamento da doutrina jurídica para descrever a evolução da defesa da concorrência no Brasil, contextualizada e examinada à luz do que ocorreu em outros países; e um exame da ação e das possibilidades de atuação do Ministério Público Federal no que refere à defesa da concorrência.

O trabalho está desenvolvido em quatro capítulos além da presente introdução e conclusão. A metodologia de pesquisa consiste na revisão bibliográfica nas áreas de História Econômica, Ciências Econômicas e Direito, além da análise de casos de ações promovidas pelo Ministério Público Federal.

O primeiro capítulo versa sobre os aspectos histórico-econômicos da evolução do capitalismo e de sua tendência à progressiva concentração econômica e à oligopolização das estruturas de mercado. Trata, também, dos referenciais teóricos das Ciências Econômicas acerca das vantagens da concorrência, dos incentivos concorrenciais e das situações aceitáveis de concentração econômica.

O segundo capítulo aborda a experiência histórica da defesa da concorrência no mundo, isto é, aborda a evolução da legislação e das instituições de defesa da concorrência nos principais centros capitalistas. Para esse fim, toma-se como referencial os Estados Unidos da América, o Japão e a União Européia.

O terceiro capítulo versa sobre a experiência histórica da política de defesa da concorrência no Brasil. Neste capítulo, estuda-se a evolução e da situação atual da legislação e dos órgãos administrativos de defesa da concorrência brasileiros.

Finalmente, no quarto capítulo são tratadas as questões referentes ao papel do Ministério Público Federal na defesa da concorrência a partir do preceito constitucional de que cabe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e dos princípios constitucionais relativos à ordem econômica. Logo, analisa-se a constituição orgânica do Ministério Público Federal, as suas possibilidades de ação judicial e extrajudicial na defesa da concorrência e a sua efetiva atuação em termos de ação em prol da defesa da concorrência e da segurança da ordem econômica por meio da descrição de alguns casos concretos.

Por fim, por conveniência, se lança mão de diversas denominações para fazer menção à defesa da concorrência no presente trabalho, como proteção à concorrência, política antitruste, ação antitruste ou, simplesmente, antitruste. Embora muitos autores salientem as diferenças de significado entre estes termos, neste estudo e para os fins nele propostos, essas denominações são utilizadas e consideradas intercambiáveis. Contudo, é reconhecido que os diferentes termos mencionados (e outros que porventura venham a ser empregados) podem ter significados e abrangências distintos.

1 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE CONCENTRAÇÃO, A CIÊNCIA ECONÔMICA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O presente capítulo tem dois objetivos básicos: o primeiro consiste em fazer uma breve análise histórica da evolução do processo de concentração econômica e dos principais mercados – formação dos oligopólios – no sistema capitalista a partir da consolidação desse modo-de-produção, que começou a ocorrer com a ampliação da industrialização pesada em meados do século XIX; e o segundo, é discorrer acerca do debate teórico referente à política de defesa da concorrência (ou política antitruste) dentro da Ciência Econômica, isto é, no que consiste (ou deveria consistir) a ação antitruste segundo as diferentes concepções econômicas que abordam o tema.

O capítulo 1 foi estruturado em duas seções. A primeira contém a análise histórica do processo de concentração econômica e a segunda, um estudo sobre a percepção teórica acerca do fenômeno da concentração, das características da política de defesa da concorrência e dos objetivos a serem perseguidos por ela.

1.1 UMA VISÃO HISTÓRICA DA CONCENTRAÇÃO DA ECONOMIA E DOS MERCADOS NO CAPITALISMO

Por sua própria natureza, a economia capitalista tende à concentração em grandes empresas. Do ponto de vista histórico, o processo de concentração econômica acentuou-se com a implantação da indústria pesada durante a Segunda Revolução Industrial no final do século XIX. A consolidação do sistema capitalista ocorre com a Segunda Revolução Industrial, quando o capitalismo atingiu maturidade, incorporando e manifestando, de forma plena, todas as suas características e expandindo-se para todas as partes do mundo.

A Segunda Revolução Industrial eclodiu a partir da segunda metade do século XIX. Ela consistiu em um novo conjunto de inovações técnicas e gerenciais que alterou profundamente a organização e a estrutura do sistema econômico capitalista, ampliando a área central da economia além da Inglaterra (berço da Primeira

Revolução Industrial) para outros países como Bélgica, França, Alemanha, Estados Unidos e Japão, entre outros. A dinâmica da economia passou para produção de bens de capital, intermediários e de consumo durável, como, por exemplo, a siderurgia do aço, a indústria química (anilinas, ácidos, tecidos sintéticos, corantes, explosivos, essências) e a automobilística, diferentemente da Primeira Revolução Industrial caracterizada pela indústria têxtil (bens de consumo não duráveis).

Novas fontes de energia foram disponibilizadas: os combustíveis derivados do petróleo (como a gasolina e o óleo diesel para os motores de combustão interna ou à explosão) e a eletricidade progressivamente juntaram-se ao carvão (para as máquinas a vapor), principal fonte de energia da Primeira Revolução Industrial.

Os meios de comunicação também melhoraram, com o desenvolvimento do transporte ferroviário e da telegrafia, que surgiram um pouco antes, e com a invenção do telefone, do automóvel e do avião, entre outras criações. Estas inovações contribuíram para a ocorrência de uma nova fase de mundialização do capitalismo.

Outra característica marcante da Segunda Revolução Industrial foi a estreita associação entre a ciência e a produção. As inovações também ocorreram nos métodos de organização produtiva e gerencial, com a implantação da "administração científica" de F. W. Taylor e da linha de montagem de H. Ford. Nesse período desenvolveu-se, também, o mercado de bens de consumo (mercado de consumo de massa), o setor terciário da economia teve considerável crescimento, absoluto e relativo, e houve a crescente convergência entre política e economia (ou seja, aumentou cada vez mais o papel do governo e do setor público nas atividades econômicas).¹

As importantes invenções da Primeira Revolução Industrial tinham surgido do trabalho de técnicos hábeis, criativos e inventivos. Na Segunda Revolução Industrial, houve considerável aprofundamento na relação entre o conhecimento e o aparato produtivo. Parte expressiva das inovações ocorridas era fruto da pesquisa científica e tecnológica em laboratórios e centros científicos. A ciência estava a serviço da geração de lucros e da acumulação de capital com uma intensidade muito maior a partir de então.

¹ HOBBSAWM, Eric J. **A Era dos Impérios: 1875-1914**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 82-83.

No bojo da Segunda Revolução Industrial ocorreu também importante mudança na composição orgânica do capital², principalmente na manufatura, mas também no comércio e nos bancos. Singer identifica a tendência ao aumento da composição orgânica do capital no processo de industrialização.

A indústria se caracteriza pelo uso de forças artificiais, geradas e controladas por operadores humanos. Quanto mais ela desenvolve as forças produtivas, tanto mais ela emprega sistemas mecânicos, posteriormente elétricos, eletrônicos, químicos para substituir o uso da força de trabalho. Marx detectou esta tendência e formulou a teoria do *aumento da composição orgânica do capital* [...] o progresso tecnológico exige o emprego crescente de 'trabalho morto', incorporado ao capital fixo (equipamentos) e insumos, em relação ao emprego de 'trabalho vivo', representado pela compra de trabalho assalariado (aspas e itálico no original).³

A introdução de novas técnicas e a alteração da dinâmica da produção para novos setores produtivos demandavam investimentos de implantação de grande monta e de longo tempo de maturação em grandes plantas industriais com equipamentos mais complexos e maiores "encargos fixos"⁴. Essa situação demandava a ampliação da participação do capital bancário junto ao setor industrial – o desenvolvimento do capital financeiro a partir da conjugação dos capitais industrial e bancário. Aí está outra importante característica do período: o processo de sofisticação da organização corporativa levando à formação de organizações corporativas organicamente mais complexas.

Em alguns ramos dinâmicos da indústria na Segunda Revolução Industrial, como a siderurgia e a química, a viabilidade econômica da atividade só verificava-se em grande escala, mas o processo de concentração industrial ocorreu na época de forma generalizada nos diferentes setores da economia.

² Composição orgânica do capital: é a relação entre o valor do capital constante (parte do capital que apenas transfere seu valor para as mercadorias que estão sendo produzidas, não criando mais-valia – excedente de trabalho não pago – e que, em termos materiais, é composto pelos meios de produção - máquinas, equipamentos, edificações, matérias-primas) e o valor do capital variável (parte do capital que gera mais-valia e que, em termos materiais, compõe-se da força de trabalho humana). No capitalismo, há a tendência de maior aumento da utilização do capital constante em relação ao capital variável e, por conseguinte, da elevação da composição orgânica do capital, traduzindo-se em maior uso de máquinas e utensílios, maior consumo de matérias-primas e menor uso, em termos relativos, de mão-de-obra.

³ SINGER, Paul. Um Histórico da Globalização. **Revista da SEP**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 35-86, 1997, p. 38.

⁴ HEILBRONER, Robert L. **A Formação da Sociedade Econômica**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 153-154.

A produção em grande escala em grandes unidades industriais reduzia os custos unitários de produção com os ganhos de escalas das grandes plantas. Este fenômeno causou a progressiva concentração dos capitais e dos mercados com a eliminação das empresas menores pela concorrência em prol das maiores. Na literatura marxista, o fenômeno da concentração econômica no capitalismo se desdobra em processos de "concentração de capital" e de "centralização de capital".

[...] a emergência de grandes empresas tornou o processo de ajustamento mediante a livre concorrência excessivamente oneroso. Esta mudança pode ser iluminada mediante a distinção conceitual, proposta por Marx, entre 'concentração de capital' e 'centralização de capital'. Ambas referem-se ao crescimento da empresa, mas assinalam causas distintas. A concentração do capital é o crescimento do tamanho da empresa mediante a reinversão do lucro, em virtude da indivisibilidade do capital fixo e do seu contínuo aumento, em função do progresso técnico. A centralização do capital resulta do aumento do tamanho da empresa pela absorção de capitais mais débeis por outros mais fortes ou a fusão de empresas, tendo em vista reduzir a competição (aspas no original).⁵

O processo de concentração do capital deve ser atribuído primordialmente ao avanço tecnológico que aumentou os custos fixos, exigindo um maior volume de produção, de tamanho de planta e ganhos de escala, para concretizar os ganhos de produtividade oriundos da crescente mecanização e divisão do trabalho. Já o processo de centralização do capital é produto da concorrência entre os capitais individuais, que se torna degoladora quando a economia entra em crise. A contração dos mercados impõe perdas a todos, mas a capacidade de suportar as perdas difere de empresa para empresa. As mais fracas sucumbem, fecham (permitindo que outras ocupem seu lugar no mercado) ou são adquiridas por concorrentes mais fortes. De todos os modos, ao fim do processo o número de capitais individuais em cada mercado é substancialmente menor do que antes da crise, o que tende a mudar o caráter da competição entre eles.⁶

Salgado identifica a origem do processo de concentração e centralização do capital característico da Segunda Revolução Industrial no aprofundamento das mudanças tecnológicas, no aumento das plantas dos setores dinâmicos do período (fatores estruturais) e, também, no comportamento defensivo dos empresários frente aos aspectos perversos da concorrência.

⁵ SINGER, 1997, p. 55.

⁶ Ibidem, p. 55.

O processo de concentração e centralização de capital que caracterizou essa segunda fase do capitalismo originou-se não só dos requisitos de capital próprios ao aprofundamento das mudanças tecnológicas e ao tamanho de planta típico dos setores dinâmicos no período, como, também, do comportamento defensivo dos empresários, defrontados com os aspectos perversos, porque destrutivos, da concorrência [...] o resultado foi um intenso processo de concentração e centralização de capital – com a formação de grandes conglomerados –, seguido por formas de organização de mercados onde era menor o papel da concorrência – pelo menos na sua forma tradicional, via preços – e maior o das associações de interesses e das práticas de caráter restritivo.⁷

É perceptível que o fenômeno da concentração acabou pondo em xeque a própria concorrência via mecanismo de preços em vários mercados, embora o fenômeno faça parte da intensificação do fenômeno da concorrência em sentido amplo (isto é, houve uma mudança na natureza da concorrência). Houve, assim, uma nova forma de regulamentação dos mercados enquanto que na Primeira Revolução Industrial os mercados se caracterizavam, de modo geral, pela livre concorrência (no sentido da existência de inúmeros ofertantes que não dispunham de poder para, isoladamente, determinar o preço dos bens, sendo assim tomadores de preços).

A partir da Segunda Revolução Industrial, a maioria dos mercados não mais se caracterizava como concorrencial no sentido da atomicidade do número de componentes do mercado. Compunha-se, sim, de poucas firmas de grande porte que tinham condições de controlar a oferta e estabelecer os preços. Poderiam concorrer entre si, mas a disputa entre "gigantes" tornara a natureza da concorrência, além de mais extensa, mais cara.⁸

O aumento da escala da empresa e a concentração da produção, dos meios de produção e dos mercados (além do aumento da base geográfica da economia, de sua maior pluralidade, da importância da ciência e da tecnologia e do desenvolvimento do mercado de consumo de massa) também foram identificados por Hobsbawm⁹.

A última grande mudança foi o aumento na *escala* da empresa econômica, a concentração da produção e da propriedade, o surgimento de uma economia composta de um punhado de rochas -

⁷ SALGADO, Lúcia Helena. **As Políticas de Concorrência (ou Antitruste):** Um Panorama da Experiência Mundial e sua Atualidade para o Brasil. Brasília: IPEA, 1992, p. 2.

⁸ HEILBRONER, 1987, p.154.

⁹ HOBBSAWM, 1988, p. 79-85. HOBBSAWM, Eric J. Hobsbawm. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 160-165.

trustes, monopólios e oligopólios -, em lugar de um grande número de calhaus. Karl Marx fizera dessa tendência uma das pedras angulares de sua análise econômica. Na Alemanha e nos Estados Unidos, o processo manifestou-se claramente já na década de 1880. Os economistas de todas as tendências políticas o viam com maus olhos. Como conflitava com o ideal de uma economia empresarial em regime de concorrência, era forçoso, julgavam, que o processo não só fosse socialmente inconveniente [...] como também economicamente retrógrado. Contudo, todas as razões levam a crer que as 'grandes empresas' fossem de fato *melhores* do que as pequenas, pelo menos a longo prazo: mais dinâmicas, mais eficientes, mais aptas a enfrentar as tarefas do desenvolvimento, cada vez mais complexas e dispendiosas. O problema verdadeiro não estava no fato de serem grandes, e sim em serem anti-sociais. (itálico e aspas no original).¹⁰

A fase do capitalismo assim transformado foi denominada, por alguns cientistas sociais, de etapa monopolista, financeira ou imperialista desse modo-de-produção. Nessa fase, as grandes corporações conduziam progressivamente a dinâmica do sistema.

A conformação concentrada das estruturas industriais como uma tendência oriunda das características imanentes do sistema econômico capitalista a partir da Segunda Revolução Industrial (tendência à oligopolização dos mercados) levou também à possibilidade concreta da limitação da concorrência via exercício do poder de mercado de firmas dominantes ou por acordos entre os grandes agentes econômicos empresariais, com ou sem o incentivo governamental. O controle do mercado e a eliminação de concorrentes podiam se dar pelo crescimento interno espontâneo das firmas e por seus ganhos de eficiência e produtividade ou por formas prejudiciais – por meio de acordos entre grandes conglomerados que reduzissem o grau de concorrência e a eficiência econômica.

Assim, a progressiva concentração oligopólica estimulava a formação de tipos de acordos ou de conglomerações que podiam ter como objetivo propiciar o controle dos mercados, de modo a limitar a concorrência em detrimento de consumidores, de

¹⁰ HOBBSAWM, 2003, p. 164-165.

outros agentes econômicos ou da própria eficiência econômica, como fusões, trustes, cartéis, *pools e holdings*.¹¹

Até a metade do século XX, por exemplo, a formação de cartéis era estimulada pelo governo na Alemanha, principalmente nas indústrias estratégicas ou voltadas para fins militares, como os cartéis do aço (dominado pelos grupos Thyssen e Krupp), do carvão e da hulha (sob o controle do Sindicato do Carvão do Reno e da Vestfália) e da indústria elétrica (com a AEG e a Siemens). Na mesma época, na França, a siderurgia era controlada pelo grupo Schneider através do cartel denominado *Comité des Forges*. Nos Estados Unidos, os casos mais famosos de concentração envolviam a indústria petrolífera (Standard Oil Company do grupo Rockefeller), o aço (United States Steel Corporation do grupo Carnegie), o sistema bancário (Morgan e Rockefeller) e o sistema de ferrovias (Vanderbilt). Os grandes grupos exerciam, comumente, forte poder de pressão política junto aos governos dos países onde operavam.

O processo de concentração econômica prosseguiu no decorrer do século XX, constituindo-se em característica imanente ao sistema capitalista amadurecido, com fases de maior intensificação da concentração, como no período de quarto de

¹¹ Fusão: ato por meio do qual dois ou mais agentes econômicos independentes formam um novo agente econômico, deixando de existir como entidades jurídicas distintas. A fusão pode ser horizontal (de empresas que produzem bens similares no mercado) ou vertical (de empresas que produzem produtos que pertencem a diferentes etapas do processo produtivo). Truste: tipo de estrutura empresarial na qual várias empresas, já detendo a maior parte de um mercado, combinam-se ou fundem-se para assegurar esse controle, estabelecendo preços elevados que lhes garantam elevadas margens de lucro. Cartel: grupo de empresas independentes que formalizam um acordo para sua atuação coordenada, com vistas a interesses comuns. O tipo mais freqüente de cartel é o de empresas que produzem artigos semelhantes, de forma a constituir um monopólio de mercado. Os objetivos mais comuns dos cartéis são: controle do nível de produção e das condições de venda; fixação e controle de preços; controle das fontes de matéria-prima; fixação de margens de lucro e divisão de territórios de operação. As empresas que formam um cartel mantêm sua independência e individualidade, mas devem respeitar as regras aceitas pelo grupo, como a divisão dos mercados e a manutenção dos preços combinados. Forgioni os define como acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam neutralizar a concorrência entre elas (FORGIONI, Paula. A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 326). *Pool*: reunião temporária de duas ou mais empresas com fins especulativos, normalmente com caráter de manipulação de preços. *Holding*: designação de empresa que mantém o controle de outras empresas mediante a posse majoritária de ações destas. Em geral a *holding* não produz nenhuma mercadoria ou serviços específicos, destinando-se apenas a centralizar e realizar o trabalho de controle sobre um conjunto de empresas geralmente denominadas subsidiárias. Nesse caso, ela é denominada *pure holding company* ou "*holding pura*". A empresa que, além de operar, isto é, produzir bens e serviços, também controla subsidiárias é denominada *holding operating company*, isto é, "empresa *holding* operadora". Essa forma de organização empresarial, um dos estágios mais avançados da concentração de capital, permite a uma *holding* controlar um capital muito maior que o seu (SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: best Seller, 2000, p. 285).

século que se sucedeu à Segunda Guerra Mundial – caracterizado pela grande expansão das transnacionais (ou multinacionais) e pelo grande crescimento econômico dos principais países capitalistas, sobretudo Alemanha, Japão e Itália; período conhecido como "Idade Dourada". A década de 1990 também foi marcada por um aprofundamento do processo de globalização (ou mundialização) econômica sob a dominância do capital financeiro internacionalizado.

1.2 A CIÊNCIA ECONÔMICA E A PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA (OU A ECONOMIA POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA)

A política de proteção à concorrência (ou política antitruste) visa a preservação do interesse público diante dos males causados pelo exercício abusivo de poder de mercado e de poder econômico pelas grandes corporações. Visa também, por conseguinte, o bem-estar e o desenvolvimento econômico das sociedades. Esses alvos podem ser obtidos através da elevação da eficiência do sistema econômico. Tal eficiência é promovida por estímulos de caráter competitivo ou concorrencial.

A constatação do irrealismo dos pressupostos do modelo neoclássico ideal de estrutura mercadológica (ou da validade limitada à abstração teórica do modelo de concorrência perfeita), o caráter excepcional da presença do monopólio e a existência fática do oligopólio como forma predominante da organização dos principais mercados a partir do amadurecimento do capitalismo contradiziam os modelos econômicos tradicionais. Assim, a existência de oligopólios era (e é) uma constatação histórica, uma imposição dos fatos e um argumento de realidade.

A constatação da ocorrência do processo de concentração e dos oligopólios (ou de mercados com concorrência imperfeita) como forma de estrutura de mercado predominante fez surgir um grande debate teórico entre os economistas, sobretudo nos Estados Unidos, acerca da competitividade, da eficiência e da ação antitruste nos mercados concentrados e no sistema econômico.

A teoria econômica tradicional (ou o paradigma econômico dominante) enfatiza a concorrência de forma estática, pois defende que a eficiência econômica e o bem-estar social são garantidos de forma maximizada com a organização dos mercados sob a concorrência perfeita. Assim, a teoria neoclássica argumenta que

em sociedades de livre mercado, organizadas a partir do respeito à livre empresa, à propriedade privada e à busca individualizada de bem-estar de seus membros (os agentes econômicos racionais) alcançam o máximo de eficiência econômica e bem-estar social com a organização dos mercados em concorrência perfeita, pois, nessas condições, o funcionamento do sistema de preços garantiria a alocação perfeitamente eficiente de fatores produtivos (capital e trabalho, entre outros) e de sua remuneração (lucro e salário) e maior distribuição de bem-estar social.

Assim, de acordo com os preceitos neoclássicos, a concorrência perfeita seria a forma "normal" ou ideal de organização dos mercados, em que os agentes econômicos teriam seu comportamento calcado numa racionalidade econômica individualista, hedonista e utilitarista, maximizadora de prazer e utilidade e minimizadora de desprazer e desutilidade.

Na visão neoclássica, a organização oposta à forma ideal de estruturação dos mercados (isto é, à concorrência perfeita) é o monopólio, no qual há perdas de eficiência econômica e de bem-estar. No monopólio, a produção não se dá a custo médio mínimo a longo prazo e com igualdade entre custo marginal, receita marginal e preço (como ocorre na concorrência perfeita), mas com a geração de lucros de monopólio e com a não ocorrência de uma situação de maximização de eficiência e de bem-estar social.

Logo, a concentração do mercado em poder de poucos ou de um agente econômico produtor (como no caso do monopólio) seria uma distorção a ser combatida pelas instituições responsáveis pelo interesse público. Essas instituições deveriam zelar para que a estruturação dos mercados se aproximasse do modelo ideal de concorrência perfeita ou de estímulos concorrenciais similares aos presentes naquela estrutura de mercado de forma a incentivar a eficiência econômica (no sentido da alocação ótima de recursos e fatores produtivos). De acordo com a abordagem teórica tradicional, a política antitruste deve seguir estes preceitos.

A corrente estruturalista (também conhecida como "Escola de Harvard") enfatiza que a estrutura do mercado determina a conduta de seus integrantes e o desempenho do próprio mercado ("modelo estrutura-conduta-desempenho"). Assim, numa perspectiva estrutural da questão da concorrência, mercados concentrados propiciariam a adoção de condutas anticompetitivas por parte dos agentes econômicos que afetariam o desempenho da economia, dada a inerência da relação

entre a estrutura de mercado e o seu funcionamento. Em mercados concentrados ocorreria, pois, a adoção de condutas colusivas, acordos tácitos, comportamentos uniformes, condutas paralelas (conluíus tácitos) e estratégias comerciais geradoras de lucros excessivos e de conquista de fatias de mercados pelos agentes econômicos nela inseridos. Isso prejudicaria a concorrência e a eficiência econômica e levaria ao retardamento da inovação técnica. Em mercados concentrados, portanto, os agentes econômicos não estariam sob pressões competitivas, podendo aumentar o preço e limitar a produção, gerando ineficiência na alocação dos recursos e na economia.

Além disso, nos mercados concentrados haveria barreiras à entrada¹² de novos concorrentes. Essas barreiras se consubstanciam nas vantagens que os agentes econômicos já presentes no mercado dispõem como custos mais baixos oriundos do controle das técnicas de produção e das redes de distribuição e de fornecimento de matérias-primas ou uma marca já consolidada. Também se configuram como barreiras os custos de entrada e de saída (*sunk costs*), que desencorajaria o ingresso no mercado de concorrentes potenciais.

Os estruturalistas afirmam que os lucros excessivos oriundos dos mercados concentrados exibiriam desiguais condições de distribuição de renda e riqueza na economia. Assim, países com estruturas industriais concentradas tenderiam a ter desiguais condições de distribuição de renda e riqueza. Os estruturalistas, portanto, acreditam que o comportamento abusivo do agente econômico pode ser inferido a partir do grau de concentração do mercado, por haver uma relação obrigatória entre estrutura e conduta. A forte ênfase nos efeitos da estrutura sobre o comportamento dos mercados por parte destes teóricos implicou, inclusive, na submissão da análise do comportamento efetivo dos agentes à verificação da estrutura do mercado, dada a inevitabilidade da adoção de comportamento anticoncorrencial em mercados concentrados. Para a definição de um mercado como anticoncorrencial, bastaria a

¹² Barreiras à entrada: quaisquer fatores em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Entre os fatores que constituem importantes barreiras à entrada, incluem-se: custos fixos elevados, “custos afundados” (*sunk costs* – custos de entrada e saída do mercado), barreiras legais ou regulatórias (exigências governamentais para instalação e funcionamento de empresas), recursos de propriedade das empresas instaladas, economias de escala (aumento de produção que reduz os custos médios e/ou aumenta o produto médio), economias de escopo (redução de custo total oriunda de produção conjunta de produtos ou serviços por uma única firma ao invés de mais de uma produzindo separadamente os mesmos produtos e serviços), grau de integração da cadeia produtiva, fidelidade dos consumidores às marcas já estabelecidas e ameaça de reação dos competidores já instalados.

verificação de que sua estrutura é concentrada e de que sua taxa de lucro supera a dos mercados competitivos.

Logo, os teóricos da "Escola de Harvard" propõem soluções estruturais para os mercados concentrados, tendo em vista a relação obrigatória entre estrutura e conduta dos agentes (e, também, o desempenho dos mercados), o que tornaria inócua a adoção de uma política antitruste somente sobre a conduta dos agentes econômicos. Ou seja, na ação antitruste devem ser evitadas excessivas concentrações de mercado e suas conseqüentes disfunções na economia, buscando uma situação de "concorrência viável" (*workable competition*), isto é, uma situação de concorrência em que haja a manutenção ou o incremento do número de concorrentes no mercado.

A "Escola de Chicago" opõe-se às concepções estruturalistas, evocando e resgatando os fundamentos e princípios econômicos neoclássicos (isto é, a ação de agentes econômicos de comportamento racional-maximizador em um contexto de recursos escassos). Os chicaguanos asseveram que a concentração econômica não deve ser vista como uma presunção de ilegalidade, mas sim de eficiência. Os agentes econômicos, atuando no mercado de forma racional em busca da maximização dos lucros, combinam os fatores de produção da maneira mais eficiente senão, seriam punidos pelas forças competitivas de mercado. A intervenção estatal – mesmo a ação antitruste – deve ser mínima, pois pode trazer mais ineficiência aos mercados e ao sistema econômico. Esta corrente teórica minimiza a importância das barreiras à entrada, restringindo-a aos custos que os agentes econômicos ingressantes no mercado arcam, mas que não foram incorridos pelos agentes já instalados no mercado. Além disso, a "Escola de Chicago" questiona a presunção dos estruturalistas da falta de competição nos mercados unicamente a partir da verificação de sua estrutura, assim como a sua pressuposição de falta de concorrência no mercado a partir da verificação de altas taxas de lucro em relação aos mercados concorrenciais e, também, a sua desconsideração para com os ganhos de escala e de eficiência oriundos dos atos de concentração. Há, também, a inversão da relação estrutura-conduta-desempenho, pois seriam as empresas mais eficientes que expandiriam ao invés das menos eficientes, de modo que o processo de concentração e a existência de mercados concentrados seriam resultados da maior eficiência das empresas que crescessem.

Os adeptos da "Escola de Chicago" não acreditam que as empresas persigam elevação de poder de mercado e busquem posições de monopólio, pois tais ações prejudicariam a geração de lucros (isto é, a troca de lucros a curto prazo por posição de mercado). Isso não seria um comportamento "racional" e em acordo com os parâmetros de racionalidade aceitos pela escola. O objetivo da concentração seria a busca de eficiência. O mesmo raciocínio vale para os atos de concentração vertical, que só poderiam ser "racionais" e, por isso, só ocorreriam com a busca de obtenção de maiores eficiência e lucros.

A "Escola de Chicago" traz para o estudo antitruste, então, a análise econômica como instrumento de busca da eficiência econômica – no sentido de perfeita eficiência alocativa de fatores de produção. Para a escola, por conseguinte, o objetivo maior da política antitruste deve ser a busca da eficiência econômica, sendo que sua ação deve ser focada somente em cartéis e concentrações horizontais que levem à cartelização ou à trustificação dos mercados.

A denominada "Teoria dos Mercados Contestáveis" contribui para a ampliação da visão neoclássica a respeito da política antitruste. Esta concepção afirma que os mercados concentrados em que as situações de poder de mercado e de poder de monopólio podem ser contestadas pela possibilidade de entrada e de saída de concorrentes apresentam resultados comparáveis aos de mercados concorrenciais em termos de eficiência. Logo, a ação antitruste deve se pautar na eliminação das barreiras à entrada (sobretudo as de ordem legal) e na redução dos custos de entrada e de saída de agentes econômicos nos mercados por meio da desregulamentação e da abertura das economias.

A concepção denominada "Economia dos Custos de Transação"¹³ desenvolveu-se com a idéia de que a efetivação de atos de concentração, principalmente verticais, entre firmas não significa necessariamente que haja esforço para obtenção de poder de mercado ou de condições monopolistas, mas que as firmas estão buscando realizar economias nos custos produtivos, organizacionais, transacionais e contratuais entre elas. Assim, a análise antitruste deve focar as transações que acontecem no mercado entre os agentes econômicos, avaliando

¹³ A "Economia dos Custos de Transação - Mercados e Hierarquias" diverge da fundamentação neoclássica tradicional, utilizando conceitos como "racionalidade limitada", "oportunismo" (interesse próprio com malícia) e busca de "satisfação" para agentes econômicos inseridos em um mundo incerto, sendo inevitável que ocorram decisões que precisem ser corrigidas (SALGADO, Lúcia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p. 50-59).

suas motivações, sua racionalidade, as conseqüências em termos de eficiências buscadas e geradas e as alterações na dinâmica e na estrutura do mercado.

Portanto, se os estruturalistas contribuíram para a análise antitruste com a preocupação com o grau de concentração econômica e o exercício do poder de mercado, as correntes da economia positiva e neoclássica – em particular, a "Escola de Chicago", mas também a "Economia dos Custos de Transação" – enfatizaram a importância do exame das eficiências visadas e geradas nas operações de concentração.

As abordagens teóricas expostas até aqui parecem ser as que tiveram, e têm, influência predominante na construção da definição e caracterização dos objetivos e enfoques da política de defesa da concorrência e da ação antitruste, principalmente nos Estados Unidos. Na Europa, no entanto, a ação antitruste estaria subordinada à consecução de objetivos maiores: a constituição do mercado comum e da União Européia, não assumindo a discussão teórica acima relatada a relevância que parece ter nos Estados Unidos.

Há uma abordagem teórica alternativa que vem sendo desenvolvida a partir de uma nova leitura dos trabalhos de Joseph Schumpeter. Isto é, há a construção de um enfoque schumpeteriano para a teoria da política antitruste, em que o aspecto da busca da inovação pelos agentes econômicos tem importância fundamental.¹⁴

Os teóricos schumpeterianos afirmam que o conceito de eficiência econômica possui dimensões alocativa (ou estática) e dinâmica.

A dimensão alocativa ou estática está relacionada à alocação eficiente dos recursos, isto é, à organização da estrutura produtiva no sentido do melhor uso dos recursos disponíveis na sociedade. A potencialização positiva dos aspectos alocativos ou estáticos da eficiência estimulam o aumento da oferta, do emprego e dos salários reais e a redução dos preços dos bens.

Trata-se, assim, de uma análise do ambiente concorrencial em um modelo de concorrência perfeita que se dá via competição de preços entre firmas que usam a mesma tecnologia. No modelo de concorrência perfeita, as premissas de atomização de produtores, livre mobilidade de fatores de produção e plena informação dos agentes econômicos levam à situação de que o sistema de preços (nos quais os ofertantes são meros tomadores de preços) garantiria a operação das firmas em

¹⁴ Esta abordagem da leitura de Schumpeter também é denominada de "neo-schumpeteriana".

nível do custo médio mínimo, proporcionando o nível máximo de eficiência ao sistema econômico e de bem-estar aos consumidores.

A dimensão dinâmica, por sua vez, está relacionada a fatores produtivos e tecnológicos, isto é, à produção associada à busca de progressiva redução de custos e estímulos à inovação. Essa dimensão de eficiência está calcada na promoção de investimentos em pesquisa e desenvolvimento ("P&D") para a produção de novos, mais variados e melhores produtos, através do uso de novas técnicas redutoras de custos e de procedimentos de capacitação de mão-de-obra.

A predominância, no capitalismo amadurecido, da organização industrial sob a forma oligopólica não significa, de acordo com os schumpeterianos, que essa estrutura de mercado ou o sistema econômico moderno sejam não-competitivos ou menos competitivos do que eram na época do capitalismo concorrencial, mas indica que a guerra de preços não é a única nem a principal forma de disputa entre as grandes firmas no mundo econômico contemporâneo. Na verdade, as empresas oligopólicas concorrem acirradamente entre si com de outras formas de disputa, como a ampliação da capacidade produtiva à frente do crescimento da demanda; a geração de economias de escala e de escopo¹⁵; o aperfeiçoamento de processos produtivos; a realização de gastos em pesquisa e desenvolvimento; a geração e incorporação de inovações tecnológicas; a oferta de novos produtos; e, a diferenciação dos produtos ofertados entre outras.

Logo, a dimensão dinâmica da concorrência predomina no capitalismo oligopolizado. A concorrência como processo de mudança – que se manifesta sob a forma de esforços inovadores, de produtos novos, melhores e mais baratos, de novos processos e de benefícios ao consumidor – promove o bem-estar e o desenvolvimento econômico, de acordo com os schumpeterianos. São os aspectos dinâmicos da concorrência que interessam e devem ser promovidos quando os objetivos da política antitruste são o bem-estar e o desenvolvimento econômico, como enfatiza Salgado.

[...] Schumpeter já sugeria que o tipo de concorrência incorporada na análise microeconômica padrão não é a que realmente importa se elevar o nível de bem-estar econômico for o objetivo da política antitruste. Na verdade, é a competição dinâmica propiciada pela

¹⁵ Economia de escala: aumento de produção de uma firma que reduz os custos médios e/ou aumenta o produto médio. Economia de escopo: redução de custo total pela produção conjunta de bens e serviços por uma única firma ao invés de mais de uma produzindo separadamente os mesmos bens e serviços.

introdução de novos produtos e novos processos a que realmente conta.

Assim, são os **aspectos dinâmicos** da concorrência que merecem maior atenção, porque não é a concorrência como estado de equilíbrio que se quer promover, mas a concorrência como processo de mudança, que se traduz nas estratégias competitivas de firmas que, em disputa por mercados, empreendem esforços inovativos, produzindo bens de maior qualidade, em maior variedade e a baixo preço. O beneficiário último desse processo é, sem dúvida, o consumidor. Eficiência tecnológica e eficiência produtiva, nessa ordem, devem ser, pois, os aspectos a serem estimulados prioritariamente por uma política de concorrência que vise promover as virtudes de economias de mercado (grifado no original).¹⁶

Os oligopólios são, assim, “máquinas de crescimento e modernização”, com estratégias de competição e processos de difusão tecnológica que as levam a operar a níveis baixos de custos e de preços reais compatíveis com os indicados nos modelos de concorrência perfeita.¹⁷ A competição oligopolista apresenta dupla dimensão. Por um lado, ela é viciosa, gera ineficiência, reduz bem-estar, castra iniciativas e atrasa o desenvolvimento econômico; por outro lado, ela é virtuosa, gera eficiência, propicia maior oferta de bens de melhor qualidade, menor preço e maior variedade e alavanca o desenvolvimento econômico.

A dimensão viciosa redutora de eficiência e bem-estar ocorre com a presença de poucos produtores em um mercado com acentuada interdependência, favorecendo a coordenação de decisões de caráter defensivo que reduzem os aspectos competitivos. Outros dos aspectos viciosos característicos em estruturas oligopolistas são o abuso de posição dominante¹⁸ e as práticas restritivas com efeitos predatórios sobre os demais agentes econômicos participantes do mercado.

¹⁶ SALGADO, Lúcia Helena. **Política de Concorrência**: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 1995, p. 1-2.

¹⁷ Ibidem, p. 3.

¹⁸ Forgioni define que a posição dominante “[...] é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado” (FORGIONI, 1998, p. 272). Nusdeo segue a definição de Forgioni e aprofunda-a, definindo a posição dominante como “... o poder que permite ao agente agir de forma independente e com indiferença com relação ao comportamento dos demais agentes, em razão da ausência de concorrência [...] a capacidade de ação independente e indiferente relaciona-se ao poder de mercado que permite ao agente definir preços e nível de produção sem o risco de perder parcelas de mercado para concorrentes capazes de confrontar seu poder e, ainda, a capacidade de influenciar a conduta dos demais concorrentes” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**: o Controle da Concentração de Empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31).

A dimensão virtuosa apresenta-se nas alianças estratégicas e *joint ventures*¹⁹ em pesquisas que são estimuladas pela competição e projetam, como resultado, maiores condições de concorrência das empresas envolvidas. A política antitruste (ou de proteção à concorrência) deve ser capaz, portanto, de diferenciar acordos entre empresas pelos seus objetivos: se os acordos visam gerar vantagens competitivas através de atividades de inovação ou se os acordos somente visam proteger as empresas dos riscos e incertezas próprios ao mercado. Além disso, a política antitruste deve combater o abuso de posição dominante.

Salgado ainda ressalta que dentre dos objetivos da política antitruste de promover o bem-estar e o desenvolvimento econômico incluem-se o incentivo aos aspectos dinâmicos e ligados à dimensão virtuosa da concorrência oligopolista, a coibição de práticas colusivas com finalidades defensivas e resultados anticompetitivos e o combate ao abuso de posição dominante de mercado.²⁰ E, ainda, identifica uma tendência recente (a partir dos anos 90) de reconhecimento da importância dos aspectos dinâmicos da concorrência na análise antitruste, principalmente nos Estados Unidos.²¹

O presente capítulo abordou a análise do processo histórico de concentração econômica no capitalismo e das concepções teórico-econômicas construídas (e em construção) acerca da política antitruste. O capítulo seguinte versa sobre a experiência histórica e a situação atual da política de defesa da concorrência nos principais centros capitalistas mundiais: Estados Unidos, Europa e Japão.

¹⁹ *Joint venture* (“união de risco”): associação entre empresas para desenvolvimento e execução de um projeto econômico específico no âmbito econômico ou financeiro.

²⁰ SALGADO, 1995, p. 3-5.

²¹ Idem, 1997, p. 73-74.

2 A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA E A SITUAÇÃO ATUAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS CENTROS CAPITALISTAS: ESTADOS UNIDOS, EUROPA E JAPÃO

A aceleração dos processos de concentração e centralização do capital e de oligopolização dos mercados a partir da segunda metade do século XIX proporcionou respostas defensivas por parte de grupos sociais que se sentiram prejudicados com o desenrolar do fenômeno ou que percebiam o aumento do poder econômico das grandes empresas como uma ameaça às liberdades sociais e políticas e ao próprio bom funcionamento do sistema econômico. A construção de políticas, legislações e instituições de defesa da concorrência – além das concepções teórico-econômicas – foram algumas das respostas ao processo de concentração oligopólica e de aumento do poder econômico. Na história contemporânea, essas respostas foram inauguradas no final do século XIX com o *Act for the Prevention and Supression of Combinations Formed in Restraints of Trade* no Canadá em 1889 e com o conhecido *Sherman Act* nos Estados Unidos em 1890²² (paradigma da legislação antitruste).

As políticas, legislações e instituições antitrustes foram adotadas posteriormente em vários países industrializados, mas não como meras reproduções acríticas do modelo norte-americano. Os modelos dos outros países constituíram-se em versões adaptadas às suas especificidades sociais, culturais, institucionais e à forma e instensidade do aprofundamento de seu desenvolvimento capitalista.

A análise dos sistemas de defesa da concorrência norte-americano, europeu e japonês visa enriquecer os subsídios para a discussão do sistema de defesa da concorrência, em geral, e no Brasil, em particular. A escolha do estudo dos casos norte-americano, europeu e nipônico se deve à grande importância econômica e política como três principais centros capitalistas mundiais e à relevância de seus sistemas antitruste em termos de paradigma para outros sistemas de defesa da concorrência, inclusive o brasileiro.

²² SALGADO, 1992, p. 1.

Assim, o presente capítulo versa sobre o histórico do desenvolvimento e a situação atual da defesa da concorrência nos Estados Unidos, na Comunidade Européia (ou União Européia) e no Japão, no que tange à legislação de defesa da concorrência e aos órgãos antitruste.

2.1 ESTADOS UNIDOS

2.1.1 Histórico da defesa da concorrência nos Estados Unidos

Os Estados Unidos se caracterizam, historicamente, por uma colonização descentralizada, calcada numa produção diversificada (sobretudo no norte do país) e numa estrutura comercial e bancária de caráter local. O espírito da colonização fundava-se na motivação do colono em se estabelecer e permanecer em terras americanas (colonização de ocupação), diferente do ocorrido nas áreas tropicais da América (colonização de exploração). Estes aspectos estimularam a formação de instituições próprias, de um espírito cívico e de um mercado interno. A grande dimensão territorial e a insuficiência de um sistema de transportes levaram à formação de uma estrutura comunitária e produtiva inicialmente fragmentadas, com urbes relativamente isoladas e mercados locais servidos por pequenos ofertantes. Esse isolamento facilitou a instalação de atividades industriais e comerciais ao mesmo tempo em que demarcou o mercado local. Havia necessidade de pouco capital inicial e de recursos técnicos relativamente simples.

Nusdeo ressalta outra peculiaridade dos povos colonizadores do território norte-americano: a valorização da livre iniciativa, da ambição e da busca do sucesso pessoal estava associada a uma aversão prévia a qualquer sistema de privilégios, identificados genericamente como “monopólios”. Entre os norte-americanos, o termo monopólio significava, inicialmente, o privilégio legal outorgado a alguém pelo Estado. Posteriormente, passou a representar o controle exclusivo de alguém sobre algo, o que lhe daria um poder injustificado (mesmo que esse poder fosse obtido com esforço e méritos próprios) e bloquearia a igualdade de oportunidades entre as pessoas.²³

²³ NUSDEO, 2002, p. 75-77.

À ideologia da igualdade de oportunidades somava-se a uma concepção própria de democracia, resultando na crença da consolidação de um sistema democrático mais apurado, baseado numa economia de pequenos proprietários. Assim, haveria relativo equilíbrio em termos de poder econômico de modo geral, no que resultaria numa sociedade sem excessiva influência individual no poder político. Em suma, era uma sociedade avessa à concentração de poderes econômico, político e social.

As características das estruturas econômicas dos Estados Unidos e das crenças ideológicas de seu povo contribuíram para a sua reação desfavorável ao acelerado processo de concentração econômica ocorrido no país a partir da segunda metade do século XIX. A generalização das inovações técnicas na produção e distribuição, com o aumento na escala das plantas; o desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação, sobretudo ferrovias, hidrovias e telégrafos; e o crescimento do sistema bancário, que continuou regionalizado, levaram à expansão e à integração dos mercados e do comércio entre as diversas regiões do país. Houve, pois, um rápido processo de mudança nas estruturas industriais norte-americanas (sensivelmente maiores em porte e escala) que se chocou com as concepções ideológicas da sociedade, a saber, a liberdade individual e a livre iniciativa de pequenos agentes econômicos.

A partir da segunda metade do século XIX, com a constatação da generalização do processo de concentração, começou a se difundir a noção de que o Estado deveria controlar o poder das corporações e seu comportamento abusivo, contrariando a opinião da maioria dos economistas e de grandes empresários de que a concentração do poder econômico propiciava o incremento da produção e a expansão da indústria. O movimento pela lei antimonopólio, conhecido pela denominação de *grangers*, era liderado pelos agricultores, categoria muito afetada pelas práticas das grandes corporações e principalmente pelos preços monopolizantes cobrados pelas companhias ferroviárias na época. O movimento contra os trustes também englobou outros grupos sociais, como pequenos empresários, consumidores e trabalhadores, todos preocupados com a rapidez da concentração do poder econômico. Inicialmente, o movimento obteve êxitos na criação de legislações antitruste estaduais.

No final do século XIX, o movimento antimonopólio aumentou em proporções, alcançou os meios de comunicação e a população de um modo geral e começou a

demandar a formação de uma legislação antitruste de âmbito nacional, pois as legislações estaduais não eram eficazes para regular as práticas de corporações, cujas ações transcendiam o espaço geográfico dos estados. A pressão antimonopólio cresceu a ponto de afetar significativamente a pauta da campanha para as eleições presidenciais de 1888.

Salgado enfatiza que o que estava em questão na concepção da legislação antitruste era a necessidade de proteger as bases materiais da democracia americana e de se garantir o espaço da livre iniciativa e da igualdade de oportunidades a todos, como corolários do direito do desenvolvimento das potencialidades individuais. A legislação antitruste traduziria, assim, a preocupação na manutenção de uma estrutura fragmentada de poder econômico e político, dentro de uma concepção coletiva própria de ideal de sociedade ou de uma auto-imagem idealizada da sociedade norte-americana.²⁴

Em 2 de julho de 1890, o *Sherman Act* (ou *Sherman Antitrust Law*, derivado do projeto de lei elaborado pelo Senador John Sherman) foi editado dentro da conjuntura econômica, política e social de defesa da busca da correção das distorções oriundas do processo de acumulação, concentração e centralização de capital pelo encorajamento da concorrência. Nusdeo afirma que a Lei Sherman resultou de um compromisso genérico entre o sentimento público, a repercussão jornalística e o discurso político de repúdio às práticas dos trustes.²⁵ Já Forgioni aponta que no contexto da edição da Lei Sherman, a concorrência era vista como primordial para o sistema econômico, ao mesmo tempo que se exigia a atuação do Estado para eliminar as distorções do sistema e para defendê-lo contra seus efeitos autodestrutivos.²⁶ No entanto, sem uma proposta clara sobre a política antitruste a ser adotada, os legisladores optaram por um texto genérico que mantinha a terminologia empregada nas normas adotadas para as práticas restritivas de comércio da *common law*, deixando grande poder aos juízes e tribunais para que a interpretassem conforme cada caso.

De modo geral, o *Sherman Act* proíbe todas as formas de combinação restritivas ao comércio entre os Estados ou com o exterior, assim como considera ilegais a monopolização, a tentativa de monopolização ou a combinação entre

²⁴ SALGADO, 1992, p. 3-4.

²⁵ NUSDEO, 2002, p. 77-78.

²⁶ FORGIONI, 1998, p. 65.

agentes para a monopolização do comércio entre os Estados ou com o exterior. Originalmente, essas condutas eram consideradas contravenções. A partir de 1974, passaram a ser consideradas crimes.

Face à grande abrangência dos dispositivos da Lei Sherman, a Suprema Corte desenvolveu a “Regra da Razão” (*Rule of Reason*) e o “ilícito *per se*” (*per se condemnation*) para tornar sua aplicação mais efetiva. Através da “Regra da Razão”, faz-se um balanço hipotético dos prós e contras para a situação de concorrência se o acordo ou ato de concentração viesse a ocorrer. Na análise prévia, procura-se determinar se a ação de concentração é “razoável” ou é “não razoável”. Se não for considerada razoável, a ação é declarada ilícita.

O “ilícito *per se*” aplica-se aos atos de concentração que são sempre considerados como muito danosos à concorrência e, conseqüentemente, “não razoáveis”, como os acordos horizontais (*horizontal agreements*) feitos entre agentes do mesmo mercado para a fixação de preços e quantidades ofertadas, ou a divisão do mercado consumidor. Assim, o “ilícito *per se*” é definido como o termo usado no direito antitruste para determinar os tipos de negócio que são considerados, de antemão, terminantemente anticompetitivos e prejudiciais ao público, sem considerar se ocorreu efetivo dano à concorrência – negócios “não razoáveis” por definição – sendo interpretados como ilícitos criminais. A clareza da regra do “ilícito *per se*” permite aos negociantes conhecer as formas de acordo não toleradas legalmente pela interpretação da justiça norte-americana.

O *Sherman Act* foi continuamente alvo de críticas por seu texto genérico e vago. A definição das condutas permitidas não era clara e dependia da interpretação dos juízes, o que provocava insegurança entre os agentes econômicos. Além disso, houve continuidade e, até mesmo, a aceleração dos fenômenos de concentração e centralização de capital nos Estados Unidos na virada dos séculos XIX e XX, estimulados pela generalização das técnicas de produção em massa e pelo desenvolvimento dos transportes e comunicações. Assim, tornou-se patente que havia necessidade da criação de uma lei reguladora mais detalhada das ações de concentração para regulamentar a concentração indiscriminada, complementar o *Sherman Act*, esclarecer os agentes e os julgadores sobre as práticas legais e ilegais e possibilitar a aplicação de uma política antitruste mais efetiva. Nesse sentido, foi editado o *Clayton Act* e criada a Comissão Federal de Comércio (referida

na literatura em sua denominação original, *Federal Trade Commission – FTC*), ambos em 1914.

O *Clayton Act* proíbe tipos específicos de discriminação de preços entre empresas concorrentes e de fusões entre elas pela aquisição de ações umas das outras, mas falhando ao não incluir as compras de ativos. Foi uma tentativa de regular as fusões que poderiam prejudicar a concorrência, como a formação de *holdings*.

O período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial caracterizou-se pelo continuado crescimento da economia norte-americana e por novo revigoramento do processo de concentração. Os debates sobre o tema voltaram à agenda política do país, focando as preocupações com os aspectos políticos e ideológicos implicados na possibilidade da virtual eliminação das pequenas empresas na economia norte-americana. A discussão resultou na edição do *Cellar-Kefauver Act* em 1950, que emendou o *Clayton Act* nos seguintes dispositivos: adicionou a proibição da aquisição de ativos entre empresas concorrentes; e, incluiu as concentrações verticais e as conglomerações entre os atos vedados. Assim, o *Cellar-Kefauver Act* reforça os dispositivos da Lei Clayton.

O debate que resultou na promulgação do *Cellar-Kefauver Act* também refletiu, pela primeira vez de forma sensível, os argumentos da linha teórica dominante das Ciências Econômicas na época, representada pela “Escola de Harvard”. Em termos de defesa da concorrência, a fundamentação teórica dominante enfocava as análises estruturais dos mercados, as “imperfeições” de seus mecanismos de funcionamento, os seus graus de concentração, a imperfeita mobilidade de capital, as barreiras à entrada e as ligações existentes entre as estruturas de mercado e a conduta de seus integrantes, entre outros aspectos.

Portanto, a legislação e a ação antitruste nos Estados Unidos no imediato pós-guerra amparavam-se num conjunto de valores integrado pelo temor à concentração do poder econômico e pela promoção da liberdade individual representada na livre iniciativa. Em termos de embasamento teórico, as Ciências Econômicas de então enfatizavam a importância das estruturas de mercado nas condutas dos agentes econômicos e no desempenho dos mercados.

A partir de 1968, os órgãos administrativos de defesa econômica passaram a editar diretrizes para fusões (*guidelines*), manuais sobre suas interpretações a respeito da legislação antitruste, refletindo, também, sua leitura dos objetivos da

ação antitruste no decorrer dos anos em termos de teoria econômica, o que será abordado com mais detalhe no tópico seguinte.

Em 1976, a Lei Clayton foi modificada com a edição do *Hart-Scott-Rodino Improvement Act*, que exige a prévia notificação de determinados atos de concentração às autoridades antitruste. As autoridades, por sua vez, podem manifestar a sua discordância ou não, questionando judicialmente os atos em contrário.

2.1.2 O sistema de defesa da concorrência norte-americano

O controle dos atos de concentração nos Estados Unidos é disciplinado fundamentalmente pelas leis *Sherman*, *Clayton*, *Cellar-Kefauver* e *Hart-Scott-Rodino*. O primeiro dispositivo legal proíbe a monopolização ou as tentativas de monopolização das atividades econômicas. Os dois seguintes proíbem a aquisição, direta ou indireta, total ou parcial, de ações ou ativos de entidade empresarial que possa resultar em redução substancial da concorrência ou que possa levar à criação de monopólios em qualquer atividade em qualquer lugar do país. A lei *Hart-Scott-Rodino* determina a notificação prévia às autoridades antitruste de operações de concentração que envolvam empresas de grande porte ou transferências de valores de vulto entre empresas.

Nusdeo indica que o sistema antitruste norte-americano é fundamentalmente judicial na formatação de seus princípios. Cabe ao Poder Judiciário do país estabelecer as principais diretrizes da política antitruste no país.

Apesar de contar com um mecanismo de notificação prévia de atos de concentração por autoridades administrativas [...] o sistema antitruste norte-americano é basicamente judicial, vale dizer, compete ao Poder Judiciário formular as linhas principais da política antitruste no país. Com efeito, as autoridades antitruste – a *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ) e a *Federal Trade Commission* (FTC) – são competentes para a investigação das práticas anticoncorrenciais descritas no *Sherman Act* e no *Clayton Act* assim como de atos de concentração e para a iniciativa de ações judiciais para obter a determinação de sua cessação, de multas e até da prisão das pessoas físicas responsáveis pelas práticas. Diferem, assim, da maior parte dos outros países, nos quais um órgão administrativo com poderes quase-judiciais é competente para decidir sobre a legalidade das práticas comerciais perante a lei antitruste nacional, sendo essa decisão passível de apreciação pelo

Judiciário por iniciativa dos particulares prejudicados. Nos Estados Unidos as autoridades antitruste promovem ações judiciais para fazer cessar práticas anticoncorrenciais, tais como os cartéis, as tentativas de monopolização e os atos de concentração. Além dos dois órgãos federais de defesa da concorrência, são também legitimados a iniciar essas ações os terceiros prejudicados pelas práticas, tais como concorrentes, consumidores e fornecedores e, ainda, os promotores públicos estaduais (itálico no original).²⁷

No que tange à sua aplicação, o funcionamento desse sistema de formulação judicial de proteção à concorrência se dá pela tomada de iniciativa de forma descentralizada pelos órgãos administrativos federais (Comissão Federal de Comércio e Divisão Antitruste do Departamento de Justiça), pelos procuradores estaduais e por terceiros que se sintam prejudicados pela ação de concentração. Esta multiplicidade da origem da ação antitruste é conhecida como “tríplice nível da aplicação da política antitruste”.

Faz parte do sistema judicial de proteção à concorrência norte-americana uma descentralização na iniciativa dessas ações. Esse aspecto – a múltipla atribuição de competência para os órgãos antitruste federais, os procuradores estaduais e terceiros – é referido como *tríplice nível da aplicação da política antitruste*. É dúplice com relação aos órgãos federais, que são dois; e tríplice com relação a terceiros e promotores estaduais, representando pessoas ou entidades afetadas pelas práticas (itálico no original).²⁸

A Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (*Department of Justice - DOJ*) é um órgão da Administração Federal encarregado de iniciar ações judiciais em casos de violação das leis Sherman e Clayton no âmbito civil e penal. Pode intervir, também, em discussões envolvendo órgãos federais sobre assuntos atinentes à política de concorrência e monopólio.

A Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission – FTC*) é um órgão com poderes de investigação de práticas anticoncorrenciais, de ação administrativa em defesa da concorrência e de demanda em juízo contra as práticas que atentam contra a concorrência ou contra os dispositivos das leis Sherman e Clayton. A *FTC* é uma agência reguladora independente com competência, juntamente com o Departamento de Justiça, para aplicar os dispositivos do *Clayton Act* de modo geral e os que se refiram a práticas lesivas de concorrência desleal mencionadas no *Sherman Act*.

²⁷ NUSDEO, 2002, p. 84.

²⁸ Ibidem, p. 84-85.

Assim, há uma duplicidade de atuação e uma superposição de competências na atuação antitruste dos órgãos administrativos federais, *FTC* e *DOJ*. O *DOJ* aciona o Poder Judiciário em caso de configuração nítida de violação cível ou criminal. A *FTC* atua em casos de atos nocivos à concorrência que exigem investigação mais acurada. Para evitar a duplicidade de esforços e de investigação das empresas, há um intercâmbio de informações e uma divisão informal de trabalho entre os dois órgãos. A existência de dois órgãos administrativos de defesa da concorrência os torna mais resistentes às pressões políticas e do poder econômico que poderiam prejudicar o seu trabalho e o interesse público. Os promotores estaduais têm legitimidade para propor ações indenizatórias contra agentes que ponham atos lesivos à concorrência em prática que prejudiquem cidadãos ou empresas de seus estados. Os terceiros eventualmente prejudicados por práticas anticoncorrenciais podem iniciar ações judiciais, demandando indenizações pelos prejuízos decorrentes daquelas práticas, desde que provem a ocorrência do dano e sua vinculação com o ato lesivo à concorrência. A possibilidade de questionamento judicial de atos anticoncorrenciais por parte de promotores e terceiros pretensamente prejudicados, além dos órgãos administrativos servem como coibidor ou dissuador de ações de concentração ou atos lesivos à concorrência por parte dos agentes econômicos.

O sistema norte-americano de proteção à concorrência modificou-se sensivelmente com a edição do *Hart-Scott-Rodino Improvement Act* de 1976. A exigência de notificação prévia dos atos de concentração aos órgãos administrativos de defesa da concorrência transformou o sistema de proteção à concorrência formalmente judicial em administrativo na prática. De fato, a necessidade de notificação prévia estimulou negociações entre as empresas envolvidas e as autoridades administrativas e a consecução de acordos. As empresas atendiam as exigências dos órgãos administrativos para que a operação de concentração seja considerada desobstruída (*cleared*).

Assim, ocorre a composição de acordo entre as partes em foro administrativo, onde as agências antitruste colocam suas objeções e condições à operação em audiências e reuniões, de modo as empresas ajustem as características do ato às considerações das autoridades e, conseqüentemente, tornem a operação de concentração aceitável aos órgãos administrativos. Se não há a aceitação do ato de concentração por parte dos órgãos administrativos (ou seja, não há o acordo destes

com as empresas), os sujeitos do ato de concentração normalmente desistem da operação, tendo em vista o alto risco de perda em juízo. Como resultado, as ocorrências de demandas judiciais contra o ato por parte das autoridades administrativas diminuíram consideravelmente. Isso mostra que o *Hart-Scott-Rodino Improvement Act* instituiu, com efeito, o controle administrativo dos atos de concentração por parte das agências de proteção à concorrência.²⁹

Nesse sentido, muito embora a notificação prévia não tenha um sentido de controle oficial, tal como nas legislações brasileira ou europeia, que atribuem competência aos órgãos administrativos para reprovar a operação, na prática, o *Hart-Scott-Rodino Act* instituiu o controle administrativo de atos de concentração, aproximando a legislação norte-americana da europeia e das demais que prevêm tal controle (itálico no original).³⁰

A partir de 1968, as agências administrativas antitruste passaram a publicar diretrizes de fusões (*mergers guidelines*), nas quais apresentam suas interpretações às leis sobre os atos de concentração (baseadas nas decisões judiciais precedentes), de modo a orientar os agentes econômicos. As primeiras *guidelines* direcionavam a atuação dos órgãos antitruste na preservação de estruturas competitivas de mercado, seguindo a concepção de que a conduta das empresas no mercado fosse determinada pela estrutura do mercado no qual estava inserida (modelo de estrutura-conduta-desempenho). Para quantificar o grau de concentração do mercado, as *guidelines* adotaram o modelo utilizado pela Suprema Corte norte-americana nos precedentes judiciais anteriores, o índice CR₄.³¹

As novas *guidelines* publicadas pelo Departamento de Justiça em 1982 mostraram um novo enfoque de atuação dos órgãos federais, que refletiam outras concepções em voga em termos de teoria econômica, desta vez representadas na “Escola de Chicago” (“*efficiency school*”) e sua preocupação com as eficiências produtiva e alocativa. Da ênfase dada à proteção das pequenas empresas e à desconcentração dos mercados, as *guidelines* passaram então a refletir as concepções que colocam o foco da ação antitruste na eficiência econômica e no bem-estar do consumidor – objetivos quase que exclusivos dos órgãos antitruste. Houve, também, o destaque na criação de poder de mercado por firmas

²⁹ NUSDEO, 2002, p. 86-87.

³⁰ *Ibidem*, p. 87.

³¹ O CR₄ mede o grau de concentração do mercado pela soma das porcentagem de participação das quatro maiores firmas do mercado.

monopolistas, o que deveria ser combatido. Além da posição do mercado como motivadora de comportamento colusivo entre os agentes econômicos, outros aspectos foram destacados, como a facilidade de entrada de empresas no mercado e as condições efetivas de exercício de comportamentos colusivos. Modificou-se, também, o índice mensurador do grau de concentração do mercado, sendo adotado o *Herfindahl-Hirschman Index (HHI)*.³²

As *guidelines* também estabeleceram critérios que indicaram, de antemão, a tendência do parecer dos órgãos de defesa da concorrência com relação aos atos de concentração, de acordo com os resultados do *HHI* antes e após o ato e com outros aspectos referentes ao mercado.³³ Houve também alteração, a partir de 1982, na definição de “mercado relevante”³⁴, que passa a ser definido como um grupo de produtos numa determinada área geográfica na qual uma firma possa aumentar seus preços sem perder a clientela para outros produtos, outros fornecedores (inclusive os que possam entrar no mercado ou estrangeiros). A nova definição permitiu a incorporação da concorrência estrangeira para a análise da existência de poder de mercado, o que não era considerado antes.

³² O *Herfindahl-Hirschman Index (HHI)* é obtido pela soma dos quadrados da parcela de participação no mercado de todas as empresas nele inseridas.

³³ As aquisições e fusões que resultem em taxa de concentração de mercado inferior a 1.000 pontos ou entre 1.000 e 1.800 pontos com alteração decorrente da operação inferior a 100 pontos não são impugnadas pelos órgãos antitruste, sendo estas situações consideradas “portos seguros” (*safe harbors*). Atos de concentração que resultem em taxa de concentração entre 1.000 e 1.800 pontos e alterem a situação em mais de 100 ou que resultem em taxa de concentração de mais de 1.800 pontos e alterem a situação em menos de 100 pontos têm maiores ou menores chances de serem impugnadas, dependendo da análise de outros aspectos referentes ao mercado por parte dos órgãos administrativos. Em mercados muito concentrados, com índices superiores a 1.800 pontos, operações de fusões e aquisições há grande possibilidade de impugnação ao somar mais de 100 pontos ao índice.

³⁴ O “mercado relevante” é constituído de um produto ou um grupo de produtos (um agregado de bens ou serviços “bons substitutos”) em uma área geográfica determinada (espaço geográfico ao qual consumidores e ofertantes têm acesso), tendo como principal característica a substitutibilidade, considerando-se a resposta de demanda de cada grupo de compradores e a resposta de concorrentes. Logo, há o “mercado relevante do produto” ou “mercado relevante material” (aquele em que o agente econômico enfrenta, considerado o bem ou serviço que oferece) e o “mercado relevante geográfico” (aquele onde se trava a concorrência) no tratamento do tema. Assim, a definição do mercado parte de dois tipos de respostas: a possível resposta dos clientes (fatores de substituição de demanda, entre os quais a elasticidade-preço da demanda e a elasticidade-preço cruzada da demanda do bem ou serviço) e a possível resposta dos concorrentes (fatores de substituição de oferta, isto é, a reação dos concorrentes existentes, que já se encontram no mercado, e dos potenciais, que poderiam e estariam dispostos a entrar no mercado). O intuito desse conceito consiste em que o mercado relevante seja definido de modo que um suposto exercício abusivo de poder de mercado por uma firma seja, por hipótese, logicamente possível.

Em 1984, houve nova revisão das *guidelines*. A relevância do grau de concentração do mercado na análise dos atos foi reduzida em relação a outros fatores, como as alterações recentes nas condições de mercado, a situação financeira das empresas no mercado relevante, os aspectos relativos à concorrência internacional, a capacidade de pequenos fornecedores e produtores de bens substitutos aumentarem sua oferta e questões relativas à eficiência.

Em 1992, os órgãos de defesa da concorrência editaram novas *guidelines*, que reduzem ainda mais a importância do estudo do grau de concentração dos mercados, que passou a ser considerada apenas como um primeiro passo na análise da operação de concentração, juntamente com a definição de mercado relevante e a manutenção dos parâmetros estabelecidos para a caracterização do “porto seguro” (*safe harbor*) para mercados desconcentrados. Em atos de concentração que estejam para ocorrer em mercados concentrados, o estudo do grau de concentração será considerado juntamente com outros fatores, como os efeitos concorrenciais (a possibilidade da operação tornar a situação concorrencial pior, possibilitando a conduta coordenada entre os agentes ou ações unilaterais da empresa dominante deletérios à concorrência), as possibilidades de entrada de outras firmas no mercado (barreiras à entrada) e questões referentes à eficiência.

Assim, a política de defesa da concorrência nos Estados Unidos partiu da tradição de repulsa da concentração do poder econômico, do interesse na preservação de uma estrutura competitiva de mercado e na crença de que a manutenção dessa estrutura resultaria na promoção de outros valores sociais para a ênfase no desenvolvimento técnico e no ganho de competitividade externa, permitindo o crescimento dos agentes no mercado. Seguiu com a ênfase na importância das estruturas de mercado, representada no desenvolvimento do “modelo estrutura-conduta-desempenho”. Atualmente, a defesa da concorrência é pautada pelos conceitos de produtividade e eficiência alocativa e exercida pela coibição ao aumento do poder de mercado e pela promoção de estímulos competitivos nos mercados concentrados e sujeitos às operações de concentração.

Por fim, é interessante salientar a influência de duas vertentes do pensamento econômico no direito da concorrência nos Estados Unidos: a vertente representada pela "Escola de Harvard" e a vertente liderada pela "Escola de Chicago". A primeira prima pela manutenção ou incremento do número de agentes econômicos atuantes no mercado, pulverizando sua estrutura, buscando evitar as disfunções potenciais

causadas por excessivas concentrações (ou seja, é calcada no modelo estrutura-conduta-desempenho). Assim, desenvolveu-se o conceito de "concorrência-fim", isto é, a concorrência como um fim em si mesma, pois seria possível alcançar o estágio de uma "concorrência viável" (*workable competition*).

A segunda vertente desenvolveu o conceito de "eficiência alocativa de mercado" (ou "eficiência de Pareto").³⁵ Assim, de acordo com os chicagoanos e correntes afins, a concentração de poder de mercado ou de poder econômico não traria malefícios por si só, pois deveria ser analisada em termos de aumento de eficiência e produtividade e de ganhos para o consumidor como objetivo primordial (se não único), devendo-se evitar a intervenção antitruste estatal.

2.2 EUROPA: A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA COMUNIDADE EUROPÉIA

2.2.1 Histórico da Defesa da Concorrência na Comunidade Européia

A longa história de competição exacerbada e de sucessivas guerras entre os estados europeus marcou profundamente o imaginário de seus povos e foi um dos principais fatores da perda da hegemonia mundial em termos econômicos e políticos dos principais países capitalistas do continente. Com efeito, após a Primeira Guerra Mundial e, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, a parte ocidental do continente europeu encontrava-se enfraquecida e fragmentada em termos econômicos e políticos. A estreiteza dos mercados nacionais e a política protecionista aplicada pelos países atravancavam o crescimento das empresas e o próprio desenvolvimento econômico destes países.

Além disso, motivos de ordem geopolítica, a saber, o renascimento da forte rivalidade, da competição predatória e de novos conflitos no futuro, bem como promover a reconstrução do continente, reforçaram a necessidade de cooperação intensa entre os Estados e serviram de estímulo à formação da Comunidade Européia e, posteriormente, da União Européia.

³⁵ A "eficiência alocativa de mercado" ou "eficiência de Pareto" ocorre quando os recursos são alocados de maneira otimizada, de modo que não há possibilidade de realocação que melhore a situação de um dos agentes econômicos sem que piore a situação de outro. Do ponto de vista desse conceito econômico, tal situação ótima significa que se está produzindo com a máxima eficiência.

A formação da Comunidade Européia tem por objetivo a eliminação das barreiras ao comércio entre os Estados-membros e a formação de um mercado comum de dimensões continentais, comparáveis ao tamanho do mercado interno norte-americano. Acreditava-se que a finalidade da integração seria obtida com mais êxito através do estímulo à concorrência entre as empresas dos diferentes países, estimulando, também, o aumento da eficiência e o desenvolvimento econômico europeu. A política e a legislação comunitárias de defesa da concorrência amoldaram-se, pois, à finalidade maior da integração, o que se reflete em suas regras e em sua aplicação, tendo, por conseguinte, um caráter instrumental.

Nusdeo aponta a dupla função das regras de concorrência comunitárias: uma negativa, de repressão aos atos tendentes à proteção aos mercados nacionais e ao prejuízo da concorrência; outra positiva, de estímulo ao funcionamento do mercado comum de forma eficiente, encorajando práticas incentivadoras à inovação e à competitividade.³⁶

Os primórdios do que viria a ser a política de defesa da concorrência da União Européia e da Comunidade Européia remontam a 1951, com a assinatura do Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA, englobando França, Alemanha Ocidental, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo. A CECA tinha por objetivo o estabelecimento futuro de um mercado comum que contribuísse para a expansão econômica, o aumento do emprego e a melhoria do nível de vida nos Estados-membros. O tratado também condena as práticas restritivas que levam à divisão do mercado por serem incompatíveis com o mercado comum incipiente e defendia o estabelecimento e a manutenção das condições concorrenciais.

Forgioni já identifica a noção de “concorrência-instrumento” na concepção de concorrência neste tratado. Isto é, a concorrência não se constitui como um fim em si mesma, um valor absoluto, mas um dos meios a serem utilizados para se alcançar objetivos maiores³⁷ (no caso da CECA, a constituição de um mercado comunitário). Como já dito, diferencia-se da noção de concorrência norte-americana, finalista, em que a liberdade de concorrência está articulada com a idéia de livre iniciativa e com a noção de democracia política.

³⁶ NUSDEO, 2002, p. 97-99.

³⁷ FORGIONI, 1998, p. 83-84.

O Tratado de Paris dispunha de dispositivos que vedavam as associações de empresas e práticas concertadas entre elas com o fim de prejudicar as condições de concorrência, como: fixação de preços; restrição ou controle da produção, do desenvolvimento técnico ou dos investimentos; repartir mercados, produtos, clientes ou fontes de abastecimento. O tratado também determinava que as operações de concentração estavam sujeitas à autorização prévia da autoridade administrativa competente, que as autorizaria (ou não), podendo, também, conceder isenções, se as operações forem consideradas úteis para a concretização dos objetivos do tratado. Não se podia apelar judicialmente às entidades jurídicas nacionais dos Estados-membros contra as determinações do tratado.

2.2.2 A defesa da concorrência na Comunidade Européia

A celebração do Tratado de Roma de 25 de março de 1957 formalizou a instituição da Comunidade Econômica Européia – CEE, inicialmente com os seis Estados-membros que constituíam a CECA.³⁸ A constituição da CEE tinha como objetivos de ordem econômica a superação dos limites dos mercados nacionais de seus países membros e sua progressiva fusão em um único mercado comunitário, viabilizando a formação de economias de escala, ganhos de produtividade e de eficiência e avanço na divisão do trabalho. Evidentemente, também existiam objetivos de ordem geopolítica, ligados à necessidade de cooperação entre os países para a superação de suas rivalidades, evitando novos conflitos, e a consolidação da reconstrução européia, com já mencionado.

Em termos de política de defesa da concorrência, o Tratado de Roma seguiu o Tratado de Paris na concepção de "concorrência-instrumento". A defesa da concorrência insere-se na implementação de objetivos mais amplos (a constituição e a consolidação do mercado comunitário) bem como se insere nos objetivos de política econômica e industrial da Comunidade, contribuindo no ajuste dos agentes econômicos às mudanças nas estruturas industriais derivadas da integração européia e no fortalecimento de sua competitividade internacional. Salgado discorre

³⁸ Incorporaram-se à CEE posteriormente: Dinamarca, Grã-Bretanha, Irlanda, Grécia, Espanha, Portugal, Áustria, Finlândia e Suécia.

sobre os objetivos da política de concorrência da Comunidade, sendo perceptível que encontram-se inseridos na concepção de concorrência-instrumento.

A política de concorrência europeia dentro da Comunidade persegue três objetivos [...] : 1) contribuir para a manutenção da unidade do mercado comum, de modo que a supressão de barreiras aduaneiras e restrições quantitativas no comércio intracomunitário não sejam neutralizadas pela recriação doméstica de barreiras por parte das empresas através de acordos e práticas concertadas; 2) impedir o abuso de poder econômico por parte de empresas que detenham posição dominante no mercado, zelando pela manutenção da pluralidade na composição dos mercados; 3) fazer respeitar o princípio da equidade econômica, que consiste em preservar a igualdade de oportunidades dos agentes econômicos no mercado comum [...] um Estado-membro deve evitar privilegiar uma empresa em seu território em detrimento de outra da comunidade.³⁹

O Tratado de Maastricht de 7 de fevereiro de 1992, o Tratado de Amsterdã de 2 de outubro de 1997 e o Tratado de Nice de 26 de fevereiro de 2001⁴⁰ são os principais acordos a suceder o Tratado de Roma. Eles mantêm as diretrizes gerais da defesa da concorrência determinadas no Tratado de Roma.

As regras comunitárias de concorrência têm a função de impedir e reprimir a adoção de atos que prejudiquem a concorrência ou que protejam os mercados nacionais – como a formação de cartéis ou discriminação de produtos oriundos de outros países da comunidade – e de incentivar a eficiência de funcionamento do mercado comum, encorajando as iniciativas que propiciem a inovação, a obtenção de ganhos competitivos e a integração comunitária.

As normas comunitárias de defesa da concorrência estão determinadas no Tratado da Comunidade Europeia⁴¹ e nos regulamentos emitidos pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia. Os precedentes jurídicos oriundos das decisões do Tribunal Europeu influenciam significativamente na interpretação das regras de defesa da concorrência, mas não produzem efeito vinculante. A Comissão Europeia,

³⁹ SALGADO, 1992, p. 14.

⁴⁰ O Tratado de Maastricht instituiu a União Europeia - UE e a Comunidade Europeia. O Tratado de Amsterdã fez alterações formais nos acordos anteriores e o Tratado de Nice fez modificações na forma da tomada de decisões das instituições comunitárias. A UE era constituída, até 30/04/2004, dos seguintes Estados-membros: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grã-Bretanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e Suécia. Em 01/05/2004, incorporaram-se à UE Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, República Checa e Chipre (por enquanto, somente a parte do país de população greco-cipriota).

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da Comunidade Europeia**. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/c2002235pt.003301.html>> Acesso em 23 abr. 2004, artigo 3º, alínea g, artigo 12 e artigos 81 a 89.

através da Direção Geral da Concorrência, e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias exercem as funções de autoridades antitruste comunitárias.

A Comissão Europeia é a instituição politicamente independente que representa e salvaguarda a totalidade dos interesses da União Europeia (UE). Pode propor legislação, programas e políticas de ação; gerar e executar as políticas e o orçamento da UE; garantir a aplicação do direito comunitário, juntamente com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias; e representar a UE internacionalmente. O órgão foi criado quando da formação da CECA. É composta por diversas Direções Gerais com atribuições políticas específicas, onde a Direção Geral da Concorrência é a responsável pela atuação na política antitruste.

Assim, a Comissão Europeia exerce a política antitruste comunitária através da Direção Geral da Concorrência. Pode atuar contra as violações cometidas por agentes econômicos particulares ou pelos próprios Estados-membros. Também tem competência para regulamentar a concorrência, mediante delegação do Conselho Europeu, implementar as normas emanadas dessa instituição, aplicar multas, apreciar notificações prévias e conceder isenções, entre outras atribuições.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias também foi criado quando da instituição da CECA, no Tratado de Paris. A sua missão é garantir a interpretação e a aplicação uniformes da legislação da UE, fazendo cumprir o direito comunitário em todos os Estados-membros. Isto é, cabe ao Tribunal de Justiça garantir que a legislação seja idêntica para todas as partes e em todas as circunstâncias, inclusive tratando da uniformização da aplicação das normas comunitárias em casos de decisões divergentes das cortes nacionais dos Estados-membros. O Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar sobre os litígios entre os Estados membros, as instituições da UE, bem como as pessoas singulares e coletivas.

Com relação à defesa da concorrência, o Tribunal de Justiça julga os apelos dos Estados-membros contra as decisões da Comissão Europeia. O Tribunal de Primeira Instância, um órgão associado, foi criado em 1989 para auxiliá-lo em determinadas questões envolvendo a defesa da concorrência.

O Tribunal de Primeira Instância contribui para que o Tribunal de Justiça despache mais agilmente os milhares de processos que lhe são submetidos e proporciona aos cidadãos uma proteção jurídica mais eficaz, já esse órgão associado tem competência para proferir sentenças em certas categorias de processos, como: ações instauradas por particulares, relacionadas com a

concorrência desleal entre empresas ou nos casos de multas aplicadas pela Comissão Europeia.

As principais disposições sobre a defesa da concorrência nos tratados comunitários versam sobre acordos ou práticas concertadas entre empresas e abuso de posição dominante. Os acordos, as associações, as práticas concertadas ou comportamento paralelo de empresas com o objetivo, explícito ou tácito, ou efeito de restringir ou distorcer as condições de concorrência são proibidos pela legislação. As proibições são para práticas horizontais e verticais. Há exceções para tais práticas ("isenções"), nos casos em que: contribuam para o incremento da produção ou distribuição das mercadorias, promovam o desenvolvimento técnico e repassem para o consumidor uma parcela "justa" dos benefícios decorrentes da operação; não imponham às partes envolvidas restrições a concorrência que não sejam necessárias à obtenção das referidas vantagens; e não restrinjam a concorrência em substancial parcela dos mercados envolvidos.⁴²

Essas normas aplicam-se somente às práticas que possam afetar as relações comerciais entre os Estados-membros da Comunidade. Não havendo efeitos fora das fronteiras do Estado-membro do ato anticoncorrencial, não cabe à legislação comunitária regulá-lo senão ao ordenamento do país envolvido.

O abuso de posição dominante de uma ou mais empresas que afete o comércio entre os Estados-membros da comunidade é proibido. É da responsabilidade das autoridades antitruste a definição dos casos concretos em que

⁴² Tratado da Comunidade Europeia, art. 81: "1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: a) fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa." (UNIÃO EUROPEIA, 2004, art. 81).

há abuso de posição dominante e se a conduta tende a prejudicar o comércio entre os Estados-membros e a consecução da integração comunitária, podendo aprovar ou não o ato.⁴³

As "isenções", exceções às proibições de atos de acordos ou práticas concertadas entre empresas têm seus critérios estabelecidos no Regulamento do Conselho Europeu nº 17 de 1962. Podem ser de caráter individual (para uma empresa) ou em bloco (tipos de operações de concentração que são considerados isentos ou determinados setores que são admitidos).

É importante ressaltar que o controle de atos de concentração não fazia parte dos dispositivos originais do Tratado de Roma por motivos de interesse dos próprios Estados-membros. Assim, à Comissão Europeia não cabia fiscalizar os atos de concentração de empresas cujos efeitos repercutissem no mercado comum até a entrada em vigor do Regulamento do Conselho Europeu nº 4.064/89, que define e estabelece regras para o controle das operações de concentração de grande dimensão entre grandes empresas.

De modo geral, o Regulamento do Conselho Europeu nº 4.064/89 define que as operações de concentração de dimensões comunitárias que estão sujeitas exclusivamente à legislação antitruste comunitária e à supervisão e aprovação da Comissão Europeia precisam ter as seguintes características: volume de negócios total realizado à escala mundial por todas as empresas em causa superior a cinco bilhões de *European Currency Unit - ECUs*; e volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa superior a 250 milhões de *ECUs*, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-membro. Não sendo atingidos os limiares referidos, trata-se de uma operação de concentração de dimensão comunitária se: o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa representar um

⁴³ Tratado da Comunidade Europeia, art. 82º. "É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos." (UNIÃO EUROPEIA, 2004, art. 82).

montante superior a 2,5 bilhões de *ECUs*; em cada um de pelo menos três Estados-membros, o volume de negócios total realizado por todas as empresas em causa for superior a 100 milhões de *ECUs*; em cada um de pelo menos três Estados-membros, o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de *ECUs*; o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de *ECUs*, a menos que cada uma das empresas em causa realize num único Estado-membro mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade.

A apreciação da compatibilidade com o mercado comum das operações de concentração segue os seguintes aspectos: a necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efetiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade; a posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder econômico e financeiro; as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento; a existência, de direito ou de fato, de barreiras à entrada no mercado; a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão; os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e econômico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

São declaradas compatíveis com o mercado comum as operações de concentração que não criem ou não reforcem uma posição dominante que resultem em entraves significativos à concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste. São declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

De acordo com o Regulamento, realiza-se uma operação de concentração quando duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; quando uma ou mais pessoas (que já detêm o controle de pelo menos uma empresa), ou uma ou mais empresas adquirem o controle de uma ou de várias outras empresas. O critério essencial da compatibilidade com o mercado comum é representado pelas

conseqüências da fusão sobre a concorrência nos mercados em que se encontram as empresas objeto da fusão. O Regulamento também estabelece as condições para a notificação prévia à Comissão Europeia das operações de concentração, entre outras disposições.

A Comissão Europeia pode notificar as autoridades antitruste dos Estados-membros nos casos de operações de concentração que não sejam de sua competência, mas que possam afetar as condições de concorrência no mercado interno do país. Para tanto, há normas que exigem a contínua troca de informações entre a Comissão e as autoridades antitruste dos membros da comunidade. O Tratado de Roma e seus sucessores também têm dispositivos que vedam as concessões de benefícios e direitos especiais, por parte dos Estados-membros, a empresas nacionais públicas ou privadas, se as concessões ou benefícios prejudicarem as condições de concorrência na comunidade ou forem utilizados como instrumentos de cunho protecionista.

Forgioni destaca os problemas enfrentados pela política de proteção da concorrência comunitária, como: a necessidade de busca de competitividade econômica internacional leva ao estímulo da concentração industrial na comunidade, enfraquecendo a concorrência interna na Comunidade Europeia; a manutenção de políticas protecionistas por parte dos Estados-membros, o que prejudica as condições de concorrência na comunidade; a ocorrência do fenômeno de concentração industrial dentro dos Estados-membros, com a formação de grandes agentes econômicos nacionais, o que prejudica as empresas de outros Estados-membros (enquanto que se imaginou que, com a constituição do mercado comum, as concentrações e os acordos entre empresas se dariam entre os agentes econômicos de países diferentes, gerando-se, assim, “campeões europeus”).⁴⁴ O processo que se esperava que ocorresse desde o início do processo de integração econômica – a formação de conglomerados europeus – só começou a se intensificar a partir da década de 90, com a constituição da UE e a consolidação da Comunidade Europeia.

Por fim, Nusdeo mostra a passagem de uma posição instrumental e acessória no sistema europeu de proteção à concorrência para uma posição central e de destaque.

⁴⁴ FORGIONI, 1998, p. 166-169.

[...] pode-se apontar que o sistema de direito de proteção à concorrência da Comunidade Européia, criado como um instrumento acessório – ainda que de acentuada importância – ao objetivo de formação do mercado comum, teve seu papel ampliado com a evolução do processo de integração. Essa consequência óbvia decorre da importância da proteção à concorrência no mercado integrado, e aponta para uma progressiva alteração de sua característica de mero instrumento acessório da integração, passando a constituir uma das políticas principais da Comunidade.⁴⁵

2.3 JAPÃO

2.3.1 Histórico da defesa da concorrência no Japão

O começo da história da industrialização japonesa caracterizou-se pela aplicação, a partir da segunda metade do século XIX, de um vigoroso projeto para levar o país a semelhante padrão de desenvolvimento econômico, industrial e militar das potências imperialistas ocidentais da época.

A estratégia de industrialização do país, do início da “Era *Meiji*” até a Segunda Guerra Mundial, pautou-se, pois, por forte intervenção governamental (como ocorreu em outros países de industrialização tardia) e pela articulação coordenada de Estado e iniciativa privada, com: o incentivo ao desenvolvimento da indústria de base e de técnicas de ponta, inclusive com a formação de fábricas estatais, que depois foram repassadas ao setor privado; o protecionismo à indústria nacional; o estímulo ao progresso técnico; a promoção da formação de grandes grupos fabris concentrados (*Zaibatsu*⁴⁶), principalmente na indústria pesada; o estímulo ao estabelecimento de relações cooperativas entre os grandes agentes econômicos, inclusive na formação de cartéis, como forma de racionalização da produção e mecanismo de enfrentamento de crises econômicas. Tais afirmativas são confirmadas por Nusdeo.⁴⁷

⁴⁵ NUSDEO, 2002, p. 112.

⁴⁶ *Zaibatsu*: grandes conglomerados que vinculavam o capital industrial ao financeiro, na forma da associação de várias empresas industriais sob o comando de um grande banco (*holding*), que possuíam grande poder econômico e político e cuja constituição era estimulada pelo governo japonês.

⁴⁷ NUSDEO, op. cit., p. 112-114.

Fagundes também confirma o estímulo ao desenvolvimento dos cartéis e a expansão dos *Zaibatsu* sob a coordenação e supervisão do governo japonês, pois tais tipos de estruturas de mercado e padrões de cooperação eram entendidos como mecanismos de proteção das empresas contra a recessão, de prevenção contra a competição desleal ou “excessiva” entre concorrentes e para a promoção da racionalização da indústria e dos ganhos de produtividade, principalmente após a Primeira Guerra Mundial.⁴⁸

As características intervencionistas e concentradoras do desenvolvimento industrial japonês acentuaram-se na década de 30, com o fortalecimento do poder político dos militares, da política belicista e da estratégia expansionista no Extremo Oriente, e no decorrer da Segunda Guerra Mundial, com o próprio esforço de guerra. Assim, o princípio da livre concorrência, evidentemente, não era um elemento essencial no projeto de desenvolvimento econômico e industrial do Japão. Pelo contrário, os artífices da industrialização japonesa entendiam que o modelo de plena liberdade concorrencial interna e externa não era adequado ao desenvolvimento econômico do país, pois a concorrência externa poderia levar à destruição da incipiente indústria local e a concorrência interna poderia ser nociva à política de desenvolvimento.

A política expansionista que antecedeu a Segunda Guerra Mundial incentivou ainda mais o processo concentracionista coordenado pelo Estado. Portanto, estavam explicados a intervenção e coordenação estatais, a concentração industrial e o protecionismo característicos da industrialização japonesa. As características da economia japonesa na época da Segunda Guerra Mundial eram, pois, a existência de cartéis, dos *Zaibatsu* e de estreitas relações entre o governo e as grandes empresas. Foi neste contexto que começou a se formar a legislação e as instituições antitruste no Japão, após a derrota do país na guerra e durante a sua ocupação pelas potências vencedoras, basicamente pelos Estados Unidos.

Entre 1945 e 1947, como parte da denominada política de democratização implementada pelas potências ocupantes por meio do *Supreme Comander for Allied Powers* - SCAP, foram introduzidas reformas institucionais que visavam, sobretudo, reproduzir no Japão determinados aspectos característicos da cultura e da estrutura industrial dos Estados Unidos. Editou-se uma série de diretrizes com o objetivo de se

⁴⁸ FAGUNDES, Jorge. Políticas Industrial e de Defesa da Concorrência no Japão. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 3-46, 2001, p. 9, 10 e 25.

desconcentrar o poder econômico na economia japonesa com a dissolução dos *Zaibatsu* e a supressão das legislações que davam suporte aos cartéis e outras formas de associação.⁴⁹ Tratava-se, pois, de introduzir na economia japonesa as bases institucionais e estruturais de uma economia de livre mercado.

Em 1947, foram editados os dispositivos legais antimonopólio (Lei Antimonopólio).⁵⁰ A Lei Antimonopólio tinha em seus dispositivos várias influências das leis Sherman e Clayton e determinava a prevenção e a repressão da concentração do poder de mercado e do abuso do poder econômico. Nusdeo (2002) menciona provisões impeditivas da concentração de mercado, como: a proibição à formação de *holdings* e à ocorrência de diretorias inter cruzadas entre as firmas e a necessidade de autorização governamental para a detenção de ações de uma companhia por outra. Também menciona dispositivos que proibiam o excessivo poder de mercado por um agente econômico, isto é, que reprimiam os monopólios privados. Tratava-se, pois, de eliminar as práticas comuns na organização dos *Zaibatsu* e de proibir as práticas restritivas de comércio e a monopolização. Havia, também, dispositivos que proibiam os acordos entre concorrentes, a formação de cartéis e exigiam a prévia autorização de atos de fusões e aquisições por parte da autoridade antitruste, cuja criação também foi determinada na Lei Antimonopólio.⁵¹

A autoridade antitruste criada foi a Comissão de Livre Concorrência (*Fair Trade Commission – FTC*, como é referida na literatura). Essa autoridade funciona como uma agência administrativa independente encarregada da aplicação da lei, das investigações das práticas anticoncorrenciais e das autorizações exigidas na legislação para a consecução de atos de concentração.

Fagundes destaca o rigor da aplicação da legislação antitruste e a intensidade da atuação do *FTC* no imediato pós-guerra.⁵² Em 1949, modificou-se a Lei Antimonopólio, permitindo que firmas possuíssem ações e debêntures de outras empresas não competidoras e que diretores de uma firma pudessem participar da administração de outras não concorrentes.

⁴⁹ Como o “Ato Concernente à Eliminação da Excessiva Concentração do Poder Econômico” e o “Ato de Associação Comercial”, entre outros dispositivos.

⁵⁰ Fagundes os denomina “Leis Originais Antimonopólio” (*Original Antimonopoly Laws*) (FAGUNDES, 2001) e Nusdeo os chama de “Lei de Proibição da Monopolização Privada e de Manutenção de Práticas Leais de Comércio” ou, simplesmente, “Lei Antimonopólio”. (NUSDEO, 2002).

⁵¹ NUSDEO, 2002, p. 115-116.

⁵² FAGUNDES, op. cit., p. 19-21.

Em 1953 e nos anos seguintes, as modificações na Lei Antimonopólio foram mais profundas. Num contexto de acirramento das tensões da Guerra Fria com a eclosão da Guerra da Coreia, a recessão que seguiu ao término do conflito, do fim da ocupação militar do Japão por parte de Estados Unidos e demais potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial. As reformas na legislação antitruste ocorreram no sentido de seu abrandamento ficou mais compatível com as características históricas da estrutura econômica japonesa e das tradições da cultura de negócios de seus agentes econômicos.

As principais alterações na reforma de 1953 foram: a extinção da proibição *per se* para a formação de cartéis – sendo permitida a constituição de cartéis “de recessão”, “de racionalização”, “de depressão” e “de exportação” – e para as operações de fusões e aquisições, desde que não gerem efeitos anticompetitivos e que estimulem ganhos de eficiência; a desobrigação da aprovação por parte da *Fair Trade Commission - FTC* da efetivação de atos de concentração, de constituição de diretorias inter cruzadas e de detenção de ações de firmas por outras, permanecendo vedados somente se derivassem em redução substancial da concorrência ou se fossem decorrentes de uso de métodos desleais de comércio.

Assim, os cartéis são admitidos na legislação antitruste japonesa em situações em que se entende que a concorrência, ou seu excesso, não leva ao melhor desempenho da atividade econômica e, por conseguinte, não favorece a sociedade e o interesse público. São aceitas as seguintes modalidades de cartéis: "cartéis de depressão", que são acordos voltados para a eliminação do excesso de capacidade produtiva ou para melhor uso de máquinas, equipamentos e infraestrutura; "cartéis de recessão", definidos como acordos temporários entre firmas destinados a restringir a produção ou manter os preços nas indústrias afetadas pela recessão, de modo a adaptá-las à redução da demanda caso a adoção do "cartel de depressão" não tenha remediado a crise; "cartéis de racionalização", que são formados como instrumento de consecução de determinados objetivos econômicos, como a cooperação para a racionalização das atividades entre as firmas, desenvolvimento conjunto de tecnologia e ganhos de produtividade; e ainda, outros

cartéis voltados para acordos entre pequenas empresas para fins de exportação e por razões econômicas de interesse público.⁵³

Sobre a reformulação da legislação antitruste japonesa e na conformação de suas instituições de defesa da concorrência a partir de 1953, Nusdeo e Fagundes ressaltam a importância da influência da constituição das leis e instituições antitrustes alemãs. O modelo alemão era mais compatível com as características de uma economia em reconstrução e com longa tradição de forte intervenção estatal.⁵⁴

Concomitantemente à implementação das reformas na legislação antitruste, intensificou-se a implementação da política industrial por parte do poderoso Ministério do Comércio Internacional e Indústria (*Ministry of International Trade and Industry - MITI*, na literatura), que se contrapunha à Lei Antimonopólio. Os integrantes do *MITI* a consideravam nociva ao desenvolvimento da economia e ao ganho de competitividade internacional das empresas japonesas. A hipertrofia de poder do *MITI* e sua política econômica calcada na concentração industrial, no desenvolvimento dos *Keiretsu*⁵⁵ e na cooperação entre as empresas via coordenação estatal levou a limitada eficácia da política antitruste e a sua subordinação à política industrial até o início da década de 60. De fato, com as alterações introduzidas pela reforma, a política antitruste sofreu um declínio na sua aplicação entre 1955 e 1965, no decorrer do “milagre econômico japonês”.

No decorrer da década de 60 e 70, vários aspectos da conjuntura econômica levaram à intensificação da atuação do *FTC* e ao revigoramento da ação antitruste. Um deles foi aumento geral e continuado dos preços nos anos 60, derivado da política de conglomeração e da falta de concorrência na economia do país. Os cartéis de preços e os acordos verticais de fixação de preços foram apontados como

⁵³ Os cartéis de recessão e depressão são formados para socorrer os ofertantes em mercados declinantes, respectivamente, no curto e no longo prazo, promovendo a cooperação horizontal para reduzir a produção e a capacidade produtiva do setor a partir da proposição de que a competição, nestas circunstâncias, é nociva à economia. O desenvolvimento dos “cartéis de racionalização” teve importante papel na promoção da competitividade da economia japonesa, destacando-se os setores de maquinários e eletrônica. As estratégias adotadas pelos cartéis incluíam a padronização dos produtos, a especialização da produção, a obtenção de economias de escala, a cooperação no uso de equipamentos e instalações para a redução de custos e o desenvolvimento de tecnologias.

⁵⁴ NUSDEO, 2002, p. 116; FAGUNDES, 2001, p. 12-14.

⁵⁵ *Keiretsu*: designação de organização de grupo de empresas privadas japonesas originadas da dissolução dos *Zaibatsu*, após a Segunda Guerra Mundial. Os *keiretsu* podem ser conglomerados: financeiros, sob o comando de um banco (*Kin'yu Keiretsu*); de capital, constituídos por firmas que têm a mesma matriz (*Shihon Keiretsu*); de fornecedores ou de distribuidores, ligados à uma mesma grande firma compradora ou vendedora (*Kigyo Keiretsu*). Os *keiretsu* não constituem formalmente *holdings*. Sua coordenação é realizada por intermédio de associações informais entre as direções das maiores empresas (SANDRONI, 2000, p.322).

alguns dos fatores responsáveis pela inflação, defendendo-se uma ação antitruste mais enérgica. Outro aspecto favorável à retomada da defesa da concorrência foi a abertura da economia japonesa aos investimentos estrangeiros e ao comércio exterior, o que levou à necessidade de uma regulação mais efetiva da concorrência.

Na mesma época, fortaleceram-se no país os movimentos a favor da proteção de: pequenas firmas em suas transações com as grandes empresas; manutenção da competição entre as empresas; dos consumidores contra os cartéis de preço e os acordos verticais de preço; a publicidade enganosa; e outras práticas de comércio danosas ao consumidor. Novamente foi diagnosticada a existência dos cartéis como fator de redução dos níveis de bem estar da população.⁵⁶

Aliado às novas percepções da sociedade com respeito à defesa da concorrência e aos direitos do consumidor, outro aspecto a favor do revigoramento da ação antitruste foi a revisão, por parte do *MITI*, de suas concepções acerca da eficiência e da competitividade das empresas japonesas face à liberalização do comércio internacional⁵⁷, o que deu espaço e oportunidade para a aplicação da Lei Antimonopólio de uma maneira mais bem definida e consistente, o que levaria à edição da emenda de 1977 à Lei Antimonopólio.

Fagundes identifica as raízes da reforma de 1977 a partir do que ocorreu na economia japonesa nos anos 60 e 70: intensificação das atividades dos cartéis, principalmente após o choque do petróleo de 1973; intensificação da atividade do *FTC*; incremento do intercâmbio de experiências entre o *FTC* e outros órgãos de defesa da concorrência ocidentais após a entrada do país na Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, Fundo Monetário Internacional – FMI e Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - *GATT*; maior compreensão e receptividade da sociedade japonesa com relação aos objetivos da política antitruste.⁵⁸

A emenda à Lei Antimonopólio de 1977 (*Antimonopoly Act Amendment*) aumentou o rigor e a eficácia da legislação e das instituições antitruste. Os poderes do *FTC* foram aumentados. Foi dado ao *FTC* o poder de impor multas aos cartéis,

⁵⁶ ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Direito Concorrencial e Direito do Consumidor. **Prima Face**, v.1, n.1, jul./dez. 2002. Disponível em: <http://ns.ccj.ufpb.br/primafacie/revista/artigos/artigo_6.pdf> Acesso em: 20 abr. 2004, p. 16. FAGUNDES, 2001, p. 21-22.

⁵⁷ Nesta época, o *MITI* implementou a Nova Política Industrial, que visava capacitar a indústria para a concorrência internacional num ambiente de crescente liberalização comercial e financeira.

⁵⁸ FAGUNDES, op. cit., p. 14, 15 e 22.

restringir a posse de ações de empresas por outras companhias de grande porte, restringir a participação de empresas financeiras em outras empresas, investigar aumentos paralelos de preços em indústrias oligopolizadas, ordenar o desmembramento de empresas em posição de monopólio, promover medidas corretivas em casos de violações passadas à emenda ou em casos de práticas desleais de comércio.

Apesar de fortalecido em seus poderes, o *FTC* adotou uma estratégia preventiva e de difusão das finalidades e princípios da política antitruste, ao invés de se limitar a uma postura punitiva. Essa característica evita, assim, a ocorrência de atritos com a comunidade empresarial e com o *MITI*. A exemplo de seus congêneres ocidentais, a autoridade antitruste japonesa passou a divulgar suas *guidelines*, documentos que esclarecem a sua interpretação da legislação e os seus procedimentos de trabalho.

A partir de meados da década de 80, o aprofundamento da internacionalização da economia e a necessidade de compatibilizar a sua política antitruste com a de seus principais parceiros comerciais, sobretudo com o Estados Unidos, levaram à formalização do Acordo de Impedimentos Estruturais (*Structural Impediments Initiative*) em 1990. Trata-se de um acordo bilateral entre Japão e Estados Unidos que visa a eliminação das barreiras ao comércio internacional, que prejudicavam a competição, e o aumento da repressão à prática de cartel. O acordo acabou destacando a importância do *FTC* e da política antitruste junto ao governo e ao empresariado e ajudou a coibir as práticas anticompetitivas.

Portanto, a história da política antitruste japonesa começou pela introdução de legislação e instituições que refletiam o modelo norte-americano de defesa da concorrência por parte das potências capitalistas vencedoras da Segunda Guerra Mundial em um país com tradições culturais e legais diversas e estrutura econômica calcada na intervenção estatal e na concentração econômica e dos mercados em torno das grandes empresas. Posteriormente e de forma paulatina, a política antitruste japonesa foi consolidando-se e adaptando-se às características econômicas, culturais e legais do país, num processo composto de avanços e recuos em sua constituição e aplicabilidade.

2.3.2 O sistema japonês de defesa da concorrência

A Lei Antimonopólio proíbe os atos de concentração que resultem em redução substancial da concorrência ou que sejam decorrentes do uso de práticas desleais de comércio. Os atos de concentração devem ser notificados previamente à autoridade antitruste (*Fair Trade Commission - FTC*), que o aprovará ou fará as recomendações necessárias às empresas para que o ato possa ser aprovado. Caso as empresas não aceitem as recomendações, dá-se início a um procedimento administrativo em que as empresas devem provar a legalidade do ato de concentração ao *FTC*. Cabe apelação ao poder judiciário das decisões do *FTC*, embora isto dificilmente aconteça.

Do início do “milagre econômico japonês” até o final dos anos 60, a aplicação da legislação antitruste e a atuação do *FTC* foram modestas, estando subordinados à política industrial do Ministério do Comércio Internacional e Indústria (*MITI*). O *MITI* priorizava a concentração econômica, o desenvolvimento dos *Keiretsu* e a formação dos cartéis de racionalização como instrumentos de promoção da eficiência da economia japonesa.

A partir de então, a conscientização da sociedade e da opinião pública japonesa sobre a importância da política de defesa da concorrência, juntamente com as exigências dos parceiros comerciais do país e uma nova concepção de competitividade do *MITI* frearam o processo de concentração. Esse cenário levou à edição da emenda à Lei Antimonopólio de 1977. Com os poderes aumentados com a reforma, o *FTC* passou a adotar uma política preventiva, divulgando, a partir de 1980, suas *guidelines* para a orientação dos agentes econômicos acerca de sua interpretação da legislação antitruste e de sua filosofia e prática de trabalho.

A autoridade antitruste procede um exame simplificado para os atos de concentração de menor ameaça à concorrência, como os que envolvam empresas cujos ativos sejam inferiores a 5 bilhões de ienes ou a operações que se limitem a alterar a forma societária das firmas ou o valor nominal das ações. O exame completo é aplicado para fusões e incorporações entre empresas de maior participação no mercado ou de grande faturamento. Também são sujeitos ao exame completo os atos de concentração de empresas pequenas, cujas suas

particularidades possam levar a ameaças à concorrência, como uma elevada participação no mercado e existência de barreiras à entrada, entre outros aspectos.

Os critérios de exame são de ordem quantitativa e qualitativa, como: participação no mercado das empresas unidas; diferença entre essa participação e a dos demais integrantes do mercado; grau de mudança da participação decorrente do ato de concentração; tipo do ato de concentração (horizontal, vertical ou conglomerado); existência de barreiras à entrada, condições de concorrência nos mercados de produtos substitutos nos casos de concentrações horizontais; existência de barreiras às relações de fornecimento e as condições de entrada, no caso de concentrações verticais; possibilidade de concorrência potencial, nos conglomerados. Assim, a política antitruste e as correções das violações à legislação são aplicadas por meio de exames, negociações e aconselhamentos conduzidos pelo *FTC* de forma geral.

Enfim, a evolução da política de defesa da concorrência, da legislação antitruste e da autoridade administrativa, o *FTC*, mostram a evolução de um contexto de sua introdução por potências estrangeiras no imediato pós-guerra, sua submissão à política industrial do país capitaneada pelo *MITI* nas décadas de 50 e 60 até a sua definitiva consolidação, significativa aplicação e inserção adequada às especificidades da estrutura industrial japonesa da atualidade.

O presente capítulo abordou a experiência histórica e a situação atual da política de defesa da concorrência nos principais centros capitalistas mundiais. O capítulo seguinte versa sobre a evolução histórica e a situação atual da política antitruste no Brasil nos aspectos referentes à legislação e às instituições administrativas.

3 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: HISTÓRIA, LEGISLAÇÃO E INSTITUIÇÕES

O desenvolvimento da economia exportadora de produtos primários (principalmente do “complexo cafeeiro”), a liberação do trabalho escravo (e a conseqüente difusão do trabalho remunerado monetariamente, principalmente na forma de assalariamento) e o surgimento do fenômeno da industrialização (via “processo de substituição de importações”) no final do século XIX e no decorrer do século XX marcam o desenvolvimento das relações capitalistas nas estruturas econômica e social do Brasil.

O processo de aprofundamento das relações capitalistas no Brasil em suas diversas etapas foi acompanhado, com especificidades próprias, pelo avanço do processo de concentração econômica e dos mercados, processo este estimulado pelo Estado em várias ocasiões na história da evolução do capitalismo no país, e pela constituição de legislação e órgãos antitruste no país.

O presente capítulo versa sobre o surgimento e o desenvolvimento da defesa da concorrência no Brasil (a análise de sua construção em termos históricos). O enfoque está na evolução da legislação pertinente ao tema até a Lei Antitruste atual e o estudo da formação das instituições antitruste brasileiras.

3.1 HISTÓRICO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A crise na economia brasileira que se seguiu ao "Crack de 1929" e as mudanças políticas promovidas pelo novo grupo dirigente que ascendeu com a "Revolução de 1930" levaram ao incremento e à mudança qualitativa da intervenção estatal na economia. O desenvolvimento da economia brasileira através do modelo ou processo de substituição de importações seguiu até o final da década de 70, com fases de aceleração, aprofundamento e mudanças estruturais na economia no “Plano de Metas” de Juscelino Kubitschek, no "Milagre Econômico" do I Plano

Nacional de Desenvolvimento - I PND e na "Marcha Forçada" do II Plano Nacional de Desenvolvimento - II PND.

Em termos de legislação, as mudanças de intensidade e enfoque da participação estatal na economia manifestaram-se, inicialmente, na Constituição de 1934, na qual se incluía um título específico sobre a ordem econômica e social (Título IV), algo até então inédito nas cartas constitucionais brasileiras. Todavia, não havia em seu texto e não houve, durante a sua vigência, a promulgação de normas que regulamentassem a defesa da concorrência sob a forma específica de uma legislação antitruste.

A Constituição de 1937, também conhecida como "polaca", ressaltava a importância da intervenção estatal na economia para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar o uso dos fatores de produção, evitando ou dirimindo os conflitos dele decorrente, e incorporar à competição individual os interesses nacionais, mediante o estímulo aos entes privados ou à direta gestão estatal. O texto constitucional também introduziu o princípio da "proteção à economia popular", isto é, garantia legalmente a economia popular de lesões causadas por descontroladas práticas abusivas de agentes econômicos.

A regulamentação dos dispositivos constitucionais de proteção à economia popular veio em 1938 por meio do Decreto-lei nº 869. Este possuía vários aspectos de norma antitruste. Assim, o primeiro diploma legal brasileiro com características de norma antitruste surgiu com o objetivo constitucionalmente definido principal de tutela da economia popular e, por conseguinte, dos direitos do consumidor, o que o difere da gênese da legislação antitruste norte-americana.

Os dispositivos do DL nº 869/38 que tinham características de norma antitruste consistiam na proibição: do açambarcamento de mercadorias; da manipulação da oferta e da procura; da fixação de preços mediante acordo entre empresas; da prática de aplicação de preços predatórios, isto é, da venda abaixo do preço de custo (*dumping*)⁵⁹; da promoção ou participação de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais com o fim de impedir ou dificultar a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio em proveito de aumento arbitrário de lucros; do exercício em funções de direção, administração ou gerência de mais e uma empresa do mesmo ramo com o fim de impedir ou dificultar a concorrência.

⁵⁹ *Dumping*: venda de produtos a preços mais baixos que os custos unitários dos mesmos, com a finalidade de eliminar concorrentes e conquistar fatias maiores de mercado.

Nusdeo ressalta o caráter penal desta norma legal. Este caráter penal derivava de uma concepção de que a atômidade seria a forma ideal de estrutura de mercado, de modo que as estruturas de mercado concentradas, como monopólios e oligopólios, eram freqüentemente consideradas distorções a serem reprimidas.⁶⁰ Isto é, a concentração era vista como uma prática abusiva por si própria (e a ser reprimida e penalizada), pois não havia uma clara percepção da imanência do processo de concentração industrial no modo de produção capitalista.

Forgioni assevera que o DL nº 869/38 foi um instrumento legal apto para o combate de determinadas práticas disfuncionais de comércio, no que tange a fixação de preços e a artifícios e fraudes contra consumidores. Porém, tanto Forgioni como Nusdeo concordam que a norma não teve aplicação significativa no campo da defesa da concorrência.⁶¹

A legislação antitruste brasileira avançou significativamente com a promulgação do DL nº 7.666, de 22/06/1945, que era também denominada "Lei Malaia". De acordo com Forgioni, esta norma surgiu basicamente do esforço do Ministro da Justiça de então, Agamenon Magalhães (apelidado de "Malaio"), e do forte "espírito nacionalista" presente na época.⁶²

A "Lei Malaia" sistematizou melhor alguns aspectos da norma antitruste em relação à legislação precedente. Também avançou ao introduzir o conceito de "abuso de poder econômico" na legislação brasileira, deslocou o tratamento da matéria e as aplicações das sanções da esfera penal para a administrativa e direcionou seu foco à repressão dos "atos contrários aos interesses da economia nacional", em vez da proteção à economia popular.

O Decreto-lei nº 7.666/45 determinou que cabia à administração pública a averiguação e a repressão às práticas contrárias aos interesses da economia nacional, inclusive os trustes, cartéis e demais combinações de agentes econômicos que levassem à elevação dos preços e ao domínio do mercado nacional, assim como à permissão de tais práticas em casos excepcionais.⁶³ Ou seja, introduziu-se, em tese, a sistemática de "autorização prévia" e registro de determinados de atos

⁶⁰ NUSDEO, 2002, p. 218.

⁶¹ FORGIONI, 1998, p. 218-219.

⁶² Ibidem, p. 108-111.

⁶³ Entre outras atividades consideradas nocivas aos interesses da economia nacional, estavam os atos de concentração via compra de acervo de empresas, aquisição de terras e paralisação de firmas.

de concentração, ajustes e acordos. Para esse fim, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) foi criada. A CADE fica subordinada diretamente ao Presidente da República, presidida pelo Ministro da Justiça e integrada pelo Procurador-Geral da República, pelos ministros da Fazenda e do Trabalho, por representantes das categorias produtoras e por um representante técnico em Economia e Finanças.

A "Lei Malaia" se configurou como um forte instrumento em favor do Poder Executivo no controle das atividades do poder econômico, inclusive lhe sendo facultado a intervenção em empresas que praticassem atos nocivos ao interesse público. Evidentemente, o DL nº 7.666/45 enfrentou ferrenha e sistemática oposição de determinados setores econômicos e políticos, tendo sido revogado logo após o término da ditadura do Estado Novo. Mesmo vigorando apenas por alguns meses, a "Lei Malaia" teve importante influência na formação da legislação antitruste brasileira. Enquanto isso, a percepção social da importância da existência de uma legislação de defesa da concorrência e de repressão ao abuso do poder econômico se aprofundava com o progresso do crescimento industrial brasileiro.

Na Constituição de 1946, tal percepção apareceu com a introdução de forma expressa da repressão ao abuso do poder econômico no artigo nº 148 do texto constitucional⁶⁴, criando bases para a formação de uma legislação antitruste e começando a consolidação de uma tradição legal iniciada sob o princípio da "proteção à economia popular" no DL nº 869/38 e no DL nº 7.666/45. No artigo nº 148, a Constituição de 1946 determinava a repressão a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive uniões e agrupamentos de empresas, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Sob a égide da nova constituição, foram promulgadas novas leis de proteção à economia popular e à concorrência, como a Lei nº 1.521/51, chamada "Lei da Economia Popular", e a Lei nº 1.522/51. Estas alteravam ou criavam novos

⁶⁴ Constituição Federal/1946, Título V – Da Ordem Econômica e Social, art. 148. “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. (BRASIL. [Constituição, 1946.] Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 04 ago. 2004).

dispositivos referentes aos temas, autorizando a intervenção do Estado no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo popular e criando a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), antecessora da Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB). No entanto, faltava ainda um diploma legal específico que regulamentasse a repressão ao abuso do poder econômico e a defesa da concorrência, conforme estava previsto na Constituição de 1946, o que se concretiza com a Lei nº 4.137, de 10/09/1962.

A Lei nº 4.137/62, a exemplo da "Lei Malaia", teve o início de sua concepção a partir de novo esforço de Agamenon Magalhães, que, como parlamentar, lançou o projeto na Câmara dos Deputados ainda em 1948. O projeto continua sendo fonte de acalorados debates no Congresso Nacional, principalmente acerca da necessidade da eliminação dos abusos do poder econômico e da neutralização dos efeitos autodestrutíveis do livre funcionamento do mercado pelos defensores do projeto; da naturalidade da ocorrência do fenômeno concentracionista e do aumento do poder econômico no sistema capitalista por parte dos opositores do projeto; da falta de uma precisa definição de "abuso do poder econômico"; do excesso de poderes atribuídos à nova autoridade antitruste a ser criada, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Após longo trâmite no parlamento, foi finalmente promulgada a Lei nº 4.137/62. Além de, como já referido, criar o CADE com a incumbência de aplicar a lei e apurar e reprimir os abusos do poder econômico, o novo dispositivo legal descrevia as práticas consideradas como abuso do poder econômico, como: aumento arbitrário de lucros, provocação de condições monopolistas, formação de grupo econômico prejudicial à livre deliberação de compradores ou vendedores e exercício de concorrência desleal. Dessa forma, previa e caracterizava a repressão aos atos abusivos *a posteriori*; exigia a prévia aprovação e o registro no CADE de atos de concentração, acordos ou ajustes de empresas que restringissem as condições de concorrência nos mercados atingidos, isto é, estabelecia a possibilidade de um controle *a priori* dos atos potencialmente lesivos à livre concorrência; estabelecia e regulamentava os processos administrativo e judicial bem como as atividades de fiscalização. No entanto, a Lei nº 4.137/62 teve aplicação limitada durante sua vigência. Por sua vez, o CADE teve discreta e modesta atuação como autoridade antitruste com a referida lei até meados da década de 1990.

As explicações para a limitada presença de legislação e autoridade antitruste no período variam. Salgado afirma que a legislação antitruste brasileira enfrentou dificuldades desde suas origens. Alguns exemplos são: a tradição jurídica brasileira de antecipar a norma ao fato, pois, conforme Salgado, não havia ainda um padrão de concorrência capitalista consolidado na época para ser disciplinado legalmente. Outros fatores incluem a tradição intervencionista do Estado brasileiro, as contradições existentes entre a legislação antitruste brasileira – inspirada na norte-americana, que espelhava o empenho da sociedade em preservar as suas bases ideais de democracia (liberdade individual, livre propriedade privada e igualdade de oportunidades) – e a fragilidade dos valores democráticos no Brasil de então.⁶⁵

Além disso, o padrão de desenvolvimento capitalista no Brasil começa com forte intervenção estatal e concentração oligopólica nos anos 30, se intensifica a partir dos anos 50 e, sobretudo, durante a ditadura de 1964. Assim, as bases produtivas e técnicas da etapa de industrialização brasileira concluída no final dos anos 70 (a industrialização substitutiva de importações) exigiam grandes unidades produtivas, investimentos de grande porte e longa maturação e geração de economias de escala, implicando na constituição de uma estruturação industrial caracterizada pela forte presença de oligopólios. Para tanto, foi fundamental o incentivo do Estado através de órgãos como o Conselho Interministerial de Preços (CIP), o Conselho de Desenvolvimento Industrial (CDI) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), entre outros. As políticas industriais implementadas, portanto, amoldaram-se e tornaram-se funcionais ao padrão de desenvolvimento capitalista no Brasil representado pela industrialização substitutiva de importações.

Nusdeo também argumenta que a Lei nº 4.137/62 foi pouco eficaz face à estratégia desenvolvimentista de substituição de importações brasileira, que se revigorou durante a ditadura de 1964, quando investimentos diretos do Estado, crédito externo e incentivos fiscais e financeiros combinaram-se numa política concentracionista explicitada nos Planos Nacionais de Desenvolvimento. Por meio do Decreto-lei nº 1.182, foi criada a Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE), órgão encarregado da aprovação das operações de incorporações, fusões e agrupamentos de empresas que receberiam incentivos

⁶⁵ SALGADO, 1995, p. 12-14.

governamentais para se concretizarem. A atuação discricionária do CADE e a jurisprudência desenvolvida por este órgão e pelo Poder Judiciário acabavam por amoldar-se às exigências do modelo de desenvolvimento.⁶⁶

Glória mostra que a política governamental do final dos anos sessenta e início dos setenta contribuiu para a pouca eficácia da legislação e virtual inação do CADE.⁶⁷ Essa política buscava incentivar a fusão e incorporação de empresas visando melhorar a eficiência macroeconômica, pela redução de custos e a ampliação das concentrações horizontais ou verticais.

Forgioni, por sua vez, concorda que a Lei nº 4.137/62 foi "materialmente ineficaz", mas nega que o processo concentracionista durante a industrialização substitutiva significasse que o CADE tivesse sido um órgão inoperante. O órgão havia instaurado significativo número de averiguações preliminares na época em questão, mas os veredictos condenatórios do CADE foram suspensos ou anulados por decisões do Poder Judiciário. Além disso, sugere que, em princípio, contradição entre uma política econômica e industrial concentracionista e a Lei Antitruste, podendo essa ser usada em proveito daquela. Assim, a autoridade antitruste não seria inoperante, mas utilizada como auxiliar na política do governo federal de fortalecimento da indústria nacional.⁶⁸ Forgioni entende a defesa da concorrência antitruste como um instrumento de Estado para a implementação de políticas públicas.

Outros diplomas legais sobre proteção da economia popular, defesa do consumidor e da concorrência que antecederam a atual Lei Antitruste sucederam a Lei nº 4.137/62. Anteriores à Constituição Federal de 1988, foram promulgados os seguintes diplomas legais, entre outros: a Lei Delegada nº 4 e a Lei Delegada nº 5, ambas de 1962, que criaram a SUNAB e estabeleceram suas atribuições; o DL nº 52.025/63 e o Decreto nº 92.323/86, que regulamentavam a Lei nº 4.137; o Decreto nº 63.196/68, que criou o CIP.

Sob a Constituição Federal de 1988, os principais diplomas legais referentes à matéria surgidos antes da atual Lei Antitruste foram a Lei nº 8.028/91 e o Decreto nº 99.244/90. Esses dispositivos criaram a Secretaria Nacional de Direito Econômico

⁶⁶ NUSDEO, 2002, p. 221-222.

⁶⁷ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 82.

⁶⁸ FORGIONI, 1998, p. 126-131.

(SNDE), mais tarde, Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça. Também passaram a vigorar a Lei 8.078/90, que é o Código de Defesa do Consumidor (CDC); a Lei nº 8.137/90, que atribui aos atos contrários à ordem econômica, inclusive acordos, ajustes e operações de concentração o status de "crimes"; a Lei nº 8.176/91; a MP nº 813/95, que criou a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE) – depois Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE); e por fim, a Lei nº 8.158/91, que será comentada a seguir.

A Constituição Federal de 1988, a exemplo das cartas que a precederam desde 1934, incluiu um título específico sobre a ordem econômica (Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira), além de versar sobre o assunto em outros títulos do texto constitucional. Sobre ordem econômica, defesa da concorrência e abuso do poder econômico, o texto constitucional faz menção direta no artigo 170 - II, III, IV, V e no artigo 173 - parágrafos 4º e 5º. São ressaltados, entre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor. O texto constitucional também determina a repressão legal do abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.⁶⁹

A implementação de uma política de liberalização e abertura da economia brasileira a partir de 1990 exigia a implementação de uma legislação antitruste que correspondesse ao processo liberalizante. Para tanto, foi editada a MP nº 204/90, que se converteu na já citada Lei nº 8.158/91.

A Lei nº 8.158/91 conferiu maior rapidez aos procedimentos administrativos de apuração das práticas de violação à ordem econômica, com a transferência do CADE à SDE das atribuições de apuração e proposição de medidas cabíveis para a

⁶⁹ Constituição Federal/1988, 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: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor. [...] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de 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 à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."(BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2003).

correção de comportamentos lesivos ou perturbadores à concorrência, aos mecanismos de formação de preços, à liberdade de iniciativa ou aos princípios fundamentais da ordem econômica. Cabia à SDE o exame e a anuência dos acordos e ajustes que limitassem ou reduzissem a concorrência e das operações de concentração que implicassem na participação de empresa ou de grupos de empresas resultante em parcela de 20%, ou mais, do mercado relevante de bens e serviços.

Para a aprovação de tais atos de concentração, a SDE deveria considerar: o aumento da produção ou das exportações; a melhora na distribuição dos produtos; o incremento tecnológico ou econômico; a distribuição eqüitativa dos benefícios entre os ofertantes e os consumidores ou usuários finais; a limitação da operação aos objetivos visados pela mesma; a não substancial redução da concorrência. A SDE também podia aprovar a operação com restrições de duração prefixada. Havia a possibilidade de consulta prévia à SDE sobre a validade de atos a serem celebrados.

Para Nusdeo a Lei nº 8.158/91 avançou no sentido de caracterizar a legislação antitruste como reguladora e promotora da livre concorrência, afastando-a dos rígidos limites da legislação penal. Também avançou ao reduzir a margem de poder discricionário do CADE, cuja competência passou a ser vinculada com a da SNDE (depois SDE), tendo as autoridades antitruste que se aterem a juízo de legalidade, ao invés de critérios de oportunidade e conveniência.⁷⁰

Finalmente, a promulgação da Lei nº 8.884 de 11/06/1994 estabelece as atuais normas de defesa da concorrência no Brasil. Note que a gestação e a promulgação da atual Lei Antitruste brasileira é contemporânea à implementação do Plano Real. A seguir, a legislação e o sistema de defesa da concorrência no Brasil na atualidade são tratados.

⁷⁰ NUSDEO, 2002, p. 222-224. Todavia, outros autores, como Fonseca (1995) e Glória (2003), afirmam que, ao configurar os atos contrários à ordem econômica como "infrações", a Lei nº 8.158/91 teria contradito a recém promulgada Lei nº 8.137/90, misturando seus dispositivos com os das leis anteriores (Lei nº 4.137/62 e Lei nº 8.137/90), confundindo a caracterização legal dos atos e prejudicando a aplicação da legislação antitruste (FONSECA, João Bosco Leopoldino Fonseca. **Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 29; GLÓRIA, 2003, p. 81-82).

3.2 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL NA ATUALIDADE

3.2.1 As disposições da Lei nº 8.884/94

A Lei nº 8.884/94, suas posteriores alterações⁷¹ e os dispositivos não revogados das normas legais anteriores compõem a atual legislação antitruste brasileira, dispondo sobre a caracterização, a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, de livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico.⁷² O diploma também estabelece nova personalidade jurídica ao CADE e define as atribuições dos órgãos constituintes do sistema brasileiro de defesa da concorrência. A coletividade é a detentora da titularidade dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

A Lei nº 8.884/94 prevê, basicamente, dois tipos de ação para a defesa da concorrência: um de caráter repressivo às condutas anticompetitivas dos agentes econômicos (artigos 20, 21 e seguintes); outro de caráter preventivo à concentração das estruturas mercadológicas, evitando a detenção e o exercício de poder de mercado (artigo 54 e seguintes). Na sua versão atual, essa lei estabelece os atos que constituem infrações à ordem econômica, a saber: 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 (artigo 20). Constituem atos infringentes à ordem econômica os que produzam ou tenham por objeto os efeitos acima elencados, independentemente de culpa.

⁷¹ BRASIL. **Lei nº 9.021**, de 30/03/1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2004; BRASIL. **Lei nº 9.069**, de 29/06/1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004 ; BRASIL **Lei nº 9.470**, de 10/07/1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004; BRASIL. **Lei nº 9.873**, de 23/11/1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004; BRASIL. **Lei nº 10.149**; de 21/12/2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004; BRASIL. **Lei nº 10.843**, de 27/02/2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004.

⁷² Alves reivindica uma maior reflexão à denominação “Lei Antitruste” para a Lei nº 8.884/94, defendendo que, na verdade, o referido diploma legal tem caráter mais amplo. Esse também protege outros valores como a liberdade de iniciativa, a propriedade e os consumidores. O autor prefere, portanto, a denominação “Lei de Proteção da Ordem Econômica” (ALVES, Waldir. Atuação do Ministério Público Junto ao CADE e nos Processos Cíveis e Penais de Infração Contra a Ordem Econômica e as Relações de Consumo. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al. **Ministério Público e a Ordem Social Justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 284).

A lei ressalta que a conquista de mercado resultante de processo fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza infração à ordem econômica. Define como posição dominante a situação em que uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. A posição dominante é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

O artigo 21 da Lei 8.884/94 tipifica com exemplos outras condutas que caracterizam infrações à ordem econômica na medida em que se configurem nas hipóteses citadas no artigo 20. Como tem caráter de exemplificação, a citação das condutas não encerra o rol de práticas infratoras.

Entre as condutas citadas no artigo 21 da Lei nº 8.884/94, estão: fixar ou praticar preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços em acordo com concorrente; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; dividir os mercados de serviços ou produtos ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção e distribuição de bens ou serviços; impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de

equipamentos destinados a os produzir, distribuir ou transportar; açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; vender, sem justificativa, mercadoria abaixo do preço de custo (*dumping*); interromper, reduzir em grande escala a produção, ou cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada (ou seja, praticar *lock out*); subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço; combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa.⁷³ No âmbito da defesa da concorrência, portanto, a lei veda o abuso do poder econômico, a prática de posição dominante, a prática de formação de cartéis e de comportamento colusivo, a adoção de práticas verticais e horizontais de restrição à concorrência e a interposição de barreiras à entrada.

As penalidades às infrações à ordem econômica são mencionadas no artigo 23 da Lei nº 8.884/94. No caso de empresa, fixa multa de 1% a 30% do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, nunca inferior à vantagem auferida, quando quantificável; no caso de administrador, direta ou

⁷³ Na Lei nº 8.884/94, art. 21, as principais práticas verticais de restrição à concorrência são: limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV); criar dificuldades ao funcionamento de empresa (inciso V); conceder ou exigir exclusividade para propaganda publicitária (inciso VII); regular mercados de bens ou serviços (inciso X); fixar preço de revenda (inciso XI); discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços (inciso XII); recusar a venda de bens ou a prestação de serviços (inciso XIII); dificultar ou romper relações comerciais (inciso XIV); subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem. As principais práticas horizontais de restrição à concorrência são: limitar ou impedir acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV); criar dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa (inciso V); impedir o acesso de concorrente às fontes de insumos, matérias-primas etc. (inciso VI); regular mercados de bens ou serviços (inciso X); impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (inciso XVI); destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo (inciso XVII); praticar preços abaixo de custo de produção ou de prestação de serviços (inciso XVIII); importar bens sob a prática de *dumping* (inciso XIX); promover a retenção de bens de produção ou de consumo (inciso XXII). As principais práticas colusivas são a fixação de preços de aquisição ou revenda (inciso I); a divisão de mercados de bens ou serviços (inciso III); a combinação ou ajuste de vantagens em concorrência pública ou administrativa (inciso VIII). As principais práticas cartelizantes são a fixação de preços de aquisição ou revenda (inciso I); a influência para conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrente (inciso II); o estímulo à oscilação de preços (inciso IX); a regulação de mercados de bens ou serviços (inciso X); a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços (inciso XII); a imposição de preços excessivos (inciso XXIV). As principais práticas abusivas de posição dominante são a destruição ou inutilização de bens de produção ou de consumo (inciso XVII); a interrupção ou redução em grande escala da produção (inciso XX); a cessação parcial ou total das atividades da empresa (inciso XXI); a promoção de retenção de bens de produção ou de consumo (inciso XXII); a imposição de preços excessivos (inciso XXIV). (BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2004.)

indiretamente responsável pela infração cometida por uma empresa, multa de 10 a 50% do valor daquela aplicável à empresa; no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa é de 6.000 a 6.000.000 de UFIRs ou padrão superveniente. Em caso de reincidência, as penas são aplicadas em dobro.

O artigo 24 estabelece penas adicionais que poderão ser impostas de maneira isolada ou cumulativa, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. Entre elas estão a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória; a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica; e, por fim, a recomendação aos órgãos públicos competentes de que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator, não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais devidos; e, ainda, o cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos.

Em caso de permanência em atos ou situações que configurem infração da ordem econômica após decisão do Plenário do CADE ou de descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 UFIRs, ou padrão superveniente. A multa pode ainda ser aumentada em até vinte vezes, se assim o recomendar a situação econômica e a gravidade da infração (artigo 25).

A recusa, omissão, incorreção, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIRs, podendo ser aumentada até vinte vezes, se necessário, para garantir sua eficácia devido a situação econômica do infrator. O inspecionado fica sujeito ao pagamento de multa de R\$ 21.200,00 a R\$ 425.700,00 (artigos 26 e 26-A, incluído pela Lei nº 10.149/00) se impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a

realização de inspeção autorizada pela SDE ou SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo.

O artigo 35-B (incluído pela Lei nº 10.149/00) da Lei Antitruste estabelece a possibilidade de celebração de “acordo de leniência” com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável para pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. O acordo de leniência previsto na lei consiste, pois, na possibilidade exclusão de processo administrativo e de redução de pena para os infratores à ordem econômica que se apresentem espontaneamente às autoridades antitruste e cooperem identificando os demais co-autores e apresentado provas concretas. A lei garante sua extensão à esfera penal, isto é, o cumprimento do acordo de leniência extingue a punibilidade criminal das infrações à ordem econômica caso se constituam em crime.

O artigo 52 da Lei nº 8.884/94 estabelece a possibilidade do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do CADE adotarem, no decorrer do trâmite do processo administrativo, “medida preventiva” quando houver indício de que o agente econômico em questão possa causar ao mercado lesão de difícil reparação ou tornar ineficaz o resultado final do processo. Na “medida preventiva”, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator do CADE podem determinar a imediata cessação da prática e a ordem, quando possível, de reversão à situação anterior.

O artigo 53 determina que poderá ser celebrado “compromisso de cessação de prática” no decorrer do trâmite do processo administrativo nos casos sob investigação por parte do CADE ou pela SDE (*ad referendum* do CADE), não importando em confissão quanto à matéria, nem reconhecimento de licenciosidade na conduta analisada. Ou seja, as autoridades antitruste e o agente econômico investigado ou julgado podem acordar a cessação da prática considerada irregular promovida por este e com isso suspender o trâmite processual na vigência do acordo e levando ao arquivamento do processo, se o compromisso for cumprido.

No entanto, o “compromisso de cessação de prática” não pode ser estabelecido com agentes econômicos que tenham praticado as seguintes infrações: fixar ou praticar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda de bens

ou de prestação de serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; dividir os mercados de serviços ou produtos, as fontes de oferta de matérias-primas ou produtos intermediários; combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa. Note-se que as infrações mencionadas constituem formas de cartel.

A importância da introdução do "compromisso de cessação de prática" na legislação brasileira é enfatizada por Fonseca e Glória. O "compromisso de cessação de prática" é inspirado no Direito norte-americano (*consent decree*). Neste acordo, há reciprocidade de concessões: o agente econômico pára de praticar o ato pretensamente proibido e a autoridade antitruste paralisa ou extingue a investigação.

Nos Estados Unidos, o compromisso de cessação é realizado pelo Poder Judiciário. No Brasil, o CADE pode aprovar o compromisso de cessação (podendo a decisão ser revista judicialmente). A adoção do compromisso de cessação também é uma forma rápida e pragmática de resolver os litígios entre agente econômico e autoridade antitruste através da transação ou do acordo.⁷⁴

A Lei Antitruste também trata do controle e da obrigatoriedade de apreciação, por parte do CADE, de atos e contratos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços (trata do exame e autorização prévios de atos de concentração). Tais atos podem ser autorizados pelo CADE se tiverem por objetivo aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; se os benefícios decorrentes forem distribuídos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais; se não implicarem em eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; e, se forem observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Há a possibilidade de que sejam considerados legítimos os atos de concentração efetuados por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que sejam atendidas parcialmente as condições acima mencionadas.

O exame e a autorização prévios também se aplicam aos atos 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

⁷⁴ FONSECA, 1995, p. 135-137. GLÓRIA, 2003, p. 86-88.

qualquer forma de agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% 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. À decisão do CADE quanto à autorização ou não do ato, precedem o parecer técnico da SEAE e a manifestação da SDE.⁷⁵

Para os atos de concentração autorizados, há a definição, também por parte do CADE, de “compromissos de desempenho” a serem cumpridos pelos agentes econômicos protagonistas do ato.⁷⁶ O compromisso de desempenho consiste na fixação de obrigações definidas pelo CADE, de modo a assegurar o cumprimento das condições para a autorização de atos de concentração previstas no parágrafo 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Ou seja, o compromisso de desempenho traduz-se em um elenco de metas a serem cumpridas pelas empresas que pleiteiam do CADE a autorização para a realização de atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência ou resultar em dominação de mercados. A criação do instituto de compromissos expressamente assumidos pela empresa perante à autoridade antitruste foi inspirada pelo caráter impositivo e compensatório das condições compromissadas – eficiências econômicas que possam ser compartilhadas pelas empresas requerentes, pelos mercados e pela sociedade.⁷⁷

A respeito da autorização de atos de concentração, Fonseca e Glória consideram muito positiva a possibilidade oferecida pela Lei Antitruste nacional de que haja a autorização para a concretização destes atos quando proporcionam vantagens econômicas que compensam os efeitos nocivos à concorrência, quando as vantagens são distribuídas entre empresas e consumidores, quando não eliminam a concorrência e quando os atos se restringem ao objetivo proposto. Este mecanismo é denominado "sistema do balanço econômico" ou "análise econômica do direito".⁷⁸

⁷⁵ A análise de atos de concentração não considerados potencialmente lesivos à concorrência pode ser feita conjuntamente por SDE e SEAE por meio de procedimento sumário (BRASIL. Ministério da Fazenda; Ministério da Justiça. **Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 01**, de 18 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>> Acesso em: 20 abr. 2004).

⁷⁶ Artigos 54 a 58 da Lei nº 8.884/94 em sua atual redação. (BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994).

⁷⁷ PROENÇA, João Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 143-144.

⁷⁸ FONSECA, 1995, p. 146-149.; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 26, p. 6-27, set./dez.1997, p. 9. GLÓRIA, 2003, p. 90.

Proença aponta ressalvas à Lei Antitruste brasileira quanto à possibilidade de consecução pela autoridade administrativa de permissão ao controle do ato de concentração antes ou depois de consumado o ato de concentração. Acredita, portanto, que o controle deva ocorrer somente antes, pois uma eventual decisão do órgão antitruste de desaprovação (ou de aprovação com ressalvas) *a posteriori* pode tornar a aplicação da decisão difícil (talvez impossível) e custosa (reversão ou modificação do ato de concentração). Assim, Proença entende que a autorização *a priori* dos atos de concentração deveria ser obrigatória, como ocorre na legislação norte-americana.⁷⁹

O mecanismo da autorização tem semelhanças com o das isenções da legislação antitruste europeia e norte-americana no que tange às condições exigidas à sua concessão. Porém, diferente das isenções, que são estabelecidas *a priori* para agentes econômicos (isenções em caráter individual) ou atividades econômicas (isenções em bloco - *block exemptions*) de acordo com as políticas públicas, a autorização é concedida (ou não) aos agentes econômicos mediante submissão do ato à apreciação das autoridades antitruste. Por fim, os artigos 69 a 78 da lei tratam da intervenção judicial em empresas para o cumprimento da execução de decisão relativa a assunto de matéria antitruste.

Glória ressalta as qualidades da atual legislação antitruste brasileira, que se aproxima da experiência internacional em termos de defesa da concorrência, pois faz uso da "regra da razão", não havendo infração *per se*.

Com a nova lei brasileira de defesa da concorrência, n. 8884, de 1994, *marco legal mais próximo da experiência internacional em defesa da concorrência*, pois baseia-se na 'regra da razão' [...] quer dizer, os processos são analisados caso a caso, não havendo, portanto, infração *per se* (aspas e itálico no original)⁸⁰

Forgioni identifica o caráter instrumental da legislação antitruste brasileira desde o seu surgimento sob a égide da proteção da economia popular. Historicamente, a disciplina da concorrência no Brasil tem se pautado como "concorrência-instrumento". O caráter instrumental na atual Lei Antitruste brasileira insere-se nas bases constitucionais de um fim maior: "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

⁷⁹ PROENÇA, 2001, p. 104-106.

⁸⁰ GLÓRIA, 2003, p. 83.

O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, § 4.º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, V), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social'.(aspas no original).⁸¹

Neste aspecto, a legislação antitruste brasileira distingue-se da norte-americana, pautada pela "concorrência-fim", e aproxima-se da européia, embora também faça uso de conceitos oriundos da legislação antitruste norte-americana. Forgioni também ressalta a singularidade e as peculiaridades da Lei nº 8.884/94 em relação aos ordenamentos antitruste estrangeiros quanto à tipificação legal das práticas lesivas à concorrência, pois os supera ao simplificar a caracterização de ilícitos à ordem econômica, de abuso de posição dominante, de acordos e de atos de concentração danosos à concorrência.⁸²

3.2.2 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) se constitui de três órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Criado por meio da Lei nº 4.137/62, o CADE passou a ser uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça a partir da promulgação da Lei nº 8.884/94. Logo, o CADE é um órgão da Administração Indireta com personalidade jurídica, patrimônio e destinação orçamentária próprios. Assim, alcança maior agilidade e autonomia administrativa e financeira bem como liberdade para desempenhar suas atribuições. A natureza autárquica do CADE lhe permite, também, atuar na análise, investigação e intervenção, no que concerne à sua competência, nas práticas empresariais, independentemente de prévia interveniência ou anuência de outros órgãos governamentais, como a SDE, o próprio Ministério da Justiça e o Ministério Público.

⁸¹ FORGIONI, 1998, p. 170.

⁸² Ibidem, p. 136-142.

O CADE é composto por um presidente e seis conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com notório saber jurídico ou econômico e nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. O mandato do presidente e dos conselheiros é de dois anos, com a possibilidade de uma recondução. A lei também confere ao CADE uma Procuradoria-Geral para tratar de assuntos especificamente jurídicos.⁸³

Concernente à defesa da ordem econômica e da concorrência, o CADE tem competência para: zelar pela observação da legislação pertinente; decidir sobre a existência de infração à ordem econômica, aplicando as penalidades previstas na legislação; decidir sobre os processos instaurados e os recursos de ofício impetrados pela SDE; providenciar a cessação da infração à ordem econômica, inclusive mediante a celebração com a empresa de compromisso de cessação, sem a atribuição à empresa de efeitos de confissão ou de reconhecimento de procedência da licenciosidade a ela imputada; adotar medidas preventivas, como a aprovação de termos de compromisso de cessação de prática e de compromisso de desempenho, de acordo com o estabelecido na legislação; apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE; requisitar informações e determinar diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; efetuar a autorização prévia de atos ou condutas sujeitos à aprovação; intimar os interessados por suas decisões, às quais não cabem recursos administrativos no âmbito do Poder Executivo; requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões; responder a consultas sobre matéria de sua competência; e, por fim, instruir a sociedade sobre as formas de infração à ordem econômica.

O CADE configura como órgão julgador (ou judicante⁸⁴), o tribunal administrativo que decide sobre a ocorrência (ou não) de infrações à ordem econômica, impondo, se for o caso, multas e outras penas e determinando a cessação das práticas. Decide, também, sobre a legitimidade dos atos de concentração de poder econômico, avaliando se os efeitos das fusões, incorporações e outros tipos de atos de concentração podem restringir ou eliminar a concorrência. Pode também autorizar determinados tipos de atos de concentração,

⁸³ A Lei nº 8.884/94 versa sobre a Procuradoria do CADE nos artigos 10º e 11º, sendo suas atribuições definidas no art. 10º. (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994).

⁸⁴ Judicante: que possui o poder de julgar contenciosos administrativos que lhe competem, mas sem poder jurisdicional.

mediante o cumprimento de determinados requisitos. É o órgão administrativo máximo de defesa da concorrência.

A Lei nº 8.884/94 (no Título IV, artigos 13 e 14) estabelece que a Secretaria de Direito Econômico (SDE⁸⁵) seja dirigida por um secretário, indicado pelo Ministro da Justiça dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico, nomeado pelo Presidente da República e demissível a qualquer tempo. Conforme a lei, compete à SDE as seguintes funções: zelar pelo cumprimento da legislação pertinente, acompanhando as práticas de mercado; acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais dos agentes econômicos que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários; proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, averiguações preliminares para instauração de processo administrativo; requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica, se houver indícios subsistentes; recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo; remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; celebrar compromisso de cessação, submetendo-o ao CADE, e fiscalizar o seu cumprimento; sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento; adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e multa, no caso de descumprimento; receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE; orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da lei; desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão.

⁸⁵ A SDE foi criada pela Lei nº 8.158/91.

A SDE é o órgão executivo da administração pública encarregado da proteção da ordem econômica e da defesa da concorrência através do Departamento de Proteção e Defesa da Ordem Econômica (DPDE⁸⁶). É, pois, órgão administrativo que atua preventivamente com funções de investigação e instrução. Recebe, conhece e apura as denúncias de infrações à ordem econômica e decide sobre sua procedência, remetendo o processo ao CADE para julgamento (ou arquivando-o, recorrendo de ofício). No âmbito administrativo, as decisões da SDE em seus procedimentos administrativos não são passíveis de revisão por superior hierárquico (como, por exemplo, pelo Ministro da Justiça), mas somente pelo CADE.

Logo, o CADE e a SDE são as autoridades antitruste brasileiras. Salgado caracteriza o funcionamento complementar e coordenado dos dois órgãos. A SDE atua como se fosse uma espécie de polícia judiciária, realizando inquéritos, instruindo os autos e remetendo o processo para um tribunal especial, o CADE, que efetua o julgamento.⁸⁷ Das cinco fases de trâmite do processo administrativo (instauração, defesa do acusado, investigação, relatório e julgamento), compete à SDE as quatro primeiras e ao CADE a última. Nusdeo ressalta a independência do CADE e da própria aplicação da lei em relação a interesses e pressões de setores políticos e econômicos. No âmbito da SDE também não há tal previsão, como já comentado. O CADE institui-se, portanto, como a autoridade antitruste final.

Deve ser observado que a elaboração da Lei 8.884, de 1994, inclusive com o controle dos atos de concentração, expressou uma opção pela independência do CADE e da aplicação da lei, de maneira geral, com relação a interesses políticos ou setoriais. Editada sob o peso da histórica inefetividade da lei anterior, a de nº 4.137, de 1962, procurou-se pôr os órgãos encarregados da aplicação da lei a salvo de pressões de interesses econômicos envolvidos. Não existe na lei antitruste brasileira, assim, a previsão de uma instância política de revisão das decisões do CADE em matéria de concentrações.⁸⁸

Além das duas autoridades antitruste mencionadas acima, o SBDC dispõe da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, como órgão auxiliar. A SEAE foi criada por meio da MP nº 813/95. É órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como apreciar atos de

⁸⁶ Além do DPDE, a SDE tem o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC.

⁸⁷ SALGADO, 1995, p. 19.

⁸⁸ NUSDEO, 2002, p. 226.

concentração entre empresas e reprimir condutas anticoncorrenciais. A SEAE dispõe de duas Coordenações Gerais de Defesa da Concorrência.⁸⁹

As atuais atribuições da SEAE estão definidas no Decreto nº 4.643/03. Suas atribuições referentes à defesa da concorrência são as quatro seguintes: delinear, coordenar e executar as ações do Ministério da Fazenda, no tocante à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica, de forma a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico; assegurar a defesa da ordem econômica, em articulação com os demais órgãos de governo encarregados de garantir a defesa da concorrência, atuando no controle de estruturas de mercado, emitindo, obrigatoriamente, pareceres econômicos referentes a atos de concentração, procedendo as análises econômicas de práticas ou condutas limitantes da concorrência, instruindo procedimentos, realizando, em face de indícios de infração da ordem econômica, investigações de atos ou condutas limitadores da concorrência; favorecer o desenvolvimento econômico e o funcionamento adequado do mercado, nos setores agrícola, industrial, comercial, de serviços e de infraestrutura de forma a permitir a livre distribuição de bens e serviços via adoção de medidas normativas sobre condições de concorrência para assegurar a livre produção, comercialização e distribuição de bens e serviços, avaliação dos atos e instrumentos legais que afetem as condições de livre comercialização; e, por fim, a produção e distribuição de bens e serviços e compatibilização das práticas internas de defesa da concorrência e de defesa comercial com as práticas internacionais, visando a integração econômica e a consolidação dos blocos econômicos regionais.

Assim, a SEAE também tem funções de análise e investigação na área de defesa da concorrência, a exemplo da SDE. Cabe à SEAE a emissão de pareceres técnicos sobre aspectos econômicos que acompanham o processo administrativo instruído pela SDE (de forma facultativa, em casos de condutas anticoncorrenciais; de forma obrigatória, em casos de atos de concentração). A SEAE também pode apresentar representação perante a SDE, quando verificar indícios de infração à ordem econômica. Para Glória, a introdução na legislação antitruste da presença de um órgão integrante do Ministério da Fazenda no SBDC – a SEAE – é um indicador

⁸⁹ Além das duas Coordenações Gerais de Defesa da Concorrência – COGDC I e COGDC II, a SEAE dispõe das seguintes Coordenações Gerais: de Produtos Industriais, de Comércio e Serviços, de Serviços Públicos e Infra-estrutura e de Produtos Agrícolas e Agroindustriais.

de que a atuação administrativa da defesa da ordem econômica deve se desenvolver de modo integrado com a política econômica do governo.⁹⁰

A SDE apura e investiga os fatos e instrui o processo administrativo de suposta infração com auxílio da SEAE.⁹¹ Apurados e investigados os fatos e instruído o processo, cabe à SDE decidir pela procedência ou improcedência da infração. Se decidir pela procedência, remete os autos ao CADE para julgamento administrativo. Se decidir pela improcedência, ordena o arquivamento dos autos e recorrerá de ofício ao CADE. A autarquia pode ainda solicitar a realização de novas diligências para uma melhor instrução processual e em benefício do esclarecimento da questão a ser dirimida, se julgar necessário.

O presente capítulo abordou a evolução da defesa da concorrência no Brasil, sua história, sua legislação e suas instituições administrativas. O próximo capítulo versa sobre outra instituição envolvida na ação antitruste e uma das responsáveis pelo zelo no cumprimento da política de defesa da concorrência: o Ministério Público Federal.

⁹⁰ GLÓRIA, 2003, p. 83.

⁹¹ A SEAE e a SDE divulgam portarias individuais ou em conjunto, muitas delas como diretrizes, como a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, que é um guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. BRASIL. SEAE/SED. **Portaria Conjunta MF/MJ-SEAE/SDE nº 50**, de 1º de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/sese>> Acesso em: 20 abr. 2004.

4 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O presente capítulo trata da instituição Ministério Público Federal como instituição responsável pelo zelo no cumprimento da política de defesa concorrência e na manutenção da ordem econômica. Analisa a instituição Ministério Público Federal no que concerne à sua definição, suas funções institucionais e outras incumbências, seus instrumentos de ação, sua disposição organizacional dentro do Ministério Público e do Ministério Público da União e sua própria estrutura organizacional – conforme estabelecido pelo ordenamento constitucional e infraconstitucional.⁹²

O capítulo trata, também, das possibilidades de atuação processual judicial e extrajudicial do Ministério Público Federal na promoção da defesa da concorrência e da ordem econômica e da sua efetiva atuação, a partir da exposição de alguns casos concretos. Todas as observações estão de acordo com o previsto nas legislações constitucional, complementar e ordinária⁹³.

4.1 AS INSTITUIÇÕES: MINISTÉRIO PÚBLICO, MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

4.1.1 O Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 dispõe de um capítulo próprio sobre o Ministério Público (Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça) dentro do Título IV – Da Organização dos Poderes. Abrange os artigos 127 a 130.

O artigo 127 da Constituição define que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

⁹² Principalmente a Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar nº 75/93 e a Lei Antitruste.

⁹³ Principalmente a Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 75/93.

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 127 afirmam que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, que é constitucionalmente assegurada ao Ministério Público a autonomia funcional e administrativa e que o Ministério Público dispõe também de capacidade de elaboração de proposta orçamentária própria, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, e de gestão de seus recursos. Aos membros do Ministério Público (procuradores e promotores) são garantidas constitucionalmente a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, conforme preceitua o artigo 128, I, a, b, c.

As funções institucionais do Ministério Público são as seguintes, conforme o disposto no artigo 129 da Constituição Federal: promover a ação penal pública; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, isto exercendo a função de “*ombudsman*”, “ouvidor” ou “defensor do povo”, nas palavras de Mazzilli⁹⁴; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; exercer o controle externo da atividade policial; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial; exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Em suma, o Ministério Público é o advogado da sociedade, do conjunto de seus cidadãos.⁹⁵ Trata do zelo do interesse público, atuando em situações em que haja indisponibilidade do interesse, seja parcial ou absoluta, e em que convenha à coletividade a defesa de qualquer interesse, disponível ou não; e da defesa da

⁹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

⁹⁵ Também é usada a expressão *Parquet* para se fazer referência ao Ministério Público. A expressão provem da palavra francesa que significa assoalho, referência ao fato de que os procuradores do rei (de França) ficavam de pé no tablado, enquanto que os juizes ficavam sentados (BARBOSA, Osório; MEDEIROS, Sérgio Monteiro. A Recomendação como Instrumento de Atuação do Ministério Público da União. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al. **Ministério Público e a Ordem Social Justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 202).

ordem jurídica (como fiscal da lei), no que concerne ao zelo dos interesses sociais e individuais indisponíveis e do bem geral.

O Ministério Público divide-se em Ministério Público da União (composto de Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) e Ministérios Públicos dos Estados.⁹⁶ Para fins deste trabalho, interessa o estudo do Ministério Público da União (MPU).

4.1.2 O Ministério Público da União

A Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU) – Lei Complementar nº 75/93 – dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do MPU. A LC nº 75/93, no Título I – Das Disposições Gerais, Capítulo I – Da Definição dos Princípios e das Funções Institucionais⁹⁷, artigo 1º, define o MPU como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis. O artigo 4º estabelece os princípios institucionais do MPU, que são a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

De acordo com a LOMPU, ao MPU cabe as seguintes funções institucionais:⁹⁸

i) a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, como já definido no art. 1º; ii) o zelo pela observância dos princípios constitucionais relativos: ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte; às finanças públicas; à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; à segurança pública; iii) a defesa dos seguintes bens e interesses: o patrimônio nacional; o patrimônio público e social; o patrimônio cultural brasileiro; o meio ambiente; os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso; iv) o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da

⁹⁶ CF/88, art. 128(BRASIL. Constituição, 1988).

⁹⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 75/93, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 ago. 2004, art. 1º - 5º.

⁹⁸ Ibidem, art. 5º.

União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social; v) o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Os meios de atuação dos órgãos do MPU constam no referido diploma legal no Capítulo II – Dos Instrumentos de Atuação.⁹⁹

O artigo 6º estabelece os instrumentos que competem ao MPU Entre outros, compete ao MPU: i) promover a ação direta de inconstitucionalidade e o respectivo pedido de medida cautelar; ii) promover a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; iii) promover a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal; iv) promover, privativamente, a ação penal pública; v) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança; vi) promover o inquérito civil e a ação civil pública para (entre outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos): a proteção dos direitos constitucionais; a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; vii) promover outras ações sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos; viii) propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos; ix) propor ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços; x) promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; xi) propor as ações cabíveis para, entre outros casos: declaração de nulidade de atos ou contratos geradores do endividamento externo da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, ou com repercussão direta ou indireta em suas finanças; cancelamento de concessão ou de permissão;

⁹⁹ BRASIL, Lei Complementar nº 75/93, de 20 de maio de 1993, art. 6º - 8º.

declaração de nulidade de cláusula contratual que contrarie o direito do consumidor; xii) expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis. Ainda, em seus parágrafos 1º e 2º, assegura ao MPU a participação: como observador em qualquer órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional da União que tenha atribuições correlatas às da instituição; nos órgãos colegiados estatais, federais ou do Distrito Federal, constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da instituição.

O artigo 7º estabelece outras incumbências do MPU, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais. São elas: instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais, podendo acompanhá-los e apresentar provas; requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, podendo acompanhá-los e produzir provas.

O artigo 8º estabelece os procedimentos inerentes ao MPU. Entre outros, incluem: notificar testemunhas ou requisitar sua condução coercitiva; requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; realizar inspeções e diligências investigatórias; expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública.

O diploma legal, no Capítulo IV – Da Defesa dos Direitos Constitucionais, art. 11, dispõe sobre a responsabilidade do MPU pela defesa dos direitos constitucionais do cidadão e pela garantia de seu respeito pelos Poderes Públicos e pelos prestadores de serviços de relevância pública. Já a LOMPU, no Capítulo VI – Da Autonomia do Ministério Público, reafirma os dispositivos constitucionais no que se refere à autonomia funcional e administrativa do MPU. No que tange à autonomia financeira, o artigo 22 da LOMPU afirma que ela lhe é assegurada. Porém, no artigo 23 da LC nº 75/93 reafirmam-se os limites à autonomia financeira do MPU, presentes no parágrafo 3º do artigo 127 da Constituição Federal, ao determinar que

o MPU elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites da lei de diretrizes orçamentárias.¹⁰⁰

O chefe do MPU é o Procurador-Geral da República. Esse é nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de 35 anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. A destituição do Procurador-Geral da República ocorre por iniciativa do Presidente da República, devendo ser precedida de autorização do Senado Federal através da maioria absoluta dos membros, em votação secreta.¹⁰¹

Como mencionado anteriormente, a estrutura do MPU compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.¹⁰² Para fins deste trabalho, interessa o estudo do Ministério Público Federal – MPF.

4.1.3 O Ministério Público Federal

A LOMPU trata do MPF no Título II – Dos Ramos do Ministério Público da União, Capítulo I – Do Ministério Público Federal.¹⁰³ O MPF exerce as suas funções: nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Juízes Federais e dos Tribunais e Juízes Eleitorais; nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional.¹⁰⁴ A chefia do MPF cabe ao Procurador-Geral da República.¹⁰⁵

As funções institucionais do MPF estão previstas nos Capítulos I, II, III, IV do Título I da LOMPU¹⁰⁶. O MPF se incube de, entre outras: instaurar inquérito civil e

¹⁰⁰ BRASIL, Lei Complementar nº 75/93, de 20 de maio de 1993, art. 22 e 23.

¹⁰¹ BRASIL, Constituição, 1988, art. 128, parágrafos 1º e 2º; BRASIL, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 25.

¹⁰² BRASIL, Constituição, 1988, art. 128, I. BRASIL, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 24.

¹⁰³ Ibidem, art. 37-82.

¹⁰⁴ Ibidem, art. 37.

¹⁰⁵ Ibidem, Seção II – Da Chefia do Ministério Público Federal, art. 45.

¹⁰⁶ Descritas no item 3.1.2. da presente dissertação.

outros procedimentos administrativos correlatos; requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, podendo acompanhá-los e apresentar provas; requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, podendo acompanhá-los e produzir provas.¹⁰⁷ Cabe, também, ao MPF exercer a defesa dos direitos constitucionais do cidadão, garantindo-lhes o respeito pelos Poderes Públicos Federais, órgãos da administração pública federal direta ou indireta, concessionários e permissionários de serviço público federal ou executores de funções delegadas da União.¹⁰⁸

Dentre seus órgãos, o MPF dispõe de câmaras temáticas: as Câmaras de Coordenação e Revisão – CCR.¹⁰⁹ As CCR são órgãos setoriais de coordenação, integração e revisão do exercício funcional no MPF, sendo organizadas por função ou matéria.¹¹⁰ As CCR estão sediadas na Procuradoria Geral da República e dispõem de escritórios nas Procuradorias da República nos Estados. Compete a elas, entre outras atribuições: promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em escritórios ligados ao setor de sua competência, observado o princípio da independência funcional; manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins; encaminhar informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais que atuem em seu setor.¹¹¹

Atualmente, as câmaras temáticas do MPF são as seguintes: 1ª CCR, Matéria Constitucional e Infraconstitucional; 2ª CCR, Matéria Criminal e Controle Externo da Atividade Policial; 3ª CCR, Consumidor, Ordem Econômica e Economia Popular; 4ª CCR, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural; 5ª CCR, Patrimônio Público e Social; 6ª CCR, Comunidades Indígenas e Minorias Étnicas. Assim, é a 3ª CCR – Consumidor, Ordem Econômica e Economia Popular a câmara temática do MPF que trata das questões ligadas à tutela dos direitos do consumidor, à garantia da ordem econômica e à defesa da economia popular.

A 3ª Câmara de Coordenação e Revisão – Consumidor, Ordem Econômica e Economia Popular dispõe dos seguintes grupos temáticos: Grupo 1, Serviços Públicos (energia elétrica, transportes, água, correios, combustíveis); Grupo 2, Concentração de Mercados (cartéis, monopólios, oligopólios); Grupo 3, Publicidade

¹⁰⁷ BRASIL, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 38.

¹⁰⁸ *Ibidem*, art. 39.

¹⁰⁹ *Ibidem*, art. 43, I, e 58-62.

¹¹⁰ *Ibidem*, art. 58 e 59.

¹¹¹ *Ibidem*, art. 62.

e Meios de Comunicação (propaganda enganosa, clareza da publicidade, TV a cabo); Grupo 4, Sistema Financeiro (bancos, Sistema Financeiro da Habitação); Grupo 5, Telefonia; Grupo 6, Transgênicos e Agrotóxicos. Logo, o Grupo 2, Concentração de Mercados trata das questões ligadas à defesa da concorrência (ou antitruste) na 3ª CCR e no MPF. A ação do MPF se dá pela proposição de ações judiciais e extrajudiciais de seus membros – os Procuradores da República – na Procuradoria Geral da República, nas Procuradorias Regionais da República e nas Procuradorias da República nos Estados, representações da instituição espalhadas pelo país.¹¹²

4.2 A AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O mercado interno do país constitui-se em patrimônio público nacional. A livre concorrência é princípio garantido na Constituição Federal.¹¹³

Além do disposto na Constituição Federal, a LOMPU preceitua que o Ministério Público tem a função constitucional de proteger a ordem jurídica, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis, zelar pela observância dos preceitos constitucionais, inclusive os referentes à atividade econômica e à livre concorrência, e promover as ações necessárias para a proteção do patrimônio público nacional, no qual faz parte o mercado interno do país, e da ordem econômica e financeira.¹¹⁴

A Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica. Os ditames constitucionais que a orientam são a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e o combate ao abuso do poder econômico.

¹¹² A Procuradoria Geral da República é o órgão máximo do Ministério Público Federal e está sediado em Brasília. As Procuradorias Regionais da República são órgãos de segunda instância e estão sediadas em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife. As Procuradorias da República nos Estados são órgãos de primeira instância e estão sediadas nas capitais dos Estados, tendo também representações em diversos municípios no interior dos Estados – as Procuradorias da República nos municípios (PRM).

¹¹³ BRASIL, Constituição, 1988, art. 170, IV.

¹¹⁴ BRASIL, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 1º, 5º, II, b, c, III, b e 6º, I, V, VII, XIII, XIV, b, c, XVIII, a.

A Lei nº 8.884/94 também estabelece que a coletividade é a titular dos bens jurídicos por ela protegidos. Denota, assim, a existência de um interesse geral que transcende os limites das estruturas de mercado, abrangendo os diferentes agentes econômicos: consumidores, trabalhadores, população adjacente aos estabelecimentos empresariais, enfim, toda a sociedade. A coletividade citada na Lei Antitruste compreende, pois, todos os moradores e todas as empresas e entidades estabelecidas no território nacional.¹¹⁵

Freire enquadra o interesse coletivo referido na Lei Antitruste na categoria dos interesses difusos¹¹⁶, pois são os interesses de grandes parcelas de pessoas que não se encontram representadas adequadamente como porta-vozes unívocos e individualizados na defesa de seus direitos e interesses.¹¹⁷ Já Fonseca argumenta que o mercado interno integra o patrimônio nacional, sendo uma espécie de patrimônio público cuja proteção constitui-se em serviço de relevância pública, e que a manutenção da livre concorrência é um postulado da ordem econômica. Ao Ministério Público cabe, pois, a função constitucional de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública pela observância dos princípios constitucionais aplicados à atividade econômica e a promoção de ações necessárias para a proteção do patrimônio público. Segundo ele, isso define a participação do Ministério Público como órgão de Estado na defesa do consumidor e da concorrência.¹¹⁸

Logo, ao Ministério Público Federal compete as atribuições referentes a promoção da ordem econômica, da concorrência e da defesa do consumidor, como está previsto, principalmente, na Constituição Federal, na LOMPU e na Lei Antitruste. Para tanto, a atuação ministerial pode se dar junto às autoridades antitruste ou em nome de suas atribuições constitucionais e infraconstitucionais.

A presente seção trata, pois, dos principais instrumentos de ação judicial e extrajudicial que o MPF dispõe para a proteção da ordem econômica e da concorrência, sem pretender, contudo, esgotar o tema. Trata, também, do estudo de

¹¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro**: Comentários à Lei nº 8.884/94, p. 5. FREIRE, Marusa Vasconcelos. A Atuação do MPF Junto ao CADE. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 24, p. 51-58, jul./dez. 1996, p. 51-52.

¹¹⁶ Conforme a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), os interesses ou direitos difusos são os interesses transindividuais de natureza indivisível, os quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2004.

¹¹⁷ FREIRE, 1996, p. 52.

¹¹⁸ FONSECA, Antonio. O Papel do Ministério Público na Política da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 25, p. p. 71-76, jan./jul. 1997, p. 71-72.

alguns casos concretos de atuação do MPF na defesa da concorrência e da ordem econômica. A seção é dividida em tópicos referentes à: a) atuação do MPF junto às autoridades administrativas de defesa da concorrência; b) atuação do MPF através de outros procedimentos judiciais e extrajudiciais em que não age junto às autoridades antitruste; c) estudo de alguns casos concretos de atuação do MPF.

4.2.1 O Ministério Público Federal junto ao CADE e à SDE

A Lei nº 8.884/94 (além da previsão genérica no artigo 129, IX, da Constituição e no artigo 6º, parágrafos 1º e 2º da LC nº 75/93) prevê a atuação do Ministério Público Federal nos processos administrativos do CADE – no *caput* do artigo 12 e em seu parágrafo único¹¹⁹ – nos seguintes casos: oficiando nos processos sujeitos à apreciação do CADE antes da sessão de julgamento administrativo; promovendo a execução judicial de seus julgados e dos compromissos de cessação acordados entre a autarquia e o agente econômico, adotando as medidas judiciais necessárias em defesa da ordem econômica.

O MPF intervém oficiando nos processos administrativos em trâmite no CADE na forma de “fiscal da lei” (*custos legis*) e “defensor da coletividade”, o que ressalta a importância e o interesse nacional das questões apreciadas pela autarquia. É necessária a intervenção do MPF nos casos de julgamentos e acordos efetuados pelo órgão administrativo. A ausência da manifestação do MPF acarreta o risco de anulação dos processos apreciados pela autoridade administrativa, pois fere os princípios jurídicos do “devido processo legal” e da “legalidade”. O representante ministerial pode recorrer administrativamente da decisão do CADE, podendo levar à reapreciação do procedimento administrativo por parte da autarquia.¹²⁰

¹¹⁹ Lei nº 8.884/94, art. 12. “O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do Cade. Parágrafo único. O Cade poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.(BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994).

¹²⁰ O MPF tem cinco dias para apresentar o recurso administrativo após a publicação da decisão inicial do CADE, que vem acompanhada dos votos de seus conselheiros. O recurso suspende os efeitos da decisão até seu julgamento pelo Conselho. Além do MPF, podem recorrer de decisões do CADE a procuradoria do órgão, as partes e terceiros habilitados nos autos.

A promoção da execução dos julgados e compromissos de cessação de prática proferidos pelo CADE por parte do MPF é objeto de divergência entre os juristas a respeito de sua constitucionalidade e legalidade. Todavia, foge ao alcance do presente estudo a discussão jurídica a respeito da constitucionalidade ou da legalidade da promoção pelo MPF da execução dos julgados e compromissos de cessação emitidos pelo CADE. Assim, para efeitos deste trabalho, serão considerados constitucional e legal o parágrafo único do art. 12 da Lei Antitruste.¹²¹

Considerada a constitucionalidade e a legalidade da representação e da promoção da execução dos julgados, o MPF, em defesa dos interesses difusos e coletivos, pode, a pedido do CADE ou se achar necessário, acionar o Judiciário para que se faça cumprir as decisões e os acordos proferidos pelo CADE, caso não sejam cumpridos pelo agente econômico infrator. Cabe ressaltar que julgados e compromissos de cessação possuem eficácia de títulos executivos extrajudiciais¹²², conforme dispõe o artigo 60 da Lei Antitruste.

A Lei Antitruste – art. 10, inciso IV – exige também a manifestação do MPF nos casos de promoção da efetivação de acordos judiciais por parte da Procuradoria do CADE nos processos relativos à infração à ordem econômica.¹²³

Freire ressalta que a Lei Antitruste também dispõe de dois dispositivos que propiciam a atuação conjunta do MPF e do CADE, que são seus artigos 50 e 89.¹²⁴ O artigo 50 prevê que, após promovida a execução das decisões do CADE, o Ministério Público deve ser comunicado para a adoção das demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições, de onde se infere que o MPF deverá ir além do que objetiva o CADE com a execução de suas decisões. Enquanto ao órgão

¹²¹ Lazzarini, por exemplo, afirma que o dispositivo é inconstitucional (LAZZARINI, Alexandre Alves. O Papel do Representante, do Procurador e do Ministério Público nos Procedimentos da Lei 8.884/94. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 223-226, jul./set. 1999, p. 225-226). Por outro lado, Coelho, Freire e Alves defendem a constitucionalidade do dispositivo (COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste brasileiro: Comentários à Lei nº 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.; p. 34; FREIRE, 1996, p. 53-57 ALVES, Waldir. O Ministério Público Federal e o CADE na Lei Antitruste. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 125-130, out./dez. 2001; ALVES, 2003, p. 293-294).

¹²² Isto é, enseja a proposição de ação judicial de execução direta, com a citação, para que o obrigado cumpra com a obrigação constante no título em prazo definido.

¹²³ Lei nº 8.884/94, art. 10. “Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições: [...] IV – promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do CADE, e ouvido o representante do Ministério Público Federal.” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.)

¹²⁴ FREIRE, op. cit., p. 57.

administrativo compete somente ver cumpridas as obrigações estabelecidas no título executivo, voltadas para a cessação das infrações contra a ordem econômica bem como para a aplicação das penalidades administrativas, ao MPF compete, entre outras providências, verificar a conveniência de promover ação penal.

O art. 89 determina que em todos os processos em que se discuta a aplicação da Lei nº 8.884/94, o CADE deva ser intimado para que, quando queira, intervenha no feito na qualidade assistente. Assim, ao ajuizar qualquer ação que tenha por objeto a prevenção ou repressão às infrações contra a ordem econômica, o MPF deve pedir a intimação do CADE. Esse pode participar do processo como órgão técnico especializado, cujas opiniões devem ser consideradas pelo Juiz no exercício da prestação jurisdicional, já que o CADE é órgão que possui competência técnica a respeito de existência de infração contra a ordem econômica.¹²⁵

O MPF pode acionar o Poder Judiciário se a decisão do CADE contrariar o seu parecer. Caso o MPF resolva não efetuar o questionamento judicial da decisão do CADE contrária ao seu parecer e remeter o procedimento para arquivamento, deve submeter a sua decisão de arquivamento dos autos à 3ª CCR. O MPF também pode acionar o Judiciário se entender que a decisão do CADE, embora no mesmo sentido de seu parecer, não defende em toda a sua extensão e plenitude a ordem econômica e os direitos do consumidor.

A Lei nº 9.021/95, art. 12, determina a participação do MPF em ações judiciais na defesa da ordem econômica, representando a SDE em casos de descumprimento de medida de caráter preventivo para a cessação de prática infratora à ordem econômica imposta pelo órgão administrativo a agentes econômicos. Há, também, divergências entre os autores quanto à constitucionalidade e à legalidade deste dispositivo. Porém, esta discussão jurídica foge aos objetivos do presente estudo.¹²⁶

¹²⁵ Alves assevera que raciocínio análogo deve ser aplicado ao MPF, que também deverá ser intimado para exercer sua atividade de fiscal da lei (ALVES, 2001, p. 29; ALVES, 2003, p. 294-295)

¹²⁶ Lazzarini defende a inconstitucionalidade e ilegalidade do dispositivo legal (LAZZARINI, 1999, p. 226). Alves também afirma que o MPF não deve representar a SDE (ALVES, 2001, p. 28; ALVES, 2003, p. 291-292). Coelho e Freire defendem a constitucionalidade e a legalidade do dispositivo (COELHO, 1995, p. 35; FREIRE, 1996, p. 56).

4.2.2 Outras ações do Ministério Público em defesa da concorrência

Na seção anterior, foi comentado que, além de oficiar nos procedimentos em trâmite no CADE, o MPF pode propor ações judiciais para promover a execução dos julgados e dos acordos feitos pelo CADE; a execução de medida de caráter preventivo imposta pela SDE; a defesa de outros aspectos da ordem econômica nos casos em que não foram contemplados na decisão do CADE, ultrapassando-a, e nos casos em que a decisão da autarquia contraria o parecer ministerial, impugnando-a.

Além dos já comentados, o MPF dispõe de outros instrumentos judiciais e extrajudiciais para a proteção da ordem econômica e da concorrência. Trata-se da recomendação, da ação civil pública (que pode ser precedida do inquérito civil) e da ação penal pública (em que pode se valer da representação para instruir).

A recomendação é um instrumento de atuação extrajudicial do MPU, que consta na LC nº 75/93, art. 6º, XX.¹²⁷ Barbosa e Medeiros definem a recomendação como o instrumento escrito pelo qual o órgão do Ministério Público da União indica, exorta, instrui ou orienta, sem a assunção imediata de resultado, pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, a que dêem trato especial ou tratem com certa consideração os serviços públicos ou de relevância pública ou com vista a que sejam respeitados bens, direitos e interesses cuja defesa incumbe ao órgão ministerial, fixando prazo para que seja atendida. É característica da recomendação a não coerção, pois não há obrigação do agente econômico de seguir o que lhe foi recomendado.¹²⁸ Trata-se, pois, de instrumento extrajudicial de caráter preventivo (alerta para que se evite ato ilegal) ou repressivo (alerta para que se corrija ato ilegal), no qual o Ministério Público comunica oficialmente ao recomendado seu entendimento jurídico a respeito de questão em que lhe caiba a atuação fiscalizadora.

Barbosa e Medeiros asseveram que no âmbito do MPU e, mais especificamente, do MPF, é admitida pela legislação a expedição de recomendações pelas Câmaras de Coordenação e Revisão, embora essa não seja uma atividade

¹²⁷ BRASIL, Lei Complementar 75, de 14 de março de 1979, art. 6º. “Compete ao Ministério Público da União: [...] XX - expedir recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.”

¹²⁸ BARBOSA; MEDEIROS, 2003, p. 208-209.

corriqueira das câmaras.¹²⁹ Assim, a 3ª CCR – Consumidor, Ordem Econômica e Economia Popular – do MPF pode expedir recomendações aos agentes econômicos que, no seu entender, estejam cometendo atos danosos à ordem econômica, à concorrência e aos direitos do consumidor. É recomendável que o ofício de recomendação expedido pelo agente ministerial seja respondido pelo agente econômico, tendo ele resolvido seguir ou não o que lhe foi recomendado.

Após a expedição da recomendação, cabe ao órgão ministerial determinar o arquivamento dos elementos de convicção, caso haja: o cumprimento da recomendação por parte do recomendado; o convencimento do órgão ministerial da legalidade do ato praticado pelo recomendado ou da inviabilidade jurídica ou, ainda, da superação fática da recomendação, após resposta do agente econômico; o convencimento dos membros do MPF de que as causas da expedição da recomendação já tenham sido corrigidas ou canceladas. Em caso de omissão de resposta ou de não cumprimento da recomendação por parte do agente econômico no prazo determinado, cabe ao órgão ministerial recomendante buscar as vias judiciais para impedir a ocorrência (ação preventiva) ou interromper a continuidade (ação repressiva) da conduta considerada infratora.

Outros instrumentos são a ação civil pública e o inquérito civil, que pode preceder àquela. A CF/88, no art. 129, III, e a LC nº 75/93, art. 6º, VII¹³⁰, prevêem a competência do Ministério Público para a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção dos direitos constitucionais, do patrimônio público e social e dos interesses coletivos, homogêneos, sociais, difusos e individuais indisponíveis.

O inquérito civil é o procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público com o objetivo de colher elementos de convicção que possibilitem o ajuizamento da ação civil pública, evitando a proposição de ações improcedentes ou mal fundadas. Se o inquérito não levar ao convencimento de que há fundamentação para a proposição da ação, suas peças são arquivadas.

¹²⁹ BARBOSA; MEDEIROS, 2003, p. 220-223.

¹³⁰ BRASIL, Constituição, 1988, art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social [...] e de outros interesses difusos e coletivos...” BRASIL, Lei Complementar 75, de 14 de março de 1979, art. 6º. “Compete ao Ministério Público da União: [...] VII – promover inquérito civil e ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social [...]; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos [...] ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos [...]”

A proposição da ação civil pública, todavia, prescinde da instauração do inquérito civil, pois a ação pode ser proposta a partir de elementos de convicção suficientes para tal, sem a prévia instauração do inquérito. A ação civil pública também pode ser proposta no curso do inquérito civil, isto é, antes mesmo de sua conclusão.¹³¹ A ação civil pública é, pois, um poderoso instrumento que o Ministério Público (e também o MPF) dispõe para a defesa do interesse público e, conseqüentemente, para a proteção da concorrência e para a repressão às infrações à ordem econômica. A ação civil pública tem como objeto a defesa do interesse público, independentemente do interesse individual.

A Lei nº 7.347/85 disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos consumidores, aos interesses difusos ou coletivos e por infração à ordem econômica e à economia popular.¹³² Mazzilli enfatiza que – além de estar legitimado para propor a ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive o interesse público e social – a LOMPU o legitima para a proposição da ação civil pública para a defesa do consumidor e de interesses individuais homogêneos, cujo zelo possa convir à sociedade (como em caso de larga abrangência de lesados ou pela relevância do objeto do interesse).¹³³

A ação civil pública pode levar à condenação de desembolso em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer pelo condenado.¹³⁴ A condenação que tem por objeto a obrigação de fazer ou não fazer é aquela que obriga a cessação da prática caracterizada como infração à ordem econômica. A legislação também prevê que a ação civil pública tenha como desfecho a condenação do agente econômico infrator, ficando ele obrigado a assinar um compromisso de cessação da prática infratora em um determinado prazo.¹³⁵

O Ministério Público também age em defesa do interesse público na ação civil pública, mesmo quando não a propõe, como ocorre nos casos em que atua como “fiscal da lei”. Desse modo, se a ação não for proposta pelo Ministério Público, mas

¹³¹ ALMEIDA, João Batista de. O Inquérito Civil como Instrumento de Investigação do Ministério Público. In; MOURA JÚNIOR, Flávio Rocha et al. **Ministério Público e a Ordem Social Justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 358-359.

¹³² BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2004, art. 1º, II, V, VI.

¹³³ MAZZILLI, 1997, p. 140.

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 3º e 11º.

¹³⁵ Ibidem, art. 5º, parágrafo 6º e BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, art. 53.

por outra entidade prevista na legislação, também é necessária a intervenção ministerial na ação na condição de *custos legis*.¹³⁶

A ação do MPF também pode se dar pela promoção da ação penal pública, como prevê a LC nº 75/93, art. 6º, V. A ação penal pública é o instrumento processual penal no qual o titular do direito de ação é o Estado e cuja interposição é de competência exclusiva do Ministério Público.¹³⁷ A ação penal pública pode ser aplicada nos casos de crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, de acordo com o estabelecido na Lei nº 8.137/90, artigos 4º a 7º e 15º.

No que tange à ação do MPF na promoção da ação penal, Alves ressalta que a Constituição Federal de 1988 prevê que é de competência da Justiça Federal processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (CF/88, art. 109, VI). Isso evidencia o interesse da União e de seus entes nesses crimes. Para Alves, esse dispositivo constitucional deve ser interpretado em consonância com a previsão constitucional que atribui competência à Justiça Federal para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (CF/88, art. 109, IV).

A Lei nº 7.492, de 16/06/1986, define os crimes contra o sistema financeiro, estabelecendo que a ação penal será promovida pelo MPF perante a Justiça Federal (art. 26), assim como o faz a já citada Lei nº 8.137/90.¹³⁸ Assim, Alves conclui que, de acordo com a legislação atual, os crimes praticados contra a ordem econômica têm seus processos e julgamentos sob a competência da Justiça Federal nos casos em que sejam praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, cuja ação penal deverá ser promovida pelo MPF.¹³⁹

Para fins de investigação criminal e instrução do processo penal público, o Ministério Público pode representar ao Judiciário, pedindo a quebra de sigilo postal, telegráfico e telefônico do pretense infrator, como consta na LOMPU, art. 6º,

¹³⁶ BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º, I, II e parágrafo 1º.

¹³⁷ BRASIL, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 6º. “Compete ao Ministério Público da União: [...] V – promover, privativamente, a ação penal pública [...]”

¹³⁸ ALVES, 2003, p. 295-296.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 297-301

XVIII.¹⁴⁰ Outro importante instrumento de ação do MPF é a promoção de ação direta de inconstitucionalidade, acompanhada de pedido de medida cautelar.¹⁴¹

A ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) tem o objetivo de declarar a falta de conformidade de lei ou ato normativo (federal, estadual ou distrital) com a Constituição. Tem como escopo a retirada do ordenamento jurídico. A ADIn é julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Quanto à ordem econômica e à concorrência, a ação visa a invalidação de leis ou atos normativos promulgados que agridam os princípios constitucionais a elas relacionados. Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo STF, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), podendo desfazer, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos. O Procurador-Geral da República é o incumbido de propor a ADIn em nome do MPF.¹⁴²

A medida cautelar tem caráter de urgência e visa proteger ou assegurar um interesse jurídico ameaçado de dano iminente. No que refere à ordem econômica e à concorrência, a medida visa evitar que estas sejam atingidas ou lesadas por leis ou atos normativos desconformes com os preceitos constitucionais a elas referentes.

Por fim, o MPF pode propor a celebração de termos de ajuste de conduta com os agentes econômicos infratores entre outras possibilidade de ação. Os artigos 7º, 8º e 11 a 16 da LC nº 75/93 enumeram outros procedimentos ao alcance do Ministério Público que podem ser usados para a proteção da ordem econômica, da concorrência e dos direitos do consumidor ou para a instrução das ações judiciais e extrajudiciais cabíveis.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 6º. “Compete ao Ministério Público da União: [...] XVIII – representar: a) o órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins [...]”

¹⁴¹ BRASIL, Constituição, 1988, art. 129, IV; BRASIL, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 6º, I.

¹⁴² BRASIL, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 45, I.

4.2.3 O Ministério Público Federal e a defesa da concorrência e da ordem econômica: alguns casos concretos

A última seção do capítulo 4 deste trabalho apresenta a descrição de alguns exemplos de casos concretos da atuação do Ministério Público Federal na defesa da concorrência e da ordem econômica. Os casos processuais relatados são todos de ações movidas por parte de unidades do MPF (Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul, Procuradoria da República no Estado do Paraná e Procuradorias da República nos Municípios subordinadas), cujo trâmite prosseguiu em 2ª instância no Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. O motivo desta escolha se deve à disponibilidade e às condições de acesso às fontes de pesquisa por parte do autor da dissertação.¹⁴³

As ações descritas evocam a legitimidade legal da atuação do MPF com base: na Constituição Federal, artigos 127, 129, II e III, e 170, III, IV e V; na LC nº 75/93 (LOMPU), artigos 5º, II, e 6º, VII e XIV; na Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), artigo 10º; na Lei nº 8.078/90 (CDC), artigos 81 e 82; e na Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), artigos 1º, 12 e 29.¹⁴⁴ A apresentação dos casos consiste na

¹⁴³ O Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 é o órgão da Justiça Federal responsável pelas decisões judiciais de 2ª instância, tendo como jurisdição a região sul do país (Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná). As principais informações referentes às ações propostas pelo MPF são de domínio público e encontram-se cuidadosamente guardadas nos arquivos do Núcleo de Interesses Difusos – NID da Procuradoria Regional da República da 4ª Região – PRR4, Casa do MPF que acompanha os processos em trâmite no TRF4.

¹⁴⁴ BRASIL, Constituição, 1988, art. 127. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” CF/88, art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: [...] II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos...” CF/88, 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: [...] III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor...” LC nº 75/93, artigo 5º. “São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: [...] c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional.” LC nº 75/93, art. 6º. “Compete ao Ministério Público da União: [...] VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; [...] XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos; XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: [...] b) à ordem econômica e financeira...” Lei nº 7.347/85, art. 1º. Art. 1º.

descrição da ação judicial originária, de seu conteúdo, de seus pedidos e das sentenças monocráticas (de 1ª instância), se já proferidas.

Não serão abordadas as fases seguintes do trâmite processual, pois a apresentação e o acompanhamento de todo o complexo e intrincado trâmite do processo judicial extrapolam os objetivos desta dissertação. Em geral, eles envolvem uma grande gama de possibilidades de recursos judiciais (normalmente envolvendo questões de cunho exclusivamente jurídico ou processual) que sucedem no andamento do feito e de julgamentos em diversos momentos e instâncias.

4.2.3.1 Ação civil pública – distribuidoras de GLP

O Ministério Público Federal, por intermédio da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

“Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] II - ao consumidor; [...] V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; [...] VI - por infração da ordem econômica e da economia popular...” BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º. “A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público [...] § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.” Ibidem, art. 10º. “Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.” BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 81. “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” Ibidem, art. 82. “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público [...]” BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, art. 1º. “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.” Lei nº 8.884/94, art. 12. “O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do Cade”. Ibidem, art. 29. “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

promoveram ação civil pública (ACP), com pedido de tutela antecipatória¹⁴⁵, com o objetivo da dissolução do cartel existente na distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP) nas cidades de Porto Alegre e Canoas e a normalização do regime de livre iniciativa e livre concorrência.¹⁴⁶ De acordo com a ACP, os fatos consistiam na atuação conjunta e coordenada das distribuidoras e a formação de cartel visando reduzir custos e aumentar arbitrariamente a lucratividade das distribuidoras em detrimento dos postos de revenda, das consumidores e da sociedade.

A prática coordenada e a ação concertada incluíam: a repartição do mercado entre as distribuidoras; a uniformização de preços e procedimentos; a imposição aos postos de revenda de tabelas de escala de venda indicando a distribuidora que forneceria o gás e o dia obrigatório de entrega, sendo vedada aos postos a aquisição nas distribuidoras ou em dias diversos dos determinados nas referidas tabelas. Essa situação impossibilita a obtenção de melhores preços via concorrência. A direção do cartel era feita sob a forma de revezamento entre as distribuidoras e exercida através de um agente contratado. O controle do mercado por parte das distribuidoras implicou, inclusive, na retirada de benefícios antes concedidos aos postos de revenda como estratégia comercial das distribuidoras, como bonificações e concessões de prazos, com reflexos danosos nos direitos dos consumidores.

As provas da formação do cartel, de acordo com a ACP, consistiam em: vários testemunhos colhidos em inquérito civil público instaurado¹⁴⁷ pela Procuradoria da República no Rio Grande do Sul; e documentos obtidos pelos órgãos ministeriais como planilhas de distribuição de gás, comunicando a organização do acordo entre as distribuidoras, correspondências de proprietários de postos de revenda denunciando o cartel ao Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), documentos referentes à atividade de fiscalização e punições estabelecidas pelo cartel aos postos de revenda, entre outros. De acordo com a ACP, ficaria caracterizada a prática cartelizada de atuação no mercado e a constituição de infrações à ordem econômica descritas na Lei nº 8.884/94, nos artigos 20 (incisos I,

¹⁴⁵ A tutela antecipatória tem o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos, isto é, tem por escopo a entrega por parte do juiz dos efeitos da sentença final já no início da própria ação.

¹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Ação Civil Pública nº 97.0021424-9. Consulta em cópia do Processo.

¹⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Inquérito Civil Público nº 12/96. Consulta em cópia do Processo.

II, III e IV) e 21 (incisos I, II, III, IV, V, XXIII e XXIV).¹⁴⁸ Nas conclusões da ACP, os promotores da ação a justificam ao afirmar que se:

[...] pretende dar um basta a este quadro fático, ou será que alguém duvida que a implementação de um Estado Democrático de Direito (Preâmbulo e Art. 1º da Constituição Federal), concomitante a uma democracia de opinião (que já ocorre) tem no seu matiz econômico – democracia econômica na sua acepção mais ampla (que ainda não ocorre) – um viés para a consolidação daquela e dos valores por ela almejados? (sublinhado no original)¹⁴⁹

Por fim, os autores da ACP finalizam-na requerendo ao Judiciário Federal em ordem liminar e em provimento final os seguintes pedidos, entre outros. O DNC deve exigir e fiscalizar a operação dos postos de revenda com compra e venda vinculadas às distribuidoras (aquisição e venda de gás da distribuidora de sua “bandeira”), de acordo com o que estabelece a normatização do setor. As distribuidoras devem cessar e não retomar as práticas cartelizantes e a atuação concertada e uniforme entre si, permitindo a competitividade e a livre concorrência. As distribuidoras devem efetivamente atuar dentro da “lealdade comercial” que delas se espera, suportando práticas comerciais competitivas adotadas pelos concorrentes com vistas à conquista de mercado, sempre em benefício do consumidor, conforme determinado na Constituição Federal, na Lei Antitruste e no Código de Defesa do Consumidor. Também requerem a intimação do CADE para que intervenha na qualidade de assistente, por força do artigo 89 da Lei nº 8.884/94, caso queira. Esses pedidos foram feitos em medida liminar¹⁵⁰.

¹⁴⁸ BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, 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 [...]” Lei nº 8.884/94, art. 21. “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; [...] XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço [...]”

¹⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Ação Civil Pública nº 97.0021424-9. p. 33.

¹⁵⁰ Medida liminar: ordem judicial que determina uma providência a ser tomada antes da discussão do feito, com a finalidade de resguardar direitos. A medida liminar pode ser concedida pelo juiz dentro do exercício do poder de cautela a partir de dois requisitos essenciais: a plausibilidade do direito

4.2.3.2 Ações civis públicas – postos de combustíveis

A proposição de ações contra postos de venda combustíveis por parte do MPF tem sido freqüente. São abordadas adiante mais duas ações propostas pela Procuradoria da República no Rio Grande do Sul por meio de suas representações em municípios do interior do Estado (Procuradorias da República nos Municípios – PRM).

No primeiro exemplo, o MPF (PRM de Uruguaiana) e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul propuseram ação civil pública com pedido de liminar com o escopo da defesa da ordem econômica e dos direitos dos consumidores, mediante à acusação de formação de cartel envolvendo postos de combustíveis na região do município de Uruguaiana para a prática de preços concertados, a imposição de preços excessivos e uniformes e o aumento arbitrário de seus lucros, ocasionando prejuízo ao regime da livre concorrência.¹⁵¹

A investigação dos fatos iniciou com a instauração de inquérito civil público, no qual se constatou a prática de preços uniformes na região de Uruguaiana, superiores aos praticados em outros municípios da região da fronteira (como em Barra do Quaraí, Itaqui, São Borja e Alegrete), e com a obtenção de margens de revenda de combustíveis superiores às margens propostas pela Agência Nacional do Petróleo (ANP).¹⁵² A formação do cartel foi confirmada por depoimentos de testemunhas.

Houve notificação aos postos para a proposição de Minuta de Ajustamento de Conduta com o objetivo de promover a correção dos abusos evidenciados e estimular a concorrência no mercado local e a prática de preços justos, ajustando a conduta dos postos varejistas ao determinado na Lei Antitruste e no Código de Defesa do Consumidor. A iniciativa foi bem sucedida somente com dois postos. Esses celebraram o termo de ajuste de conduta com vigência de um ano e, efetivamente, baixaram seus preços. Contudo, a celebração do acordo com os dois

substantial invocado por quem pretende a segurança (“*fumus boni juris*” – “fumaça do bom direito”) e o perigo potencial de ocorrência de dano (“*periculum in mora*” – “perigo na demora”). Ou seja, a concessão de medida liminar é a concessão, por parte do juiz, do requerido na ação antes do julgamento do mérito, baseada: na notoriedade dos fatos consubstanciada em elementos consistentes trazidos na ação; e no perigo de ocorrência de maiores danos e ofensas aos prejudicados (consumidores e sociedade, no caso) pela continuidade da situação infratora com a espera ou a demora na solução jurisdicional, havendo a necessidade de sua imediata cessação.

¹⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. ACP nº 1999.71.03.001296-0.

¹⁵² RIO GRANDE DO SUL. Inquérito Civil Público nº 01/96.

postos referidos resultou em impulso para baixo dos preços praticados nos demais postos da região que, ressalte-se, não haviam celebrado o acordo. A ACP prossegue com a caracterização das infrações cometidas, que vão contra o disposto na Constituição Federal, artigo 170, IV e V, e na Lei nº 8.884/94, artigos 20 (incisos I, II e IV) e 21 (incisos I, II, IV e XXIV).¹⁵³

Os autores da ação requerem ao juiz federal de 1ª instância em medida liminar e em provimento final, entre outros pedidos: a cessação imediata das infrações à ordem econômica (aumento arbitrário de lucros e acordo de vontades para fixação de preço uniforme de venda de combustíveis por parte dos postos de venda), com a determinação de uso de margem de revenda de, no máximo, R\$0,22 por litro de gasolina ou álcool adquirido nas distribuidoras (ressaltando-se que a margem de referência da Agência Nacional do Petróleo – ANP – é de R\$0,11 por litro), e a imposição de multa diária de R\$10.000,00 em caso de descumprimento; a imediata fiscalização da ANP e da SDE dos postos de combustíveis demandados na ação; a imposição aos postos de indenização por perda de danos, de valor a ser apurado, em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos¹⁵⁴; e, a intimação do CADE para integrar a lide, caso queira.

O juiz da 1ª Vara Federal de Uruguaiana concedeu em parte a liminar pleiteada, determinando: a intimação dos postos de venda de combustíveis a cessação das infrações contra a ordem econômica objeto da ação (aumento arbitrário de lucros, imposição de preços excessivos e aumento injustificado dos mesmos e acordo de vontades no sentido de fixar preço uniforme para a venda de gasolina e álcool na cidade de Uruguaiana) e o recálculo dos preços de venda de

¹⁵³ BRASIL, Constituição, 1988, 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; V - defesa do consumidor..." Lei nº 8.884/94, 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; [...] IV - exercer de forma abusiva posição dominante". BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, art. 21. "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; [...] IV - exercer de forma abusiva posição dominante; [...] XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço".

¹⁵⁴ O referido fundo foi criado pela Lei nº 7.347/85, art. 13, e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/94.

combustíveis, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 por descumprimento; a intimação dos postos de imposição de margem de revenda de até R\$0,22 por litro sobre o preço de aquisição de gasolina ou álcool como meio extremo de fazer cessar as infrações noticiadas, caso persistam as práticas infratoras; e, a intimação da ANP e SDE para que procedam a fiscalização dos postos de combustível apontados na ação.

Outro exemplo de ação foi a promoção de ACP, com pedido de liminar, por parte do MPF (PRM de Santo Ângelo) e do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul com o objetivo de defesa da ordem econômica e dos direitos dos consumidores, mediante a coibição de aumento arbitrário de lucros de postos de combustíveis no município de Santa Rosa por meio da imposição de preços abusivos, excessivos, concertados e uniformes em prejuízo aos direitos do consumidor e ao regime de livre concorrência. A ACP também objetivou o arbitramento de indenização em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos em razão do enriquecimento ilícito das empresas-rés.¹⁵⁵

Os autores da ação haviam instaurado expedientes de acompanhamento e apuração de possível abuso de poder econômico na fixação dos preços dos combustíveis e formação de cartel. As investigações consistiram em: solicitação ao Sistema Estadual de Defesa do Consumidor - SISTECOM para apurar os preços de venda ao consumidor e às distribuidoras para apurar os preços de venda aos postos de combustíveis; recebimento de levantamento técnico da ANP fixando parâmetros para a formação do preço da gasolina; laudo elaborado pela Receita Federal sobre a lucratividade dos postos.

As informações obtidas levaram à constatação de seis fatos: a diferença entre o preço de venda no varejo e o preço de compra na distribuidora indicada pela ANP, na época, era de R\$0,11 por litro; os postos de combustíveis citados na ação estavam trabalhando com diferenças entre R\$0,26 e R\$0,39 por litro entre o preço de venda no varejo e o preço de compra nas distribuidoras; houve enorme aumento das taxas de lucro com a venda de combustível dos postos citados na ação entre 1995 e 1999, conforme estudos da Receita Federal; os preços de compra de combustível das distribuidoras por parte dos postos variavam, mas os preços de venda aos consumidores praticamente se igualavam entre os postos; os preços de

¹⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. ACP nº 2000.71.05.006971-1.

venda de combustível praticados em cidades da região de mesmo porte que Santa Rosa, como Ijuí e Cruz Alta, eram menores; e, ainda, postos localizados em cidades menores da região aceitaram firmar Termos de Ajuste de Conduta fixando o teto máximo de 18% de taxa de lucro bruto.¹⁵⁶

O MPF sugeriu aos proprietários dos postos de combustíveis a assinatura de Termo de Ajuste de Conduta com a proposição de taxa de lucro bruta de 15%, inicialmente, e, posteriormente, de 18%, sem sucesso. As infrações cometidas mencionadas na ACP eram as referidas na Lei nº 8.884/94, artigos 20 (incisos I, II e IV) e 21 (incisos I, II e XXIV).¹⁵⁷

Os autores da ação apresentaram requerimento, em medida liminar e em provimento final, entre outros pedidos: a cessação imediata das infrações à ordem econômica mencionadas na ação; a determinação de uso de taxa bruta de lucro de, no máximo, 15%, sob a pena de multa diária de R\$1.000,00 no caso de descumprimento; a imposição aos postos de pagamento de indenização por perdas e danos de valor a ser apurado em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; a citação da SDE; e, a intimação do CADE, por força do artigo 89 da Lei nº 8.884/94. A sentença de 1º grau do juiz da 2ª Vara Federal de Santo Ângelo determinou a citação das rés e a intimação da SDE e do CADE, mas não foi deferida a liminar pedida na ação.

4.2.3.3 Ações civis públicas – distribuidoras de combustíveis

A proposição por parte do MPF de ações contra as empresas distribuidoras de combustíveis tem sido freqüente, assim como as contra os pontos de venda. A

¹⁵⁶ De acordo com a ação, as taxas de lucro brutas (percentual de acréscimo sobre o preço de aquisição na revenda mais frete) para a venda de gasolina variaram de 11,97% a 18,89% em 1995 para 20,04% a 35,36% em 1999. Para a venda de álcool, as taxas variaram de 14,34% a 22,64% em 1995 para 18,74% a 35,01% em 1999.

¹⁵⁷ BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, 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; [...] IV - exercer de forma abusiva posição dominante.” Lei nº 8.884/94, art. 21. “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; [...] XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.”

seguir, são relatados dois exemplos de ações promovidas pela Procuradoria da República no Paraná, por intermédio da Procuradoria da República no Município de Londrina.

O primeiro exemplo consiste em ação civil pública proposta com o escopo de fazer cessar a práticas restritivas verticais (através da ingerência de grandes e tradicionais distribuidoras de combustíveis nos postos de revenda) e horizontais (através do acordo de vontades dos postos revendedores em torno dos preços dos combustíveis) ocorridas em Londrina.¹⁵⁸ As infrações à ordem econômica também incluem a prática de *dumping* por parte das distribuidoras.

Na ACP estão mencionados os fundamentos jurídicos da ação do MPF na presente lide e das infrações cometidas, calcados na Constituição Federal, na LOMPU, no CDC, na Lei Antitruste, já anteriormente citados, e, também: na Portaria nº 9/97 do Ministério de Minas e Energia e na Portaria nº 29/99 da ANP – que consideram expressamente de utilidade pública as atividades de distribuição e revenda de combustíveis automotivos.

As infrações cometidas, de acordo com a ACP, seriam: ingerência das grandes e tradicionais distribuidoras no setor de revenda de combustível, o que é vedado por lei; a adoção inicial de prática de *dumping* por parte das distribuidoras, seguida de posterior formação de cartel entre os postos de revenda vinculados a elas. A ingerência das distribuidoras na atividade de revenda para os consumidores constitui-se em infração, pois a separação vertical das atividades de distribuição e de revenda de combustíveis (e a proibição da integração vertical) é determinada na Lei nº 9.478/97, artigo 6º, incisos XX e XXI, e na Portaria 9/97 do Ministério de Minas e Energia, artigo 10.¹⁵⁹

A intromissão das distribuidoras nas atividades de revenda se dá pela atuação de *dealers*, isto é, donos formais e administradores de postos de revenda que pertencem veladamente às distribuidoras (já que é vedada a integração vertical

¹⁵⁸ PARANÁ. ACP nº 2001.70.01.008206-8.

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 9.478**, de 06/08/1997. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 ago. 2004. Art. 6º. “Para fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: [...] XX – Distribuição: atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas na forma das leis e regulamentos aplicáveis; XXI – Revenda: atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis.” BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Portaria nº 9, de 16/01/1997, art. 10. “É vedado às distribuidoras o exercício da atividade de revendedor varejista, salvo quando o posto revendedor se destinar ao treinamento de pessoal [...]”

entre distribuidoras e postos). Os *dealers* são prepostos das distribuidoras que operam os postos das companhias distribuidoras.

A prática de *dumping* (preços predatórios) foi adotada pelas distribuidoras e postos a elas vinculados com os objetivos de enfrentar a concorrência das novas distribuidoras de pequeno porte que surgiram a partir da flexibilização do mercado de distribuição de combustíveis, bem como prostrar os postos de revenda vinculados a essas novas distribuidoras e impor barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado. Após atingir esses objetivos, os postos de revenda de Londrina formaram cartel com a adoção de preços uniformes e elevados através de acordo entre os postos revendedores das grandes e tradicionais distribuidoras e entre as próprias distribuidoras, além da coação dos demais postos que insistissem em concorrer via preço, através da ameaça da adoção de retorno à prática de *dumping*.

Por fim, o representante do MPF encerrou a ação, requerendo, em tutela antecipada, os seguintes pedidos, entre outros: que as distribuidoras e postos revendedores apontados fossem desestimulados a praticarem *dumping*; não mais acordassem o preço final ao consumidor (cartel) e fossem condenados a pagar indenização a ser arbitrada em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; que não mais manipulassem o mercado e que fossem impelidas a encerrarem suas atividades no setor de revenda de combustíveis a varejo; e, como preceitua a legislação, a ANP e o CADE exerçam de maneira regular suas obrigações institucionais, coibindo os abusos praticados nas atividades econômicas.

A sentença de 1º grau proferida pelo juiz da 2ª Vara Federal de Londrina deferiu parcialmente a liminar, determinando, principalmente que a ANP promova rigorosa fiscalização nas atividades das distribuidoras e postos. À ANP atribuiu a incumbência de visitar os estabelecimentos com periodicidade mínima de 90 dias e remeter ao juízo relatórios com os resultados das atividades de fiscalização.

O outro exemplo da ação do MPF guarda semelhanças com o anterior, consistindo na proposição por parte da Procuradoria da República no Paraná – PRM de Londrina de ACP com o objetivo de fazer cessar a prática de *dumping* e a ingerência de grandes e tradicionais distribuidoras de derivados de petróleo sobre a venda a varejo exercida pelos postos de revenda de combustíveis em Apucarana.¹⁶⁰ A ingerência no mercado varejista de combustíveis se dá pela imposição, por parte

¹⁶⁰ PARANÁ. ACP nº 2001.70.01011627-3.

das distribuidoras, de insuficientes margens de lucro aos postos de revenda (em torno de R\$0,07 por litro), estrangulando-os financeiramente.

O progressivo endividamento e inviabilização econômica dos postos revendedores acabam levando à sua absorção pelas grandes distribuidoras, que passam a controlar a revenda através da figura dos *dealers*. Essa prática contraria a legislação, que veda a integração vertical na venda de combustíveis. Como já mencionado, os *dealers* são prepostos das distribuidoras, embora formalmente se configurem como os donos dos postos. A prática de *dumping* visava atingir as pequenas distribuidoras e os postos a elas relacionados.

As infrações referidas na ACP ofendem o disposto na Constituição Federal, artigo 170 e estão descritas na Lei nº 8.884/94, artigos 20 (incisos I e IV) e 21 (incisos II, VI, XI, XII e XVIII)¹⁶¹. Também contrariam o disposto na Portaria nº 9/97 do Ministério das Minas e Energia e Portaria nº 29 da ANP.

Por fim, o representante do MPF requer, em tutela antecipada, que as distribuidoras rés se abstenham de: impor margens de lucro aos seus revendedores, praticar *dumping* e de operar diretamente os postos de revenda. Pede, também a imposição de indenização às rés a ser arbitrada por dano material e moral coletivo em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; a cominação de pena de multa e intervenção, em caso de descumprimento; ordem para que ANP e União exerçam suas obrigações para a coibição dos abusos.

Na decisão de 1º grau do juiz da 3ª Vara Federal de Londrina foi concedida parcialmente a tutela pleiteada, sendo determinado às distribuidoras rés que se abstenham de praticarem a venda de combustíveis abaixo do preço de custo em Apucarana. Foi determinado também o ofício ao CADE, para que esse se manifeste

¹⁶¹ BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, 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; [...] IV - exercer de forma abusiva posição dominante.” Lei nº 8.884/94, art. 21. “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; [...] VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; [...] XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidoras, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; [...] XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; [...] XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo [...]”

sobre seu interesse em participar do feito como assistente técnico, nos termos do artigo 89 da Lei nº 8.884/94.

4.2.3.4 Ações – fusão de empresas aéreas

O MPF, através da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul – Ofício do Consumidor e da Ordem Econômica, propôs ação cautelar, com o objetivo de impedir a iminente consumação de fusão das empresas aéreas VARIG e TAM, cujo instrumento jurídico de formalização contratual estava para ser assinado.¹⁶²

De acordo com a ação, a concretização da fusão ensejaria o surgimento de uma companhia aérea detentora de mais de 70% do mercado doméstico, pondo em risco os valores protegidos pela Lei nº 8.884/94. A fusão estava para acontecer sem que o CADE, a quem incumbe a defesa da concorrência, atuasse de forma concreta.

Na ação, o agente ministerial também informa que estava para ser ajuizada ACP por parte do MPF, com a qual se esperava que a operação concentradora, lesiva à ordem econômica e prejudicial à concorrência no setor e aos usuários do transporte público aéreo, fosse impugnada. Subsidiariamente, a ação visa assegurar à ré VARIG condições essenciais de operacionalidade até que sobrevenha a decisão definitiva da ACP a ser proposta, impondo-se à União, à BR Distribuidora, ao Banco do Brasil e à INFRAERO que se absterem do uso de expedientes que prejudiquem as operações da empresa como meio de pressioná-la a aceitar a operação de fusão.

Os principais fatos narrados na ação que ensejaram a propositura da mesma são: a iminência de assinatura de contrato de fusão entre VARIG e TAM, sob os auspícios do Governo Federal, tendo como consequência a excessiva concentração no mercado de transporte aéreo do país (de acordo com a ação, mais de 70% do mercado estaria nas mãos da nova empresa oriunda da fusão); a constatação de que a operação de vôos compartilhados (*code share*) entre as duas empresas tem

¹⁶² RIO GRANDE DO SUL. Ação Cautelar Inominada nº 2003.71.00.039245-0, que se seguiu às investigações do Inquérito Civil Público nº 11/2003.

levado à queda na qualidade dos serviços oferecidos; o aparente posicionamento de não oposição ao ato de concentração por parte do CADE.¹⁶³

Os prejuízos ao consumidor e à ordem econômica são referenciados na Constituição Federal, artigo 170, IV e V, e na Lei nº 8.884/94, artigos 20, 21 e 54 (parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 7º e 9º).¹⁶⁴

Assim, o autor da ação pede, em liminar, os seguintes: que a empresa VARIG S/A se abstenha de praticar atos jurídicos que tendam à consolidação da efetivação

¹⁶³ Além disso, haveria o possível condicionamento do BNDES à concretização da operação de fusão para a concessão de novos empréstimos e pressões das credoras da VARIG, BR Distribuidora e Banco do Brasil, sobre a mesma para que a fusão viesse a ocorrer.

¹⁶⁴ BRASIL, Constituição, 1988, 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; V - defesa do consumidor." BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, 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." *Ibidem*, art. 54. "Os 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, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. § 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou 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. § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final. § 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 vinte por cento 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). 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE; [...] § 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados; [...] § 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros."

de sua fusão com a empresa TAM S/A, o que estaria prestes a ocorrer; que o CADE seja intimado a intervir nos autos.¹⁶⁵

O juiz da 4ª Vara Federal de Porto Alegre deferiu parcialmente a medida liminar requerida pelo MPF, determinando que a VARIG S/A (representada por sua curadora e administradora Fundação Rubem Berta) se abstenha de praticar atos jurídicos que tendam à consolidação da efetivação de sua fusão com a empresa aérea TAM S/A, apenas até o momento em que efetivamente haja pronunciamento administrativo do CADE sobre a questão ou no momento em que haja exame de medida liminar em sede de ação civil pública que deve ser ajuizada.

A ACP mencionada foi proposta pelo MPF (Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, Ofício do Consumidor e Ordem Econômica) logo após a proposição da ação cautelar acima relatada.¹⁶⁶ O objeto da ACP consiste na ampliação da tutela cautelar concedida nos autos da ação cautelar antes proposta¹⁶⁷, impedindo que seja consumada a fusão das empresas aéreas VARIG e TAM.

A justificativa da propositura da ação se dá, no que tange ao tema antitruste, pelos seguintes motivos: evidências de prejuízos à concorrência, à sobrevivência dos demais competidores e aos direitos dos consumidores, não havendo indícios de que a fusão ocasionaria aumento de produtividade, eficiência ou desenvolvimento tecnológico ou melhora nos serviços prestados.

Além disso, a operação dos vôos compartilhados (*code share*) entre VARIG e TAM não vinha seguindo o acordado com o CADE no Acordo de Preservação e Reversibilidade de Operação (APRO). Constatou-se, ao invés, a ocorrência de diversas irregularidades, além de tal operação revelar-se anticoncorrencial. Por fim, o próprio APRO celebrado veda expressamente a efetivação do ato de concentração antes de proferida a decisão do CADE a respeito do ato de fusão.

O risco de ocorrência de prejuízos ao consumidor e à livre concorrência está caracterizados na Constituição, artigo 170, e na Lei Antitruste, artigos 20, 21 e 54. A legitimidade da ação do MPF é reivindicada na ACP, evocando-se a Constituição

¹⁶⁵ Além disso, há também os pedidos de que: a União se abstenha de qualquer ação coercitiva sobre a empresa VARIG tendente à operação de concentração com a empresa TAM; a BR Distribuidora S/A mantenha regular abastecimento de combustível às aeronaves da VARIG, mediante preços e condições de pagamento equivalentes aos praticados às outras empresas; o Banco do Brasil deixe de apropriar-se de recursos da empresa VARIG, à título de abatimento de dívidas; a INFRAERO abstenha-se de quaisquer tentativas de adotar qualquer medida que vise inviabilizar os pousos e decolagens das aeronaves da empresa VARIG.

¹⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. ACP nº 2003.71.00.045989-0.

¹⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Ação Cautelar Inominada nº 2003.71.00.039245-5.

Federal, artigos 127, 129 e 170, a LOMPU, artigo 6º, a Lei nº 7.347/85, artigo 1º, e a Lei Antitruste, artigo 88.

Finalmente, é solicitado na ACP, em liminar: a abstenção da empresa VARIG S/A, por meio de sua controladora Fundação Rubem Berta, de adotar quaisquer medidas que levem à concretização de sua fusão com a empresa TAM S/A até decisão final do juízo, evitando-se a criação de uma mega-empresa com prejuízos aos consumidores e aos princípios e valores adotados na Constituição Federal e atinentes à ordem econômica; e, na eventualidade de aprovação final do ato de concentração pelo CADE, a permanência da vigência da liminar até que a decisão do CADE seja devidamente apreciada pelo juízo. Em definitivo, é requerido que seja decretada judicialmente a impossibilidade da criação de uma nova empresa aérea que concentre poder econômico representado pela soma das parcelas de mercado relativo à VARIG e à TAM, pelos possíveis efeitos à livre concorrência, aos consumidores e à liberdade de iniciativa de terceiros.

4.2.3.5 Ação civil pública – “cegonheiros”

O último exemplo de caso concreto de ação do MPF em defesa da concorrência e da ordem econômica consiste na promoção de ACP com pedido de tutela antecipatória, por parte da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, Ofício do Consumidor e Ordem Econômica, com o objetivo de reestabelecer a normalidade constitucional econômica por meio do impedimento de prática de cartel no transporte rodoviário de veículos novos, saídos de plantas da montadora General Motors do Brasil Ltda. (GMB) ou derivados de importação pela mesma empresa e destinados às concessionárias em todo o país, oriundos do exterior ou destinados ao exterior. A ACP concerne ao transporte total ou parcialmente, por via rodoviária.¹⁶⁸

A investigação iniciou com a representação remetida ao MPF, formulada pelo Sindicato dos Transportadores Autônomos de Veículos e das Pequenas e Micro-empresas de Transporte Rodoviário de Veículos do Estado do Rio Grande do Sul (SINTRAVERS) por infração à ordem econômica contra os seguintes requeridos: Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e

¹⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. ACP nº 2002.71.00.028699-1.

Pequenas e Micros Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos (SINDICAN, chamado de “Sindicato Nacional dos Cegonheiros”), Associação Nacional dos Transportadores de Veículos (ANTV) e GMB.

Na representação havia denúncias de que a ANTV era composta de treze empresas de transporte de veículos, sendo que, na verdade, três empresas detinham o controle das demais (e de 100% do transporte nacional de veículos das maiores montadoras) e impunham níveis exorbitantes para os preços dos fretes. Havia também denúncias de que: a ANTV assumiu publicamente sua condição de monopolista no transporte de veículos; o SINDICAN não era uma entidade representativa dos transportadores de veículos, mas um braço político da ANTV; a GMB exigia a filiação à ANTV como condição para participação no transporte de veículos saídos de suas instalações. Face às denúncias, o órgão ministerial instaurou procedimento administrativo para apuração e esclarecimento dos fatos.¹⁶⁹

A primeira tentativa de solução extrajudicial da questão ocorreu com o encaminhamento de recomendação à montadora GMB, solicitando a abertura do mercado de transporte com a contratação de outras empresas, não associadas ou não vinculadas à ANTV. A tentativa não surtiu o efeito esperado, tendo a GMB afirmado que não alteraria sua sistemática de trabalho. Ou seja, a contratação de prestadoras de serviço de transportes à montadora continuou passando pela ANTV e pelo SINDICAN.

No curso do procedimento administrativo, as investigações do MPF confirmaram os indícios de concentração de poder de mercado em torno das empresas vinculadas a ANTV, de formação de reserva de mercado, de imposição de barreiras à entrada ao mercado e de formação de cartel organizado por meio da ação conjunta da ANTV e do SINDICAN, com: concentração de quase 100% do transporte de carros novos em territórios nacional pelas empresas associadas à ANTV e ao SINDICAN; acordo com informações oriundas da própria ANTV; estabelecimento dos preços dos fretes por parte de ANTV e SINDICAM; punição dos associados que não seguissem os preços estabelecidos; a existência de um mercado de venda e locação de "vagas" para a prestação do serviço de transporte de veículos novos para as montadoras, isto é, o ingresso de ofertantes no mercado de transporte de veículos novos exige a aquisição de "vaga" vendida pelas

¹⁶⁹ Procedimento Administrativo nº 418/2000.

empresas vinculadas à ANTV, de acordo com anúncios veiculados em periódicos; prática de valores elevados e uniformes de frete para o transporte de veículos novos pelos associados à ANTV, muito mais elevados que os praticados por transportadores de veículos não vinculados ao cartel ou praticados por outros serviços especializados de transporte; divisão acordada do mercado entre as empresas integrantes da ANTV; repasse pelas montadoras dos altos valores dos fretes aos compradores de veículos novos; e exigência da GMB de que o candidato a prestar serviços de transporte de veículos à montadora seja filiado à ANTV.

Assim, foi proposta ACP, que relaciona as seguintes infrações à ordem econômica a partir do apurado nas investigações: fixação acordada de preços e condições de operação e de prestação de serviços, com vistas à formação de cartel por parte das empresas pertencentes à ANTV; exigência ostensiva, por parte de empresas transportadoras, SINDICAM e GMB, de filiação à ANTV para ser elegível ao transporte dos veículos novos saídos das instalações da montadora; divisão de rotas de transporte entre as empresas transportadoras integrantes da ANTV, com ou sem a intermediação da associação; imposição de barreiras à entrada de novas empresas transportadoras de veículos; imposição de preços excessivos, com perdas aos consumidores; e, uso de vários expedientes contra os que não seguem as regras ditadas pelo cartel, inclusive de violência, conforme ocorrências policiais.

Assim, foram constatadas ofensas aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa estabelecidos na Constituição Federal, artigos 1º, IV, 170, I e IV, 173, parágrafo 4º.¹⁷⁰ As mencionadas infrações à ordem econômica constam na Lei nº 8.884/94, nos artigos 20 (incisos I, II, III e IV) e 21 (incisos I, II, III, IV, V, X, XV e XXIV).¹⁷¹

¹⁷⁰ BRASIL, Constituição, 1988, art. 1º. " A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa..." CF/88, 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: I - soberania nacional; [...] IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor [...]" BRASIL, Constituição, 1988, art. 173. "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de 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 à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

¹⁷¹ BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, 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

Na ACP, são formulados pedidos, com concessão de ordem liminar, que são, entre outros: proibição da atuação do SINDICAN, face à sua ilegitimidade, e fechamento de suas sedes em território nacional; proibição da ANTV de se instalar ou permanecer instalada em território nacional; proibição da ANTV de participar de processos de negociação que envolvam a prestação de serviços de transporte de veículos novos junto às montadoras, o que somente deve se dar através de cada empresa de transporte, de modo que a atuação no mercado seja livre e independente, sem adoção de práticas cartelizantes, sem reunirem-se para atuação concertada e uniforme, permitindo a presença da competitividade e da livre concorrência; proibição da GMB de contratar prestadores de serviços de transporte de veículos na forma como estava fazendo, isto é, em co-autoria com a ANTV e com prejuízos aos consumidores; obrigatoriedade da GMB de proceder a contratação de outras empresas de transporte (ou outros agentes econômicos) para o transporte de veículos novos saídos de suas plantas industriais ou decorrentes de importações, de acordo com o cronograma mínimo de evolução proposto na ACP, como forma de "oxigenação" do mercado; obrigação da GMB de proceder a divulgação nos meios de comunicação do conteúdo da liminar a ser concedida, como forma de indução do ingresso de agentes econômicos no mercado.

Por fim, o MPF requer como pedido principal e definitivo, o seguinte: a confirmação do pedido em pleito liminar; a declaração de irregularidade, ilegitimidade e a desconstituição do SINDICAN; a desconstituição da ANTV; a imposição à ANTV das penas previstas na Lei nº 8.884/94, artigos 23, III, e 24, I, II e III, ao SINDICAN das penas previstas na Lei nº 8.884/94, artigos 23, III, e 24, I, e à GMB das penas previstas na Lei nº 8.884/94, artigos 23, I, e 24, I, II e III, conforme

dominante." Ibidem, art. 21. "As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; [...] X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; [...] XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; [...] XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço."

proposto na ACP¹⁷²; imposição aos réus de indenizações por lesão a interesse difuso e por dano moral coletivo em favor do Fundo de Defesa de Interesses Difusos (Lei nº 7.347/85, artigo 13), nos moldes propostos na ACP¹⁷³; imposição de multas às rés ANTV, SINDICAN e GMB, em caso de descumprimento da liminar requerida; intimação ao CADE para que intervisse no processo.

De forma concomitante à proposição da ação, o órgão ministerial remeteu ofício representando à SDE, com envio de cópia da ACP proposta. A partir dos dados contidos na ACP e oriundos de investigações próprias, a SDE instaurou procedimento administrativo¹⁷⁴, no qual decidiu pela instauração de processo administrativo em desfavor dos representados ANTV e SINDICAN para apurar a existência das práticas de: fixar ou praticar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços (o transporte de veículos novos saídos das montadoras); obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ou funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impor preços excessivos e aumentar preços sem justa causa – ressaltado, no procedimento, que as condutas acima descritas podem caracterizar a ocorrência de infração à ordem econômica, com base nos incisos I, II, III e IV do artigo 20 e nos incisos I, II, IV, V e XXIV do artigo 21 da Lei nº 8.884/94.

¹⁷² BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, art. 23. "A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável; [...] III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente". Ibidem, art. 24. " Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor..."

¹⁷³ BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 13. "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados".

¹⁷⁴ Procedimento Administrativo nº 08012.005669/2002-31.

A SDE também decidiu pela adoção de medida preventiva (com base no artigo 52 da Lei nº 8.884/94)¹⁷⁵, constatados os indícios de infração à ordem econômica e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação à concorrência no mercado relevante de transporte de veículos novos saídos das montadoras no território brasileiro, capaz de comprometer o resultado útil do processo. A medida preventiva determinou que a ANTV e o SINDICAN se abstenham de participar das negociações referentes ao preço e às condições de frete realizadas entre as transportadoras e as montadoras; não mais elaborem tabelas de preços de frete, e tampouco promovam a distribuição das rotas de transporte entre seus associados (o que deve ser fruto direto de negociação entre as empresas transportadoras ou caminhoneiros autônomos e montadoras); se abstenham de praticar qualquer outra conduta que tenha por objeto ou efeito obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme entre os prestadores de serviço de transporte de veículos novos em território nacional; impeçam o acesso ao mercado de empresas e caminhoneiros que não sejam filiados à associação ou ao sindicato. Por fim, fixou-se multa diária em caso de descumprimento da medida preventiva até a decisão final do processo administrativo.

A ACP teve julgamento de primeiro grau na 11ª Vara Federal de Porto Alegre, sendo deferido parcialmente o pedido de liminar do MPF, que determinou o cumprimento dos itens acima pela ANTV e ao SINDICAN. Foi imposta multa nos moldes estabelecidos pela SDE à ANTV e ao SINDICAN em caso de descumprimento da decisão.

Ficou decidido que a GMB passe a admitir, entre os que realizam serviços de transporte à montadora e respectivas concessionárias, empresas e transportadores autônomos desvinculados do modelo então vigente de transporte na medida em que os contratos em curso terminem. A GMB deve também demonstrar as medidas adotadas para a abertura do mercado de transporte de veículos novos durante a

¹⁷⁵ BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, art. 52. “Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. § 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25. § 2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do Cade que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do Cade, sem efeito suspensivo”.

tramitação do feito judicial. A SDE deveria ser oficializada, e solicitar informações sobre o cumprimento, pelos réus, da medida preventiva por ela imposta.

O presente capítulo versou sobre a instituição Ministério Público Federal no que diz respeito a sua definição, suas funções institucionais, seus instrumentos de ação, sua disposição organizacional dentro do Ministério Público e do Ministério Público da União e sua própria estrutura organizacional. Abordou também possibilidades de atuação processual judicial e extrajudicial do MPF na promoção da defesa da concorrência e da ordem econômica e da sua efetiva atuação, a partir da exposição de alguns casos concretos. Percebe-se que o MPF tem garantidos legalmente poderes e instrumentos de ação que possibilitam sua efetiva e eficaz atuação na proteção da concorrência e da ordem econômica, como visto nos casos relatados.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como objetivos descrever e analisar o histórico e a situação atual da defesa da concorrência no Brasil e a ação do Ministério Público Federal na política antitruste nacional. Para a consecução destes objetivos, foram importantes os seguintes pontos: o entendimento da gênese e desenvolvimento da ação antitruste articulados à percepção da imanência do fenômeno da concentração econômica ao desenvolvimento do capitalismo; o estudo da argumentação teórica a respeito do tema antitruste surgidas nas diferentes escolas das Ciências Econômicas; a análise do surgimento e desenvolvimento de legislação e instituições de defesa da concorrência nos principais centros capitalistas mundiais (Estados Unidos, União Européia e Japão); o exame do surgimento e desenvolvimento de legislação e instituições de defesa da concorrência no Brasil; a análise das possibilidades de ação e da efetiva atuação do Ministério Público Federal na política antitruste e na proteção à ordem econômica.

O capítulo 1 tratou das questões relativas ao processo de concentração econômica (ou de concentração e centralização do capital) que acompanhou e ainda acompanha o desenvolvimento e amadurecimento do modo-de-produção capitalista. O capítulo também abordou as questões relativas às concepções de política antitruste por parte de diferentes escolas das Ciências Econômicas.

A História Econômica mostra que o processo de concentração econômica no capitalismo acentuou-se a partir da Segunda Revolução Industrial, deslocando-se a dinâmica da economia para a produção de bens de capital, aumentando a escala de produção e as plantas empresariais, tornando hegemônicas as estruturas de mercado oligopólicas e evidenciando a existência de outras formas de concorrência, além da competição via preços, ou a limitação da própria concorrência.

Constatada a ocorrência do processo de concentração, as diversas correntes de pensamento econômico desenvolveram teorias a respeito do fenômeno da concentração e da natureza e objetivos da ação antitruste. Neste sentido, a “Escola de Harvard” afirma que a estrutura do mercado determina a conduta dos agentes econômicos nele integrantes (“modelo estrutura-conduta-desempenho”). Assim,

estruturas de mercado concentradas levariam a condutas anticompetitivas, à imposição de barreiras à entrada e ao abuso de poder econômico por parte dos integrantes destes mercados, gerando ineficiência na economia. Cabe, portanto, à política antitruste evitar a excessiva concentração dos mercados e buscar uma “concorrência viável”

Já a “Escola de Chicago” (e as concepções teóricas afins) minimiza a importância das estruturas de mercado concentradas, pois seria “irracional” a busca de poder de mercado, de concentração vertical ou a imposição de barreiras à entrada, a não ser pelo objetivo de obtenção de maior eficiência. Logo, a ação interventora da política antitruste deve ser mínima. O objetivo da política antitruste seria, então, a promoção da eficiência econômica e sua ação deveria focar cartéis e concentrações horizontais cartelizantes ou trustificantes.

A abordagem dos seguidores de Schumpeter (ou “abordagem neoschumpeteriana”) para a política antitruste enfatiza que a concorrência como processo de mudança predomina no capitalismo oligopolizado. Ressalta a importância dos aspectos dinâmicos da concorrência em sua dimensão virtuosa, manifestos na constante busca de inovação em processos e produtos, em benefício da eficiência econômica, do desenvolvimento econômico e dos consumidores. Logo, cabe à política antitruste a promoção dos aspectos dinâmicos ligados à dimensão virtuosa da concorrência oligopolista (busca de inovação) e a coibição da dimensão viciosa da concorrência oligopolista (condutas anticompetitivas e abuso de posição dominante de mercado).

Por fim, a política antitruste não precisa ficar restrita aos objetivos de promoção da eficiência econômica e de estímulo à inovação, como parece ser o entendimento majoritário das diferentes escolas das Ciências Econômicas, sobretudo nos Estados Unidos. A política antitruste pode estar vinculada à implantação de políticas públicas voltadas a outros fins ou à consecução de objetivos eleitos pela sociedade, como ocorre na União Européia, onde a política antitruste está subordinada à política de construção da Comunidade.

Ao longo de sua história, a política antitruste brasileira se associa a outras políticas públicas, como instrumento de defesa da economia popular nos primeiros diplomas legais, ou subordinada aos objetivos da política industrial, como ocorreu nos Planos Nacionais de Desenvolvimento (1º e 2º PND). Isso enseja a reflexão sobre como potencializar a aplicação da política antitruste em combinação com

outras políticas públicas visando colaborar com uma mais justa distribuição de riqueza e de renda (enfrentando a histórica tradição brasileira de concentração de renda, riqueza e poder – econômico e político) e com um maior estímulo ao emprego (combatendo o progressivo aumento das taxas de desemprego no país), de acordo com os propósitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988 de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

Nos Estados Unidos, a política antitruste nasceu da movimentação política de setores sociais organizados contra a concentração do poder econômico por parte das grandes grupos empresariais. Na esteira do movimento, se estabeleceu a legislação antitruste (leis Sherman, Clayton, Cellar-Kefauver e Hart-Scott-Rodino) e os órgãos administrativos de defesa da concorrência norte-americanos (a Comissão Federal de Comércio, *Federal Trade Commission – FTC*, e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, *Department of Justice – DOJ*).

No sistema antitruste norte-americano, é atribuição do Poder Judiciário a formulação dos principais princípios. De igual modo, a aplicação da política antitruste se dá por iniciativa das agências administrativas federais, dos procuradores estaduais e de cidadãos virtualmente prejudicados. Em atos de concentração, é exigida a notificação prévia às agências administrativas. Atualmente, a defesa da concorrência nos Estados Unidos está calcada na promoção da produtividade, da eficiência alocativa, dos estímulos concorrenciais e na coibição ao aumento do poder de mercado e às práticas cartelizantes, buscando a concorrência dentro do conceito de “concorrência-fim”.

A política de defesa da concorrência da União Européia (UE) nasceu juntamente com a necessidade da união política e econômica dos países da parte ocidental da Europa após a Segunda Guerra Mundial. A unidade européia começou com a constituição da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (CECA), prosseguiu com a edificação da Comunidade Econômica Européia (CEE) e está se consolidando com a formação da União Européia.

Assim, a política antitruste comunitária seguiu o conceito de “concorrência-instrumento”, estando inserida na implementação de políticas com objetivos mais amplos, como a política industrial comunitária ou a própria constituição e da integração comunitária. Porém, com a evolução do processo de integração nos últimos anos, o sistema de proteção à concorrência comunitária vem progressivamente ampliando seu papel: além de instrumento acessório – ainda que

de grande importância, para a implantação da Comunidade Européia e de sua política industrial – vem se tornando uma das protagonistas entre as políticas públicas comunitárias.

As normas comunitárias de defesa da concorrência estão definidas no Tratado da União Européia, nos regulamentos editados pelo Conselho Europeu e pela Comissão Européia e na jurisprudência emitida pelo Tribunal Europeu. O rol de normas antitruste da Comunidade visa impedir e reprimir a adoção de atos que prejudiquem a concorrência ou que tendam à proteção dos mercados nacionais. Objetiva, também, incentivar a eficiência, a inovação e a competitividade, além de auxiliar na consecução da integração comunitária. As autoridades antitruste da UE são a Comissão Européia, através da Direção Geral da Concorrência, e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, órgãos comunitários autônomos.

A política de defesa da concorrência foi introduzida no Japão após a Segunda Guerra Mundial pelas potências que ocuparam o país e seguiu, inicialmente, as linhas gerais da política antitruste norte-americana, promovendo a supressão de conglomerados japoneses, como os *Zaibatsu*. Porém, durante as décadas de 50 e 60, a política antitruste japonesa passou a se subordinar aos objetivos da política industrial do país de incentivo a nova formação de conglomerados. A política antitruste japonesa só voltou a ter maior autonomia nos anos 70 e 80, estimulada pelas pressões oriundas dos movimentos sociais conscientes da importância de uma maior proteção à concorrência, pelo processo inflacionário (diagnosticado como oriundo da excessiva concentração das estruturas industriais no país), pela abertura da economia japonesa e pelas pressões de seus parceiros comerciais, sobretudo os Estados Unidos. A autoridade antitruste japonesa é conhecida na literatura como *Fair Trade Commission*, agência administrativa encarregada da aplicação da lei de defesa da concorrência, das investigações das práticas anticoncorrenciais e das autorizações prévias de atos de concentração.

A construção da legislação e órgãos de defesa da concorrência no Brasil acompanhou o processo de aprofundamento das relações capitalistas, a formação de uma economia industrial, o avanço do processo de concentração nas estruturas de mercado e a construção da democracia e dos valores democráticos no país (capítulo 3). A constituição da legislação de defesa da concorrência nacional começou na década de 30 sob o princípio da “proteção à economia popular”,

avançou com a edição da “Lei Malaia” e, principalmente, da Lei nº 4.137/62, que criou o CADE.

A aplicação da política antitruste durante a vigência da Lei nº 4.137/62 teve eficácia limitada, pois ficou subordinada à política econômica de fortalecimento da indústria nacional, incentivadora da concentração industrial, principalmente a partir da implantação da ditadura de 1964. Com o fim da ditadura, a reconstrução da democracia no país e a abertura da economia brasileira exigiram a implementação de uma política antitruste efetiva.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a legislação de defesa da concorrência adquiriu sua forma atual, principalmente, com a edição da Lei nº 8.158/91 e da Lei nº 8.884/94, a Lei Antitruste nacional. A atual legislação antitruste prevê dois tipos de ação para a defesa da concorrência: um de caráter repressivo às condutas anticoncorrenciais e outro de caráter preventivo à concentração das estruturas mercadológicas e ao exercício de poder de mercado.

A legislação antitruste brasileira caracteriza-se pelo uso da “regra da razão” (isto é, não há infração *per se*), exceto em casos de formação de cartel. Outra característica da legislação de defesa da concorrência nacional é o seu caráter instrumental (ou seja, segue o conceito de “concorrência-instrumento” em vez de “concorrência-fim”).

O caráter instrumental na atual Lei Antitruste brasileira está nas bases constitucionais de um fim maior: “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Assim, o caráter instrumental da legislação de proteção à concorrência nacional a aproxima de sua congênere européia, embora também faça uso de conceitos oriundos da legislação norte-americana.

Discorreu-se sobre o Ministério Público Federal e sua tarefa de zelar pelo cumprimento da legislação antitruste e da manutenção da ordem econômica (capítulo 4). Para tanto, foram abordados o conceito, as funções institucionais, a disposição organizacional e os instrumentos de ação judicial e extrajudicial do MPF aplicáveis na atuação antitruste e na defesa da ordem econômica. Também mereceu atenção o estudo da efetiva atuação do MPF na proteção à concorrência e à ordem econômica por meio do estudo de alguns casos concretos. A feição atual do Ministério Público brasileiro foi definida na Constituição Federal de 1988, sendo um dos frutos do processo de aprofundamento dos valores democráticos e da construção da democracia no país.

O Ministério Público é definido como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Funciona como advogado da sociedade, tratando do zelo, principalmente: pelo interesse público; pela defesa da ordem jurídica e dos princípios constitucionais; pelo patrimônio público (no qual faz parte o mercado interno do país), social e cultural do país; pela ordem econômica e financeira; pelos interesses sociais e individuais indisponíveis; pelo bem geral.

O Ministério Público se divide em Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados. O Ministério Público Federal – MPF é um dos ramos do Ministério Público da União. O MPF exerce suas funções na defesa de direitos e interesses dos índios, do meio ambiente, de bens e direitos integrantes do patrimônio nacional (no qual se inclui o mercado interno brasileiro) e nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal e Eleitoral.

Assim, cabe ao MPF a promoção da defesa da concorrência, da ordem econômica e dos direitos do consumidor, de acordo com o previsto na Constituição Federal, na Lei Orgânica do Ministério Público e na legislação antitruste. A atuação ministerial neste sentido pode se dar junto às autoridades antitruste e em nome de suas atribuições constitucionais e legais por meio de ações judiciais e extrajudiciais.

Com respeito à ação do MPF junto às autoridades administrativas de defesa da concorrência, a Lei Antitruste prevê a sua atuação junto ao CADE nos seguintes casos: oficiando nos processos em trâmite na autarquia na condição de *custus legis*; promovendo a execução judicial das decisões proferidas e compromissos de cessação acordados pela autarquia; acompanhando a efetivação dos acordos judiciais feitos pela autarquia; adotando medidas judiciais em defesa da ordem econômica, se o MPF entender que as decisões ou atos do CADE contrariam ou não contemplam integralmente a defesa da ordem econômica, da concorrência e dos direitos do consumidor.

Há outras formas de ação que o MPF pode lançar mão para defender a ordem econômica, a concorrência e os direitos do consumidor. Entre os instrumentos judiciais, o órgão ministerial pode propor: ação civil pública para a proteção dos direitos constitucionais, do patrimônio público e social e dos interesses homogêneos, sociais, difusos, coletivos e individuais indisponíveis; ação penal

pública nos casos de crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo; ação direta de inconstitucionalidade contra leis ou atos normativos que violem ou lesem os preceitos constitucionais.

Os instrumentos extrajudiciais ou não judiciais incluem, entre outros: a proposição de recomendação para impedir a ocorrência (ação preventiva) ou interromper a continuidade (ação repressiva) de conduta infratora à ordem econômica, à livre concorrência ou aos direitos dos consumidores; a instauração de inquérito civil ou investigação criminal para apuração dos elementos necessários para possível proposição de ação judicial (civil ou penal); e, a proposição de termos de ajustamento de conduta com os agentes econômicos infratores.

O estudo de casos concretos mostrou que é efetiva e eficaz a atuação do MPF na proteção da concorrência, da ordem econômica e dos direitos dos consumidores, sobretudo em situações envolvendo: a repressão à formação de cartéis, à prática de *dumping* e ao exercício de abuso de poder econômico e de mercado; a prevenção contra atos de concentração potencialmente lesivos à concorrência, à livre iniciativa e aos direitos do consumidor. No entanto, entende-se que a atuação do MPF na defesa da concorrência e da ordem econômica pode ser ainda mais efetiva e eficaz, pois a lei garante ao Ministério Público amplos poderes de investigação e diversos instrumentos de ação.

Por fim, a proposição e a efetivação, por parte do MPF, de uma estratégia de maior intercâmbio de informações e de colaboração de ordem técnica com os Ministérios Públicos nos Estados, com os Poderes Judiciários Federal e Estaduais e com as agências integrantes do SBDC (CADE, SDE e SEAE), entre outros órgãos e instituições, seria de grande valia para o aprimoramento da eficácia e da eficiência da atuação do MPF na política antitruste, na defesa da ordem econômica e na proteção dos direitos dos consumidores.

REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Giovanni. **A Ilusão do Desenvolvimento**. Petrópolis: Vozes, 1997.

ALMEIDA, João Batista de. O Inquérito Civil como Instrumento de Investigação do Ministério Público In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão ET AL. **Ministério Público e a Ordem Social Justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ALVES, Waldir. Atuação do Ministério Público Federal Junto ao CADE e nos Processos Cíveis e Penais de Infração Contra a Ordem Econômica e as Relações de Consumo IN: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al. **Ministério Público e a Ordem Social Justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. O Ministério Público Federal e o CADE na Lei Antitruste. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 125-130, out./dez. 2001.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Direito Concorrencial e Direito do Consumidor. **Prima Facie**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2002. Disponível em: <http://ns.ccj.ufpb.br/primafacie/revista/artigos/artigo_6.pdf> Acesso em 20 abr. 2004.

BARBOSA, Osório; MEDEIROS, Sérgio Monteiro. A Recomendação como Instrumento de Atuação do Ministério Público da União IN: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al. **Ministério Público e a Ordem Social Justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BEAUD, Michel. **História do Capitalismo**: de 1500 aos nossos dias. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BRAGA, José Carlos de Souza. Alemanha: império, barbárie e capitalismo avançado In: FIORI, José Luís (Org.). **Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.

BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. São Paulo: Atlas, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro**: Comentários à Lei nº 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONSIDERA, Cláudio Monteiro. **Uma Breve História da Economia Política da Defesa da Concorrência.** Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n22.PDF> Acesso em 22 abr. 2004.

DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo.** Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

DUTRA, Pedro. A Livre Concorrência e sua Defesa. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 22, p. 81-87, jan./mar. 1996.

FAGUNDES, Jorge. Estado e Defesa da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 22, p. 95-98, jan./mar. 1996.

_____. **Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência.** São Paulo: Singular, 2003.

_____. Políticas Industrial e de Defesa da Concorrência no Japão. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 3-46, 2001.

FARENA, Duciran Van Marsen. O Papel do Ministério Público no Combate aos Cartéis. **Boletim dos Procuradores da República**, Brasília, v.5, n. 51, p. 4-11, jul. 2002.

FONSECA, Antônio. O Papel do Ministério Público na Política da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 25, p. 71-76, jan./jul. 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de Atos que Limitam a Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 26, p. 6-27, set./dez. 1997.

_____. **Lei de Proteção da Concorrência: comentários à Lei Antitruste.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCO JÚNIOR., Hilário; PAN CHACON, Paulo. **História Econômica Geral.** São Paulo: Atlas, 1986.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. A Atuação do MPF Junto ao CADE. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 24, p. 51-58, jul./dez. 1996.

FUSFELD, Daniel R. **A Era do Economista.** São Paulo: Saraiva, 2001.

GALBRAITH, John Kenneth. **Uma Viagem pelo Tempo Econômico: um relato em primeira mão.** São Paulo: Pioneira, 1994.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; TONETO JÚNIOR., Rudinei. **Economia Brasileira Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2002.

HEILBRONER, Robert. **A Formação da Sociedade Econômica**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

_____. **Introdução à História das Idéias Econômicas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

HOBBSBAWM, Eric J. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **A Era do Capital: 1848-1875**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. **Era dos Extremos: o Breve Século XX – 1914-1991**. São Paulo: Cia. Das Letras, 1995.

_____. **A Era dos Impérios: 1875-1914**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

_____. **A Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. Rio de Janeiro, 1977.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

HUNT, E. K. **História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica**. Rio de Janeiro: Campus, 1985.

KEMP, Tom. **A Revolução Industrial na Europa do Século XIX**. Lisboa: Edições 70, 1987.

KLAJMIC, Magali. Política Legal da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 27, p. 79-84, jan./jul. 1998.

_____. Defesa da Concorrência: política de Estado e interface com políticas de governo. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 22, p. 69-79, jan./mar. 1996.

LAZZARINI, Alexandre Alves. O Papel do Representante, do Procurador e do Ministério Público nos Procedimentos da Lei 8.884/94. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 223-226, jul./set. 1999.

LEMONS, Bruno Espiñeira. Lei Antitruste sob Enfoque do Direito Penal Econômico. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, n. 8, p. 130-138, jan./dez. 2000.

LEWINSOHN, Richard. **Trustes e Cartéis**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1945.

MACHADO, Bruno Amaral. Ministério Público e o Controle Penal na Globalização Econômica. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 23-31, out./dez. 2001.

MAGALHÃES FILHO, Francisco de B. B. de. **História Econômica**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

MAGDOFF, Harry. **A Era do Imperialismo**. São Paulo: Hucitec, 1978.

_____. **Imperialismo: da Era Colonial ao Presente**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

MALARD, Neide Teresinha. O Cartel. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 21, p. 31-49, out./dez. 1995.

MAURO, Frédéric. **História Econômica Mundial: 1790-1970**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. O sistema de Defesa da Concorrência no Brasil: uma avaliação do marco jurídico-institucional In: BENECKE, D. W.; NASCIMENTO, R. (Org.). **Opções de Política Econômica para o Brasil**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003.

MONTEIRO, Carmen Diva. Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n27.PDF Acesso em: 22 abr. 2004.

NIVEAU, Maurice. **História dos fatos Econômicos Contemporâneos**. São Paulo: DIFEL, 1969.

NOGUEIRA, Solange Paraíso. Defesa da Concorrência em Debate. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 22, p. 99-115, jan./mar.1996.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner de. **Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Manual de Economia**. São Paulo: Saraiva, 1998.

POPP, Carlyle, ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à Nova Lei Antitruste**. Curitiba: Juruá, 1994.

POSSAS, Mário Luiz. Os Conceitos de Mercado Relevante e de Poder de Mercado no Âmbito da Defesa da Concorrência In: POSSAS, Mário Luiz et al. **Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

POSSAS, Mário Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Política Antitruste: um enfoque schumpeteriano. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 22, p. 45-68, jan./mar.1996.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REZENDE, Cyro. **História Econômica Geral**. São Paulo: Contexto, 1999.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves Considerações sobre o Compromisso de Cessaçã de Prática. **Boletim dos Procuradores da República**, Brasília, v. 5, n. 51, p. 12-17, jul. 2002.

SALGADO, Lúcia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

_____. **Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira: Restrições Verticais e Atos de Concentração**. Disponível em: <<http://www.abdf.com.br/>> Acesso em 14 jul. 2003.

_____. A Política Antitruste e o Mundo Real. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 22, p. 73-79, jan./mar.1996.

_____. **Política de Concorrência: tendências recentes e o estado da arte no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 1995.

_____. **As Políticas de Concorrência (ou Antitruste): um panorama de experiência mundial e sua atualidade para o Brasil**. Brasília: IPEA, 1992.

SAMPSON, Anthony. **As Sete Irmãs**. Rio de Janeiro: Artenova, 1976.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 2000.

SCHUARTZ, Luís Fernando. Ilícito Antitruste e Acordo entre Concorrentes. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 40, n. 124, p. 47-71, out./dez. 2001.

_____. Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 22, p. 89-94, jan./mar. 1996.

SENHORAS, Elói Martins. **Defesa da Concorrência: Políticas e Perspectivas**. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/cad-pesq/arquivos/v10n1art7.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2004.

SINGER, Paul. Um Histórico da Globalização. **Revista da SEP**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 35-86, 1997.

STRATHERN, Paul. **Uma Breve História da Economia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

STUBER, Walter Douglas; NOBRE, Lionel Pimentel. A Atual Atuação do CADE no Brasil. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 26, p. 28-38, set./dez. 1997.

TEIXEIRA, Aloisio. Estados Unidos: a “curta marcha” para a hegemonia In: FIORI, José Luís (Org.). **Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.

TODOROV, Francisco Ribeiro. Papel do Ministério Público no Combate aos Cartéis. **Boletim dos Procuradores da República**, Brasília, v. 5, n. 51, p. 22-25, jul. 2002.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento do Conselho Europeu nº 4.064/89**. Disponível em:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=pt&numdoc=31989R4064 Acesso em: 23 abr. 2004.

_____. **Tratado da Comunidade Européia**. Disponível em:

http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/C_2002325PT.003301.html#anArt82 Acesso em: 23 abr. 2004.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia**: micro e macro. São Paulo: Atlas, 2001.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ZANELATO, Marco Antonio. A Iniciativa Exclusiva do Ministério Público para a Ação Penal Pública e o Recurso de Ofício nos Crimes Contra a Economia Popular e Saúde Pública. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 13, p. 27-32, jan./mar.1995.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. [Constituição, 1946] **Constituição dos Estados Unidos do Brasil:** promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 4 ago. 2004.

BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35**, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 19 ago. 2004.

BRASIL. **Lei nº 4.137**, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do poder econômico. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.158**, de 8 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. **Lei nº 9.021**, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. **Lei nº 9.069**, de 29/06/1995. Dispõe sobre o Plano Real, o sistema Monetário Nacional. Estabelece regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004.

BRASIL **Lei nº 9.470**, de 10/07/1997. Acrescenta § 5º ao art. 4º da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004.

BRASIL. **Lei nº 9.478**, de 06/08/1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 ago. 2004.

BRASIL. **Lei nº 9.873**, de 23/11/1999. Estabelece prazo para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta ou indireta, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004.

BRASIL. **Lei nº 10.149**; de 21/12/2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004.

BRASIL. **Lei nº 10.843**, de 27/02/2004. Acrescenta artigo à Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 ago. 2004.

BRASIL. **Decreto nº 1.306**, de 13/10/1994. Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, seu conselho gestor e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 ago. 2004.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo – ANP. **Portaria ANP nº 29**, de 09/02/1999. Estabelece a regulamentação da atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos.

Disponível em: <http://www.anp.gov.br/petro/legis_abastecimento.asp> Acesso em: 19 ago. 2004.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Ministério da Justiça. **Portaria Conjunta MF/MJ – SEAE/ADE nº 50**, de 1º de agosto de 2001. Expede o guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>> Acesso em: 20 abr. 2004.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Portaria nº 9**, de 16/01/1997. Dispõe sobre a atividade de Revendedor Varejista de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos (Posto Revendedor – PR). **Boletim IOB – Cadernos Textos Legais**, v. 31, n. 5, p.71-73.

BRASIL. SEAE - SDE. **Portaria Conjunta MF/MJ – SEAE/ SDE Nº 1**, de 10 de fevereiro de 2003. Estabelece o Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração – Procedimento Sumário. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>> Acesso em: 20 abr. 2004.