

A NOVA LEI DO

caode

*Migalhas*

A Nova Lei do CADE  
Farina, Laércio. et al. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

256p.

1. Direito

CDD 340



Editora Migalhas  
Rua Afonso Taranto, 450  
14.096-740 Ribeirão Preto, SP  
Telefax: (16) 3617.1344  
www.migalhas.com.br  
e-mail: migalhas@migalhas.com.br

## INTRODUÇÃO

*Laércio Farina*

A organização desta coletânea de artigos revelou-se um prazer que não imaginava ao ser convidado pela alta **Direção de Migalhas** para a honrosa tarefa. O processo de coletânea e revisão se revelou uma deliciosa tarefa de aprofundamento do constante aprendizado e da visão geral do processo (em sentido lato) da defesa da concorrência no Brasil, em sua perspectiva histórica e nos variados aspectos que caracterizam a ciência da repressão ao abuso do poder econômico, que é o dizer da Constituição, ao que o legislador acrescentou, também sua prevenção.

É evidente que a estrela do debate é a nova lei de Defesa da Concorrência – lei 12.529/11 – cuja regência principia no dia 29 de maio vindouro e que põe termo à vigência da lei 8.884/94 que, nos últimos quinze anos regulou – às vezes bem, outras nem tanto – aquele que se pode denominar, sem sombra de equívocos, como o mais eficiente elemento disciplinador do capitalismo – que, na sua ausência se torna, de fato, selvagem.

Os trabalhos que compõem este volume se apresentam fornecendo ao leitor quatro enfoques distintos para o entendimento do cenário que se descortina com a nova legislação. Abordagem histórica é um deles, sendo o controle de concentrações outro e o de condutas um terceiro. O quarto decorre deste último e analisa aspectos de ordem penal.

Mas os textos não vêm agrupados por assunto, como seria de se imaginar ante a apresentação que se fez há pouco. A ordem alfabética dos autores sêniores – e a senioridade e experiência no manuseio da matéria foi o principal elemento de sua seleção – pareceu a melhor maneira de evitar a apresentação em ordem que

poderia sugerir prevalência de um tema sobre outro.

O resultado torna a leitura mais solta e interessante, permitindo uma visão geral do assunto *concorrência* em que cada artigo adquire nota peculiar na construção do todo cognitivo. A variação dos temas, cá, lá e novamente cá, agrega colorido ao todo e certamente levará o leitor a um grau de satisfação semelhante ao que narrei ao início, tanto quanto o estimulará ao necessário debate que quase todos os temas aqui tratados requerem.

Em linhas gerais, apresenta-se a coletânea aberta pelo tema que maior mudança apresenta no, também assim denominado, sistema antitruste brasileiro.

Assim é que Arthur Barrionuevo nos apresenta de maneira didática e esquemática os passos que demandam a novel submissão de atos de concentração, identificando claramente aqueles do procedimento sumário e os adicionais, exigíveis para casos de análise mais complexa. Apresenta os critérios de análise econômica que sujeitarão estes últimos, principalmente, deixando claro que não se trata de apresentação trivial, mas que possibilitará um exame, de parte da autoridade, mais completo do que aquele existente hoje, no modelo a sucumbir.

Na mesma seara da concentração, Elizabeth Farina e Fabiana Tito trazem uma análise com profundidade científica sobre a questão relativa à eficácia e a eficiência na análise dos atos de concentração a serem submetidos ao CADE na nova forma da Lei, i.e., a análise prévia, discorrendo com sua característica didática sobre as condições que podem afetar a coexistência de ambos os conceitos nas futuras análises. A ex-presidente do CADE e sua discípula acrescentam outro agente para tal análise, o Judiciário, colacionando exemplo aurido das Cortes norte-americanas, pese a diferença de critérios de submissão a estas e ao Judiciário brasileiro.

Mais dois autores cuidam ainda do tema da concentração. Onofre Arruda Sampaio alinha a preocupação do devido proces-

so legal, consubstanciada no princípio do contraditório e da ampla defesa, a exemplo colhido na União Europeia, quando uma proibição de fusão restou anulada pelo prejuízo provocado às partes em razão de obscura posição da Comissão que impediu-as de exercer sua defesa em sua plenitude. Aduz a preocupação com nosso novo modelo trazendo a sugestão à autoridade do procedimento que se poderia denominar de *transparência processual*.

Fechando o tema, o Ministro Ricardo Cueva, partindo da crítica aos critérios vagos do artigo 54 da lei 8.884 (os “outros atos” ali referidos), traz importantes lições e delimitações trazidas do direito comparado, que ilustram diferentes critérios para a submissão de atos de concentração à autoridade antitruste. Sublinha os avanços trazidos pela nova lei que, aproximando-se do modelo europeu, disciplina com maior precisão os critérios de notificação dos atos de concentração. Em cuidadosa análise, contudo, expõe dificuldades que ainda perdurarão na interpretação dos limites de submissão relativamente a aquisição de participação societária minoritária, propondo a manutenção dos critérios que até então têm sido adotados.

O segundo dos temas, ou seja o controle de condutas, vem tratado por Ruy Santacruz, em artigo que pode ser considerado, sem o risco de se incidir em exagero, em autêntico guia de inteligência da infração à ordem econômica, cuja repressão me parece ser a autêntica vocação da autoridade antitruste, em que pese a equivocada sinalização do disposto no artigo 51, I, da lei 12.529 (preferência de julgamento dos atos de concentração sobre as demais matérias). Santacruz discorre desde o objetivo maior da lei antitruste, que é o abuso do poder de mercado, distinguindo-o sistematicamente daquele que recorrentemente é expressado pela legislação: abuso do poder econômico. Traduzindo em linguagem acessível as bases científicas da conduta anticompetitiva, tanto quanto historiando a evolução e características das principais escolas, o autor faz o cotejo dos modelos americano e europeu, bem

assim o contexto que nos aproxima deste último. Coroa a exposição com a discussão sobre as dificuldades de identificação precisa dos vários tipos de infração à ordem política possíveis – o que retrata de maneira eficiente a complexidade da infração sujeita à interpretação da regra da razão – colacionando estudos de casos em que a exemplificação de sua posição resulta clara. A conclusão de que um guia de análise de infrações seria essencial ante a falta de uma jurisprudência do CADE estende-se ao novo modelo, já que a essência dos dispositivos legais que tratam da identificação das condutas não mereceu alteração essencial.

O corolário do controle de infrações é, obviamente, o apenamento do infrator. Critérios devem haver, sem dúvida, e nessa seara Tércio Sampaio Ferraz os discute à luz das regras de razoabilidade e proporcionalidade e coloca em xeque o conceito de ramo de atividade empresarial como critério norteador para fixação daquelas, tal como vem determinado pela nova lei. Enaltece o caráter intimidatório da penalidade pecuniária como fator de dissuasão ao abuso do poder econômico, advertindo contra o risco de adquirir caráter confiscatório em casos de abuso, agora, de exercício de poder discricionário.

Nada cairia melhor para encerrar o tópico relativo ao controle das infrações à ordem econômica que a palavra do Secretário de Direito Econômico. E assim é que Vinícius Carvalho, juntamente com Ticiania Lima, trazem considerações sobre as modificações e avanços da lei 12.529, aquele com a autoridade de quem participou ativamente dos últimos, e mais dinâmicos, passos da tramitação da lei no Congresso Nacional. Destacam os avanços na área do controle de condutas, seja na questão procedimental (ou processual), seja em relação aos novos critérios balizadores das sanções pecuniárias, não deixando de salientar, por igual, as alterações em relação ao programa de leniência, que considera positivas. Trazem considerações sobre a ação potencialmente inibidora das ações de indenização privadas (ou mes-

mo movidas pelo MP e outros entes legitimados), como fatores dissuasórios de conduta, oferecendo, ao final, farto material para debate em relação a questões polêmicas relativas a tal mister.

Mas, como as cominações decorrentes das práticas de condutas infrativas podem também ocasionar consequências de natureza penal (ainda que hoje tão somente o tipo penal previsto seja o do cartel), convém ouvir o que tem o Ministério Público a considerar, na sua visão de titular da ação penal.

E, para tanto, convidou-se Marcelo Mendroni que, juntamente com Fernanda Farina, traz importante análise da matéria penal relativa ao crime de cartel, salientando o agravamento da pena resultante da alteração da assim chamada *lei do colarinho branco* para os crimes de cartel, único tipo restante ali. A importância da análise de natureza penal e sua nova influência para os institutos da leniência e do compromisso de cessação são temas que demandam reflexão apurada e cautela notadamente na utilização deste último no ver de ambos os autores. A visão metodologicamente precisa que vem do Ministério Público é leitura essencial para o operador do direito, tanto quanto para a autoridade de concorrência, na utilização do ferramental que lhe é posto à disposição (a leniência e o TCC) para o cumprimento do objetivo, a meu ver essencial, da legislação antitruste brasileira, que é o combate ao abuso do poder econômico (nova menção à infelicidade do artigo 51, I, da nova lei merece ser feita aqui).

Nesse campo, as críticas também merecem ser apresentadas, sem o que inexistirá o necessário debate. Ferrenho crítico das disposições de caráter penal do processo antitruste no Brasil já desde os primórdios da lei 8.884/94, José Inácio Franceschini retoma o debate sobre algumas questões que já foram, inclusive, submetidas ao crivo do STF. Como ocorre com frequência aqui, o paciente (ou a lei que está por encerrar sua vigência) morre antes do remédio (a decisão). Nenhuma das questões postas à apreciação da suprema Corte foi julgada no período vital da lei

questionada. Em cada item Franceschini conduz o leitor à meditação sobre o modelo adotado por nosso legislador e seu grau de eficiência no atendimento ao comando do artigo 173, parágrafo 4º, da CF, que atribuiu ao legislador ordinário a repressão ao abuso do poder econômico. No geral da sua manifestação discute as premissas de atuação do Estado em sua intervenção no domínio da ordem econômica, oferecendo posição diametralmente oposta aos quantos vislumbram na discricionariedade técnica das decisões do CADE o melhor veículo para atender ao comando constitucional logo acima referido.

Concentração e condutas, voltando à questão administrativa, são matérias sujeitas ao conhecimento da administração pública por meio de um veículo, o processo administrativo, cujo conceito doutrinário nem sempre é pacífico. Nesse campo, João Bosco Leopoldino abre o debate com contundente crítica ao artigo 48 do novo diploma legal, que trata do processo (ou procedimento?) administrativo para prevenção, apuração e repressão das infrações à ordem econômica. Com efeito, o primeiro contato com a nova lei leva o leitor a se imaginar frente a um emaranhado procedimental (ou será processual?) quase impenetrável. Os mais experientes identificam, em cada tópico da leitura da lei 12.529/11, uma tentativa de normatização de problemas já enfrentados no CADE (ou nas Secretarias de instrução), à feição da cultura jurídica brasileira e, por extensão, do nosso legislador, isto é, muita norma disciplinadora e pouca fé no discernimento do julgador. João Bosco aborda com propriedade os desencontros terminológicos e conceituais com que se tentou disciplinar o processo para a aplicação dos controles e sanções antitruste no seio do novo órgão criado. Aos que têm intimidade com o processo civil e administrativo, impossível ler sua lição sem um sorriso nos lábios.

Em matéria de processo, ou discussão jurisdicional, Paulo de Tarso aborda com elegância o tema relativo à inafastabilidade

da apreciação judicial que, na nova lei, a exemplo da anterior, vem tratado, no ver de alguns, no artigo 47, que reproduz, na íntegra, o disposto no artigo 29 da lei que está a findar. O debate que encerra é inevitável. Alinha os problemas que podem advir da superposição das esferas administrativas e judiciais, lançando o tema a discussão sem, contudo, manifestar expressamente a questão da vislumbrada, ainda por alguns, discricionariedade técnica, muito embora narre o arcabouço conceitual desta ao apresentar o órgão antitruste como um ente de análise, ou julgamento, interdisciplinar. É a característica que torna a interpretação do Direito Econômico, notadamente o antitruste, tão distinto da prática do Direito tradicional no nosso sistema jurídico.

Tome-se um exemplo de tal distinção, trazido por Vicente Bagnoli que discute o tema da cláusula de exclusividade, oferecendo ampla explicação sobre a natureza do instituto de natureza contratual. Expõe com clareza e culmina por trazer exemplos decididos no âmbito do CADE (ou, se não decididos, ao menos que redundaram na assinatura de TCCs – Termos de Compromisso de Cessação – pelas partes situadas no foco da investigação antitruste). O tema ganha importância, não só por sua recorrência, mas por se tratar de um dos exemplos mais claros do funcionamento da regra da razão. A exclusividade, por si só, não carrega consigo nenhuma carga de ilicitude. Ao contrário, trata-se, como explana o autor, de cláusula contratual de natureza corriqueira na vida empresarial. Sob certas circunstâncias, porém, assume foros de infração resultante do abuso do poder econômico (preenchimento dos requisitos legais reproduzidos na nova lei em sequência aos que já constavam da lei 8.884).

A sutileza dos conceitos e, repita-se, a natureza peculiar da interpretação tornam difícil a assimilação dos conceitos não só para profissionais do Direito, mas para a população empresária em geral. É a razão de ser da existência da advocacia da concorrência, encargo que o novo diploma legal, muito embora lançan-

do-o ao Conselho, fez tocar com renovada importância à SEAE do Ministério da Fazenda. Ex-secretário daquele órgão, José Tavares explora o papel que tocou à SEAE na reformulação do SBDC em razão da lei nova. Traça um paralelo com o órgão australiano que teve papel similar naquele país e narra seu histórico, apontando as resistências que enfrentou no percurso. Aponta a nova SEAE como órgão que poderá orientar a política de proteção à concorrência como rumo a outros órgãos governamentais se, acrescento, houver ali vontade política para tanto.

Mas o cenário da defesa da concorrência não floresceu repentinamente a partir dos anos 90. O arcabouço histórico em que se encontra inserido precisa ser compreendido, notadamente quando se coteja nossa legislação e instituições com outras jurisdições, para que não parem equívocos devido as necessárias distinções entre aqueles. É o que se propõem José Del Chiaro e Ademir Pereira Jr. que, após um apanhado crítico sobre o cenário sob o qual evoluiu a defesa da concorrência no Brasil, abordam a nova sistemática do controle de atos de concentração. Com espírito prático formulam algumas hipóteses tocantes à mecânica da consumação do negócio a ser submetido e, adiante, analisam os critérios que deverão nortear as submissões no novo modelo. Sobre este, discorrem acerca das peculiaridades das decisões da Superintendência do CADE, figura criada pela nova lei, e as questões tocantes à eventual revisão das suas decisões, quando não consistentes nas impugnações que formular perante o plenário.

Luiz Carlos Prado, por seu turno, traz uma lição histórica tão importante quanto interessante, fruto de intensa pesquisa, como revela sua bibliografia. Ressalta o ponto que, para o jurista ou o operador do Direito brasileiros é, por vezes, um conceito de difícil apreensão, isto é, a análise do ilícito econômico sob a ótica da regra da razão. Constrói o entendimento dos acontecimentos que trouxeram o país à modernidade no âmbito do antitruste, por meio de uma deliciosa narrativa da evolução da matéria no Brasil.

No mesmo diapasão, um resumo histórico da sociedade brasileira, desde os primórdios da colonização portuguesa, é traçado com sensível viés político por Olavo Chinaglia. Do extrativismo predatório lusitano, à última conquista da intervenção legal do Estado no domínio econômico, em termos de seu controle, personificada na lei 12.529, o autor narra as mazelas e os contextos, por vezes polêmicos, mas sempre de elevado interesse ao pesquisador histórico, que provocaram – e sustentaram – durante séculos, as profundas diferenças sociais no Brasil. O atual cenário, de notável inserção do país na comunidade internacional é destacado, ali, como uma das bases mais sólidas para sustentar o avanço institucional que culmina na nova norma de comando daquele, que talvez seja o mais eficiente sistema de controle, do que se convencionou chamar de capitalismo selvagem. A visão do atual presidente interino do CADE é fruto do testemunho que sua atuação e participação em eventos acadêmicos internacionais lhe propiciaram, a exemplo de algumas gestões anteriores do órgão.

Mas a análise da história recente se mostra também importantíssima para o entendimento do quadro institucional que contempla as agências como instituições relevantes para a execução dos fins do Estado moderno. Em interessante exemplificação, Pedro Dutra narra a evolução do binômio regulador CADE/ANATEL com a perspicácia do profundo conhecedor do mercado de telecomunicações. A evolução do modelo econômico das últimas décadas do século vinte, que resultaram na edição da lei de concorrência que está a findar é analisado com profundidade técnica desafiadora ao leitor pouco afeito aos temas do antitruste. Revela-se, contudo, mesmo a estes, quando a redobrada atenção rende auspiciosos frutos cognitivos, em minudente e esclarecedora análise daquele setor, culminando em nota de reconhecimento positivo ao advento da nova sistemática legal. Importante registro histórico do nascimento da regulação no particular mercado tratado – telecomunicações – tanto quanto das incoerências

procedimentais e culturais que lhe tolheram a oportunidade de se apresentar com a eficiência esperada e determinada pelo mesmo diploma constitucional que lhe moldou a base. De permeio, o oferecimento de interessante – e precisa didaticamente – delimitação da natureza discricionária – negada por alguns – ínsita às decisões do CADE, que formula interessantes questões de debate tocantes à intervenção do Judiciário em jurisdição revisional às decisões do órgão antitruste.

A experiência também analisa o histórico do antitruste no Brasil, com o olhar de quem testemunhou o advento do *terceiro momento*, como denomina, do antitruste no Brasil, isto é, o advento da lei 8.884, época em que Ruy Coutinho presidia o CADE, como traduz em seu artigo.

E uma visão geral não poderia faltar. Celso Campilongo apresenta a atuação fragmentária da administração pública como a abóboda celeste em que o contraste de brilho das diversas estrelas – cada qual um ente isolado do Estado – fornece a base da indagação filosófico-organizacional sobre a prevalência de atuação, ou brilho no ver do autor, de uma sobre a outra. Nesse contexto, a inexistência do monopólio da defesa do bem comum, ou interesse público geral, é necessária assunção institucional de parte do CADE. Sua orientação política obedece tão somente aos limites impostos pela lei, tanto quanto o procedimento e o próprio interesse público, ali definido. O corolário da imparcialidade vem como consequência natural do tecido interpretativo que consiste o artigo em tela, cujo fecho encerra o voto de esperança pelo sucesso da nova instituição.

São todos os autores profissionais com ampla experiência no trato da matéria e reconhecido saber científico pelo exercício profissional de lustros (disse-o ao início) no âmbito do Direito Econômico ou da ciência econômica que lhe dá substância, seja por detrás das mesas institucionais, seja às barras das mesmas, na defesa dos interesses privados e na demonstração – por vezes in-

frutífera – da adequação destes ao interesse público a quem toca a tutela do bem público alcançado pela defesa do princípio constitucional da livre concorrência.

Textos que – alguns polêmicos, mas substanciosos – incentivam o debate, tanto quanto se revelam fonte de necessária pesquisa. A recomendação, que inclui o apelo ao crivo crítico do leitor, é de que se faça uma boa leitura!