

# **CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL**

## **CONCENTRATIO CONTROL AS AN DEFENSE INSTRUMENT OF NACIONAL DEVELOPMENT**

Hertha Urquiza Baracho<sup>1</sup>  
Eduardo Silveira Frade<sup>2</sup>

### **Resumo**

O presente estudo se propõe a discutir o Controle de Concentrações no Estado brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1934, para abordar o mecanismo de controle de concentrações previsto na Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, e então tecer considerações acerca de sua importância na consecução do desenvolvimento nacional. Toma-se para tanto um enfoque interdisciplinar, adotando-se metodologia analítico-descritiva, partindo-se desde a história da defesa dos controles de concentração no Brasil e, notadamente, da importância das Constituições Federais para tanto, bem como abordando conceituação de termos essenciais para se estabelecer uma correta relação entre os objetos deste estudo.

Palavras-chave: controle de concentração; desenvolvimento; livre concorrência;

### **Abstract**

This paper proposes to discuss the Concentration Control on the Brazilian State, beginning on the Federal Constitution of 1934, and then to aboard concentration control mechanism of the Law 12.529, of november 30<sup>th</sup> of 2011, in order to discuss this importance on the defense of national development among the time and actuality. To make this porpoises concrete, its used an interdisciplinary focus and an descriptive-analytical methodology, starting on the history of concentration control defense in Brazil e and also on the importance of Federal Constitutions on that, as well as conceptualizing essential terms to make a link between the subject that are being studying.

Keywords: concentration control; development; free competition

<sup>1</sup>Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP. Professora Titular do Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ e Professora Associada da Universidade Federal da Paraíba-UFPB.

<sup>2</sup>Bolsista de Iniciação Científica do Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ. Graduando do Curso de Direito do UNIPÊ e Graduando do Curso de Relações Internacionais da UFPB.

## 1. Introdução

A concorrência gera um clima de incertezas, competição, capaz de aflorar o pior do ser humano, podendo-se chegar até mesmo a um Estado hobbesiano, numa guerra de todos contra todos. Nesse sentido assevera Friederich Engels:

A concorrência é a expressão mais completa da guerra de todos contra todos que impera na moderna sociedade burguesa. Essa guerra, uma guerra pela vida, pela existência, por tudo e que, em caso de necessidade, pode ser uma guerra de morte, não se trava apenas entre diferentes classes de uma sociedade, mas também constitui obstáculo para o outro e, por isso, todos procuram eliminar quem quer que lhes cruze o caminho e tente disputar o seu lugar (FRIEDERICH, 2010. p. 117).

Visando à criação de um ambiente saudável, sem os efeitos nocivos da concorrência, o Estado brasileiro buscou a criação de mecanismos que lhe permitissem a consecução deste objetivo, aliando a busca constante de desenvolvimento. Dentre as políticas que contribuíram para tanto, podem-se citar as políticas antitruste, notadamente o Controle de Concentrações.

O presente artigo tem, pois, o escopo de discutir o controle de concentrações, partindo desde seu início na história pátria, relacionando-o com sua importância na busca do desenvolvimento nacional, premissa e objetivo fundamental do Estado brasileiro. Desta sorte, reflete sobre a contribuição do controle de concentração para a consecução do desenvolvimento nacional.

Salienta-se que a metodologia utilizada para tanto fora analítico-dedutiva, dando-se ênfase também à análise histórica, tendo como ponto de partida a evolução do Controle de Concentrações no Estado nacional, para em seguida abordar as inovações da Nova Lei de Defesa da Concorrência - Decreto-Lei 12.259, de 30 de novembro de 2011- relacionando-se também a noção de desenvolvimento e a importância do Controle de Concentrações na consecução desta busca. Ademais, cumpre esclarecer que a pesquisa bibliográfica constituiu a principal técnica de pesquisa utilizada.

## **1. A evolução histórica do controle de concentração no Brasil**

Em que pese Paula A. Forgioni (2013) se posicionar no sentido de que o estudo da concorrência no Brasil deva ser iniciado a partir do início da implantação das políticas públicas no país, enaltecendo-se o papel do Estado e sua intervenção na economia, o presente estudo terá seu enfoque dado a partir século XX, notadamente a partir da Constituição Federal de 1934, pois esta fora a primeira Carta Magna que expressamente determinou a necessidade de intervenção estatal na economia. Fundamenta-se tal asserção sob o argumento de que a defesa da concorrência passa a ocorrer de modo expresso tão-somente a partir da promulgação dessa Constituição e, embora tenham existido políticas de defesa à economia em momentos anteriores, contudo estes não visavam à defesa concorrencial tal qual conhecemos atualmente.

O Brasil, bem como boa parte dos demais países que compõem a América Latina, foram marcados por desenvolvimento tardio, tendo por muito tempo imperado a predominância do modelo de substituição de importações, notadamente até a década de 1980, como sistema econômico preponderante.

A primeira metade do século XX fora voltada à tentativa de industrialização do Estado brasileiro que, a partir da década de 1930, passou a tomar os primeiros passos neste rumo, motivada pela crise econômica que inicialmente assolou os EUA, vez que a Europa, maior importador mundial, houvera reduzido drasticamente o volume de suas importações, no contexto pós primeira Guerra Mundial. Esta crise ficou conhecida como “Crise Mundial de 1929”, que expandiu-se até atingir todo o globo, sobretudo prejudicando as exportações de café do Brasil, que até então era o principal produto de exportação nacional. Com a redução das exportações cafeeiras, os cafeicultores, além da realização das queimas do excesso de produção, passaram a investir seu capital em outros segmentos da economia, em um processo conhecido como substituição de importações.

Nesse contexto protecionista, em 1934, durante o governo de Getúlio Vargas, surgira a primeira Constituição tratando da liberdade econômica que, por meio de seu art. 155, decretava:

Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro destes limites é garantida a liberdade econômica.(BRASIL, Constituição, 1934)

A redação do artigo 115 revela de maneira intrínseca a possibilidade de intervenção do Estado na regulação da economia, fato que ocorreu no Estado intervencionista, típico do governo varguista, em geral receoso quanto aos possíveis efeitos que a crise de 1929 poderia ainda trazer ao Brasil. Contudo, o artigo seguinte desta Carta Magna revela a possibilidade de intervenção direta do Estado na economia de tal sorte a poder, inclusive, instaurar monopólio. *In verbis*:

Art. 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.(BRASIL, Constituição, 1934)

Sob a égide dessa Constituição, o Estado brasileiro intensifica sua atuação sobre o domínio econômico, visando, pois, conduzir este sistema. Frente à política intervencionista do Estado, seguiram-se discussões e tentativas, por parte da iniciativa privada para que estes pudessem ter maior liberdade econômica e o Estado se detivesse em outras questões, como por exemplo, a social.

Em 1937, Getúlio Vargas outorga uma nova Constituição, revogando a anterior, e posicionando-se de forma ainda mais patente quanto à possibilidade de intervenção estatal na ordem econômica, porém não mais como detentor de monopólio, mas para “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento e interesse da Nação”, conforme descreve o artigo 135 desta Carta Magna:

Art 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do individuo, exercido nos limites do bem publico, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os factores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflictos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão directa. (BRASIL Constituição, 1937)

Ademais, a Constituição de 1937 inova ao trazer em seu texto a proteção expressa da economia nacional, atribuindo, em seu artigo 141, a equiparação dos crimes contra a economia aos crimes contra o Estado, conforme se depreende:

Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua prompta e segura punição”. (BRASIL, Constituição, 1937)

Desta sorte, surge no Brasil a primeira legislação antitruste, o Decreto-Lei 869, de 1938, que definiu os crimes contra a economia popular, predispostos na Constituição de 1937, tendo, nesta medida, corroborado com a tutela e proteção da ordem econômica, reprimindo o abuso de poder econômico, de acordo com a previsão do texto constitucional. Neste sentido, cumpre acrescentar o posicionamento de Forgioni:

O antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso de poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor. (FORGIONI, 2013, p. 100)

Embora Shieber (1966) questione a atuação deste decreto na proteção antitruste, certo é que este texto fora o precursor das diretrizes que moldariam as legislações posteriores, tendo definido normas e ideais que perduram até hoje, dentre os quais destacam-se: manipulação da oferta e da procura; fixação de preços mediante acordo entre empresas; e venda abaixo do preço de custo. Porém, o principal foco deste decreto era a proteção da economia popular e, conseqüentemente, do consumidor.

Destaca-se aqui uma grande diferença entre o sistema antitruste brasileiro e o norte-americano. Enquanto, a política antitruste norte-americana nasce da ligação entre o liberalismo econômico e a liberdade de concorrência, a política antitruste brasileira nasce visando à proteção direta do consumidor.

Visando contribuir com a tutela da economia nacional, Agamenon Magalhães, ministro de Getúlio Vargas, preocupado com os efeitos do poder econômico derivado do capital estrangeiro sob o Brasil, elabora em 1945 o Decreto-Lei 7.666, conhecido por “Lei Malaia”. (MAGALHÃES, 1946, p.12-13)

Em verdade, este dispositivo trazia inovações ao atribuir caráter administrativo e não mais penal aos crimes contra a economia nacional. Esta Lei cria, pois, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, que teria o escopo de determinar a aplicação de sanções e autorizar atos restritivos, sendo que os atos não aprovados pelo CADE seriam “nulos de pleno direito” (FORGIONI, 2013, p. 105). Introduzia-se assim um sistema de “autorização prévia para formação, agrupamento, incorporação e transformação de empresas, além do registro de outros ajustes e acordos” (VENÂNCIO FILHO, 1968, p. 290). Com esta medida, pela primeira vez, foi conferido o poder de restringir comportamentos anticompetitivos a uma autoridade brasileira.

Contudo, no mesmo ano de sua promulgação, o Decreto-Lei 7.666 é revogado pelo presidente provisório José Linhares, enquanto Getúlio Vargas, desgastado pelas repercussões da Segunda Guerra Mundial, se afasta da política.

Todavia, em 1946 é elaborada e promulgada, no governo de Eurico Gaspar Dutra, uma nova Constituição Federal. Esta nova Constituição trazia como inovação a proteção expressa à ordem econômica, reprimindo o abuso de poder e os atos de uniões e agrupamentos empresariais, por meio de seu artigo 148:

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)

Embora não tenha em seu texto trazido a noção de abuso de poder econômico, a Constituição de 1946 demonstra a inspiração e importância trazida pelos Decreto-Lei 869, de 1938 e o Decreto-Lei 7.666/45, que trazia em seu texto a vedação de “toda e qualquer forma de abuso de poder econômico” que tenha por fim (i) dominar o mercado nacional, (ii) eliminar a concorrência e (iii) aumentar arbitrariamente os lucros. (FORGIONI, 2013, p.108)

Cumprido ressaltar ainda, que em 1951, surge a Lei 1.521, conhecida como “Lei de Economia Popular”, que revoga o Decreto-Lei 9.840, de 1946, que havia consolidado as infrações à ordem econômica previstas inicialmente no Decreto-Lei 869, de 1938. Desta sorte, surgem redefinidos os crimes contra a economia popular.

A próxima lei que viria a tratar da proteção à ordem econômica surgiria, pois, em 1962, a Lei 4.137. Esta inaugura a regulamentação de legislação antitruste brasileira,

inclusive criando, em seu art. 8º o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, encarregado da apuração e repressão ao abuso de poder econômico. Acerca desta nova Lei, afirma Forgioni:

Cumpra esclarecer que, num primeiro momento, a promulgação de uma lei de repressão ao abuso de poder econômico tinha o escopo de apenas limitar os efeitos autodestrutíveis do próprio mercado, preservando-o. E também constante a referência à proteção ao consumidor, ou melhor, aos prejuízos que são impostos à população em decorrência do abuso de poder econômico e que deveriam ser neutralizados pela promulgação de uma lei antitruste. (FORGIONI, 2013. p. 109)

Contudo, calorosos foram os debates existentes à época, notadamente voltados à falta de definição do termo “abuso de poder econômico” e ao excesso de poderes concedidos ao Cade. Acerca da noção de abuso de poder econômico, no “Caso da Barrilha”<sup>1</sup>, o Procurador-Geral do Cade definiu este termo:

o abuso de poder econômico caracteriza-se por meios que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (MAGALHÃES, 1975. p. 45)

Percebe-se, pois, a conformidade desta definição àquela adotada pela doutrina, em especial, por Calixto Salomão Filho, na medida em que este assim define a expressão abuso de poder econômico:

A expressão “abuso de poder econômico”, entendida como desvio da função do poder, sem dúvida significa conduta estratégica visando à obtenção dos efeitos anticoncorrenciais (dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros) . (SALOMÃO FILHO, 2013, p.416).

Contudo o posicionamento do Cade assumido no caso Barrilha não se consolidou como princípio geral a ser seguido, em verdade adotou-se posicionamento mais positivista, de que deveria tal procedimento enquadrar-se nas disposições legais que, contudo, não eram claras a respeito da definição de abuso de poder econômico. Ou seja, a lei 4.137/62 previa o abuso de poder econômico como conduta ilícita, mas não definia o que seria esta noção, o que certamente contribuiu para a sua baixa eficiência empírica.

---

<sup>1</sup> Denominação comercial dos carbonatos de sódio e potássio

Entretanto, cumpre ressaltar que a Lei 4.137 de 1962, retoma, em seu artigo 8º, a existência do Cade. Ainda, previa o artigo 74 da Lei 4.137/1962:

Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as emprêsas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas. (BRASIL, República Federativa. Lei nº 4.137, 1962)

Percebe-se assim que esta Lei buscava reprimir qualquer ato capaz de causar a diminuição da concorrência. Desta sorte, tem-se por patente o papel de controle dado ao CADE na regulação dos atos de concentração ou de qualquer outro tipo de acordo entre empresas.

Contudo, a aplicabilidade da Lei 4.137 não encontrou efetividade, na medida em que até o ano de 1975 poucos processos haviam sido julgados pelo CADE, tendo a maioria das decisões sido contestadas e tendo ainda seus efeitos suspensos em decorrência de mandados de segurança proferidos pelo Poder Judiciário.

Em virtude da ineficiência empírica da Lei 4.137, em 2 de agosto de 1990 foi elaborada a Medida Provisória 204 convertida, posteriormente, na Lei 8.158. Esta lei criou a SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, que tinha como função:

apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento dos setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica. (ARAÚJO JR.,1992. p. 99)

Esta nova lei, portanto, não revogara a Lei 4.137, mas buscou, através da criação da SNDE, conceder auxílio ao CADE, objetivando maior efetivação e celeridade nas suas decisões.

Contudo, a Lei 8.158/90 acaba sendo sufocada pela atuação da imprensa que atribuía triste papel à Lei Antitruste no contexto econômico brasileiro, afirmando que

tratava-se de “ instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia ” (FORGIONI, 2013, p.122)

Diante do contexto de descrença com relação à legislação antitruste, notadamente em razão da baixa eficiência desta no contexto de sua aplicação, no ano de 1994 foi implementada nova legislação antitruste, que revogou a sua antecessora (Lei 4.137, de 1962), bem como a Lei 8.158, de 1990. Surgiu então a Lei 8.884/94, que passou a ser, pois, responsável pela criação da “era moderna de concorrência no Brasil” (MONTEIRO, 2003).

Assim foi promulgada a Lei 8.884, de 1994, que sistematizou a matéria antitruste, criando o SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo CADE, pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão vinculado ao ministério da Fazenda, e a SDE – Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, substituindo a SNDE. Ademais, esta legislação transformou o CADE em autarquia federal, dotando-o, inclusive, de destinação orçamentária própria.

Cumprir destacar que, à vigência da Lei 8.884/94, o CADE atuava tão somente na qualidade de tribunal administrativo, a SDE detinha funções investigativas e instrutórias e a SEAE era atuante para fins de assessoramento técnico. Acreditava-se que com essa divisão tripartida do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ter-se-ia uma melhor proteção aos princípios constitucionais de defesa da livre iniciativa e da livre concorrência.

O progresso desta legislação no controle das concentrações empresariais deu-se na medida em que apresentou maior formalidade na apresentação dos atos de concentração para a aprovação do CADE, uma vez que anteriormente esta formalização era por diverso ignorada. Destaca-se também o papel desta nova lei na consolidação do controle dos cartéis, na medida em que, diante da atuação do CADE, a percepção dos empresários mudou em relação às práticas colusivas, incitando a percepção de ilicitude que pudesse derivar dos acordos e ajustes empresariais. (FORGIONI, 2013, p.100). Ademais ressalva-se o aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e o aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste.

## **2. A motivação para a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**

Apesar das inovações trazidas pela Lei 8.884/94, diversas críticas lhe foram feitas. Matias-Pereira, por exemplo, afirmava que as decisões do CADE “ficaram restritas aos espaços políticos, empresariais e acadêmicos” (MATIAS-PEREIRA, 2006, p.64), não havendo assim participação e conhecimento popular das questões tratadas por aquele órgão. Já Gama e Ruiz criticavam as decisões do CADE, apontando como falhas a “falta de informação, aliada à falta de operacionalidade de alguns conceitos-chave econômicos para análise antitruste” (GAMA e RUIZ, 2007, p.256).

Ademais, uma questão que merece destaque na Lei 8.884/94 reside no controle de concentração previsto, desde sua conceituação à sua análise, que poderia ser realizada previamente ou *a posteriori*, na medida em que o art. 54,§4º revelava que a análise dos atos de concentração poderia se dar *previamente* ou *no prazo máximo de 15 dias úteis de sua concentração*.

Assim, em 30 de novembro de 2011 foi decretada a Lei 12.529, que busca solucionar eventuais críticas e promover maior eficiência ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, modificando sua estrutura organizacional, bem como o sistema de controle de concentração.

### **3. Uma breve análise da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. As mudanças da Lei 12.529/2011**

Conforme exposto anteriormente, à vigência da Lei 8.884/94, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, embora não expressamente definido, era composto pelo CADE, pela SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda e a SDE, vinculada ao Ministério da Justiça. Contudo, o art.3º da Lei 12.529/11 retira do SBDC a SDE e, embora mantenha a SEAE, reestrutura suas funções passando tão somente a atuar como órgão consultivo, elaborando estudos e pareceres econômicos, avaliando a situação concorrencial, bem como opinando, quando julgar relevante ou quando requisitada pelo CADE, atos normativos de qualquer órgão da Administração Pública referentes à promoção da concorrência, bem como sobre posições legislativas em tramitação no Congresso Federal, conforme se extrai do art. 19 da Lei 12.529/11. Acerca da extinção da SDE e de sua incorporação ao CADE, cumpre acrescentar as lições de Cordovil [et. al.]:

A SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – era responsável pela instrução, sobretudo jurídica, de atos de concentração e processos de condutas anticoncorrenciais. Com a Lei 12.529/2011 e a criação formal do SBDC, a SDE é extinta e seu braço de atuação em matéria concorrencial, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE, é incorporado na nova estrutura do Cade, enquanto seu viés consumerista, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, será a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor. (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI e ANDERS, , 2011. p. 35)

O CADE, por sua vez, é uma entidade judicante com jurisdição em todo território nacional, sendo, portanto, uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, constituída pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência Geral pelo Departamento de Estudos Econômicos (FIGUEIREDO, 2013, p. 241).

O Tribunal Administrativo é o órgão judicante do Cade, cujas atribuições estão previstas no art. 10 da Lei 12.529/2011 e é composto por um presidente e seis conselheiros, de notório saber jurídico, eleitos pelo Presidente da República, porém só nomeados por este após aprovação do Senado Federal, para mandatos de quatro anos, sendo os conselheiros responsáveis pelo voto nas decisões judiciais do órgão e, sendo o voto do presidente destinado a pôr fim a eventuais empates.

A Superintendência Geral é o órgão executivo do Cade, com rol extensivo de atribuições previstas no art. 13 da Lei 12.529/2011, contudo relacionados, em sentido amplo, ao papel investigativo deste órgão, que é composto por um Superintendente Geral e dois Superintendentes adjuntos, com mais de 30 anos e notório saber jurídico, nomeados pelo Presidente da República para mandatos de dois anos, após aprovação do Senado Federal, tendo algumas atribuições previstas no art. 14 da lei em análise e outras definidas por regimento interno.

O Cade é composto, ainda, pelo Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um economista-chefe, nomeado em conjunto pelo Presidente do Tribunal Administrativo e pelo Superintendente Geral, e sendo este órgão incumbido de elaborar estudos econômicos e emitir pareceres, visando subsidiar a atuação do Cade e, podendo, inclusive, o economista-chefe pronunciar-se nas sessões do Tribunal Administrativo.

Faz-se ainda imperioso destacar o papel da Procuradoria Federal junto ao Cade, com funções expressas no artigo 15 da Lei 12.529/2011, relacionadas à defesa, em juízo ou extrajudicialmente, da autarquia (Cade). É também facultado ao Procurador-chefe, nomeado

pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, com mais de mais de trinta anos e notório saber jurídico, fazer uso da palavra nas sessões do Tribunal Administrativo, porém, tal qual o Economista-chefe, não tendo direito a voto.

Por fim, convém ainda destacar como órgão compositor do SBDC, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE – órgão de assessoramento técnico especializado, com atuação destacada no controle de tarifas, atuando em conjunto para tanto, com diversas agências reguladoras, tais quais: ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; ANP – Agência Nacional do Petróleo; ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, dentre outras. Acerca do seu papel, leciona Figueiredo:

É o principal 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 concentração entre empresas e reprimir condutas anticoncorrenciais (FIGUEIREDO, 2013. p. 247).

#### **4. O Controle de Concentrações na Lei 12.529**

##### **4.1. O conceito de Concentração.**

Pode-se dizer que concentração econômica, em linhas gerais, remete ao acúmulo de riquezas e poder econômico nas mãos de poucos. José Júlio Borges da Fonseca resume, pois, a ideia de concentração empresarial como “aumento da riqueza em poucas mãos” (FONSECA,1997. p.84). De fato, o acúmulo de riquezas é efeito e consequência das concentrações, contudo no direito antitruste o termo vem sendo empregado de maneira mais específica, remetendo-se ao âmbito empresarial, na diapasão do conceito de Nuno T. P. Carvalho:

Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial. (CARVALHO, 1995, p.91)

Desta sorte, pode-se dizer que na realização de um ato de concentração existem, em um primeiro momento, dois agentes dotados de autonomia decisória, posteriormente, tais

centros decisórios se unificam em um só partícipe ou em um novo ente, tendo ocorrido modificação na estrutura proprietária ou de gestão de um dos partícipes.

Na vigência da Lei 8.884/94 eram considerados atos de concentração aqueles que, sob qualquer forma manifestados, pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, conforme consta em seu artigo 54.

Contudo a Lei 8.884/94 não apresentava clareza na definição dos atos de concentração, na medida em que não discorria sobre o conceito de mercado relevante, tratando-se, pois, de um conceito jurídico abstrato a ser definido de acordo com o contexto em que estivesse inserido, podendo este ser físico ou não, mas havendo participação dos(s) agente(s) em análise no estabelecimento de preços e trocas de mercadorias. Ademais, se discutia se deveria ser preenchido tão somente um dos requisitos ou os dois simultaneamente. Assim, assevera Cordovil [et al.]

Houve quem defendesse a não obrigatoriedade de submissão de negócios jurídicos, ainda que preenchido ao menos um dos critérios de submissão do Cade, por não ser, segundo a avaliação das partes, tal ato capaz de gerar efeitos negativos à concorrência. Afirmava-se tratar de um ato 'pró-competitivo' e, portanto a análise do Cade seria desnecessária. (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI e ANDERS, 2011. p. 202).

A Lei 12.529/2011, visando eliminar essa obscuridade e trazer maior segurança jurídica à análise dos atos de concentração, traz maior objetividade à definição dos atos de concentração a serem analisados pelo Cade, na medida em que, categoricamente, afirma em seu artigo 90, quais seriam tais atos. *In verbis*:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes. (BRASIL, Republica Federativa. Lei nº 12.529, 2011)

Percebe-se através da leitura deste artigo, que o ordenamento jurídico brasileiro expressa o que deve ser considerado como ato de concentração econômica. O inciso I refere-se a operações de fusão e aquisição de empresas, verificando quando duas empresas anteriormente independentes se fundem “para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em direitos e obrigações”, conforme os termos do art. 228 da Lei 6.604, de 1976, conhecida como “Lei das Sociedades Anônimas”.

O inciso II trata de aquisição direta ou indireta, de participações societárias ou de ativos de terceiros, tangíveis ou intangíveis. Trata-se de operações mediante as quais uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma empresa. Desta sorte, incluem-se nos atos de concentração a aquisição de: controle direto ou indireto de empresas; participações minoritárias; direitos de propriedade industrial, tais como patentes, *know how*, desenhos industriais etc.; ativos físicos, tais como máquinas (FORGIONI, 2013. p. 398).

A incorporação de empresas está prevista no inciso III, sendo que tal ato de concentração é definido pela Lei 6.604 de 1976, em seu art. 227 como “a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”, ou seja, se uma empresa incorpora outra, a empresa que foi incorporada deixa de existir e transfere todos seus ativos, direitos e obrigações para a empresa incorporadora.

O inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529/2011, por sua vez, trata de consórcios, celebração de contratos associativos ou *joint ventures* como atos de concentração empresarial. O consórcio de empresas corresponde a um acordo empresarial entre duas ou mais empresas, mediante o qual cada uma delas, dotada de personalidade jurídica própria, se compromete às obrigações previstas no contrato, para a realização de um novo negócio jurídico, sendo seus requisitos formais expressos nos arts. 278 e 279 da Lei 6.604<sup>2</sup> (Lei das

---

<sup>2</sup> Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

Sociedades Anônimas). Tem-se, como exemplo de consórcio enquanto na realização de uma grande obra de engenharia, que cada uma das empresas estabelece contrato em que será responsável por determinado segmento da obra. Os contratos associativos ou “*joint ventures*” verificam-se quando empresas, embora sem prestarem constituir negócio jurídico formal, nos termos dos artigos 278 e 279 da Lei 6.604, associam-se para realizar determinado empreendimento empresarial, não perdendo, pois, a autonomia dos centros decisórios.

A doutrina classifica, ainda, as concentrações em *horizontais*, *verticais* ou *conglomeradas*, conforme os mercados de atuação das empresas participantes de determinado mercado relevante.

Por concentração horizontal entende-se a estruturação de mercado que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante (FIGUEIREDO, 2013. p. 289). Já

---

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

concentração vertical compreende os atos de concentração entre agentes econômicos distintos que, embora ofertando produtos ou serviços diversos, estão inseridos em um determinado segmento da economia, tendo-se, por exemplo, uma empresa que produza folhas e outra que produza cadernos. Conglomeração, por sua vez, refere-se a um ato de concentração que envolve agentes econômicos diversos, que ofertam produtos ou serviços distintos que podem ou não ser complementares entre si, mas que, certamente, não fazem parte da mesma cadeia produtiva. Genericamente, uma conglomeração é saudável à competição, pois significa a "entrada" de uma empresa em um determinado mercado de produto ou serviço. No entanto, uma conglomeração pode ter efeitos nocivos à concorrência quando houver complementariedade entre os produtos ou serviços envolvidos.

Na diapasão do exposto, observa Pedro Dutra:

A distinção de concentração do poder econômico em horizontal, vertical e conglomerado serve antes a propósitos metodológicos; esses são os planos sobre os quais os efeitos da concentração do poder econômico se projetam, no âmbito do mercado concorrencial. Historicamente varia o número dessas formas de projeção dos efeitos e, conseqüentemente, a análise delas e as respectivas posições doutrinárias; é certo, contudo, que a forma horizontal se apresenta, sempre, em número superior as demais. (DUTRA, 1996. p.12)

Desta sorte, resta clara a natureza metodológica da distinção que, todavia, serve de alerta para as diversas possíveis condutas capazes de gerar diferentes formas de concentração, embora a concentração horizontal seja a mais comumente percebida.

#### **4.2. O Controle Preventivo de Concentração e o critério de avaliação da Lei 12.529**

Acerca do controle preventivo de concentração, inicialmente cumpre ressaltar a importância oriunda da legislação concorrencial europeia, notadamente do regulamento 4.064, publicado em 1989.

O artigo 4º do diploma supracitado, além de estabelecer o *princípio da obrigatoriedade do controle de concentração*, prevê que a análise dos atos de concentração deverá se dar previamente. Contudo, através de uma rápida análise do mencionado artigo, percebe-se que a notificação, apesar de ser fixada como prévia pelo título do dispositivo, *poderia ocorrer em até 07 (sete) dias após a sua realização* (SILVINO, 2007.p. 57).

Percebe-se que o dispositivo supracitado, embora tenha previsto a necessidade do controle de concentração, permitiu que a análise dos atos fosse realizada *a posteriori*. A Lei 8.884/94 seguiu, pois, este rumo, na medida em que o art.54,§4º prevê a possibilidade de

análise dos atos de concentração *previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis após a sua realização*.

Todavia, a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 veio cercear o problema da análise realizada *a posteriori*, de sorte a trazer maior segurança jurídica quanto aos atos de concentração, bem como criar critérios mais rígidos à sua apuração, na medida em que o sistema de análise posterior comprometia, em muitos casos, a plena efetividade da decisão do órgão de defesa da concorrência (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI e ANDERS, 2011.p.208).

O art. 88, §2º do diploma mencionado afirma categoricamente que *o controle dos atos de concentração será prévio e realizado em, no máximo, 240 dias*, sendo que tal prazo, conforme menciona o §9º deste artigo poderá ser dilatado tão-somente em 60 dias, mediante requisição das partes, ou 90 mediante decisão fundamentada do Tribunal Administrativo, devendo-se atentar, pois, ao *princípio da motivação*, que deve permear todas as decisões administrativas, conforme assegura Maria Sylvia Di Pietro:

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. (DI PIETRO, 2008, p. 200.)

Acerca da importância da análise prévia dos atos de concentração, condição *sine qua non* na atual legislação brasileira, para a licitude do ato concentracional, lecionam Cordovil, Carvalho, Bagnoli e Anders:

Sendo a aprovação pela autoridade concorrencial condição para a realização do negócio jurídico, as empresas tendem a prestar as informações e esclarecimentos sobre o ato, as suas atividades e os mercados envolvidos, de modo célere e completo, sempre com vistas a obter a aprovação da autoridade antitruste em um menor prazo possível”(CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI e ANDERS, 2011, p. 208).

Outra importante inovação proveniente da Lei 12.529/2011 foi a definição de critérios mais objetivos acerca de quais atos de concentração seriam submetidos à análise, doravante preventiva, do CADE

Ao ser promulgada, a Lei 8.884/94 previa que tão somente seriam submetidos à análise do CADE os atos de concentração em que pelo menos uma das empresas do grupo registrasse no ano anterior faturamento bruto superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos

milhões de reais) ou quando a efetivação do ato de concentração resultasse em dominação de pelo menos 20% (vinte por cento) do mercado relevante. Sendo imperioso reiterar a imprecisão do segundo critério adotado. Ademais, conforme assevera Salomão Filho, “a participação no mercado por si só não é indício definitivo de dominação dos mercados. Sua avaliação depende fundamentalmente da estrutura específica de cada mercado”. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 423)

Todavia, a Lei 12.529/2011 modificou tal requisito, estabelecendo, no artigo 88, I e II, que serão submetidos à apreciação prévia do CADE os atos de concentração econômica em que um dos grupos envolvidos tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões) e que o outro grupo envolvido tenha registrado no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões). Destacando-se assim que não se faz mais necessária na apreciação dos atos de concentração a análise de mercado relevante, conceito de difícil mensuração.

Ainda cumpre acrescentar que o âmbito da nova Lei, todo “ato, sob qualquer forma manifestado, que (possa) limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, (deve) ser submetido à apreciação do Cade” (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI e ANDERS, 2011. p. 274). Desta sorte, o Cade passa a poder apreciar não somente aqueles atos de concentração que atendam os requisitos do art.88, I e II, mas também outros que porventura possam resultar em afronta ao *princípio constitucional da livre concorrência*, previsto no art. 170, IV da Carta Magna de 1988, sendo função da Superintendência-Geral a análise destes casos.

Outrossim, faz-se imperioso destacar a possibilidade de multa de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) prevista no art. 88,§3º da Lei 12.529/2011 para as empresas que consumarem seus atos antes da apreciação do Cade.

Percebe-se, pois, o poder discricionário atribuído ao Cade quanto à apreciação de atos de concentração, pois este poderá apreciar todo e qualquer ato que possa limitar ou prejudicar a livre concorrência, permitindo-se, quando necessário, uma interpretação mais extensiva do que os critérios de faturamento positivados, não sendo, portanto, imperioso ao Cade o atendimento dos requisitos pecuniários mencionados à definição dos atos de concentração.

## **5. Controle de Concentração como instrumento da Livre Concorrência e do Desenvolvimento Econômico**

### **5.1. A noção de desenvolvimento**

O desenvolvimento é um processo que deve ser analisado como um todo, em diversos aspectos, não somente do ponto de vista econômico ou social, pois trata-se de uma construção e, como tal, engloba diversas áreas, por exemplo: política, econômica, social, científica, sendo que, para ser alcançado, deve ser considerado em sua plenitude, servindo a divisão do desenvolvimento em áreas somente para fins metodológicos.

Ao longo da história, muitas vezes o desenvolvimento esteve atrelado ao crescimento econômico, fomentado, muitas vezes, na dominação militar, marcada por guerras, ou na busca de novos mercados para a utilização do excedente de produção, tal qual à época do mercantilismo, dos séculos XVI e XVII.

Neste sentido, imperaram nos séculos VI e XVII as ideias de Adam Smith e sua asserção acerca da existência de uma “mão invisível” do mercado, que ordenaria o mercado para a consecução de um bem comum e que via no poder econômico a representação do poder nacional, bem como sustentava que o livre mercado era mais vantajoso para o angariamento de riqueza, na medida em que a especialização gerava riqueza para todos os envolvidos. (BARRAL, 2005. p.34). Deste modo, contrapunha-se ao regime de servidão, típico da Idade Média, sustentando que a ascensão do regime capitalista liberal, fundamentado na intervenção mínima do Estado na economia, lograria igualdade de oportunidades para a população, baseando-se tão somente no potencial individual, e assim haveria mercado para o escoamento de mercadorias.

Surgiu ainda, como crítica ao liberalismo econômico e ao capitalismo, a doutrina marxista, corrente inspirada nas ideias de Karl Marx e Friedrich Engels, principalmente em duas obras escritas por estes autores: “*O Capital*” e “*Manifesto Comunista*”, que denunciavam as condições sociais às quais estavam submetidos os trabalhadores, ou a classe proletariada, como convencionam chamar, incitando-os a uma revolução e questionamento do sistema econômico capitalista, pregando “o fim da propriedade privada dos meios de produção”.

Em reação ao marxismo, o liberalismo passa por uma reformulação, surgindo assim o neoliberalismo, como medida de reafirmação do liberalismo, contudo, com algumas diferenças, notadamente influenciado pelas ideias de John Maynard Keynes e a corrente

teórica por ele criada, o keynesianismo<sup>3</sup>. O neoliberalismo, do ponto de vista econômico, prevê o papel regulador do Estado, tendo este o papel de atuar na economia de sorte a buscar sua estabilidade, através de mecanismos de estabilização financeira e monetária e do controle de inflação, bem como contendo os grandes monopólios, premissa do controle de concentração.

A noção de desenvolvimento surge neste contexto, muitas vezes atrelada à concepção de crescimento econômico, que se fez norteador por estas correntes de pensamento que, sem dúvida influenciam a maneira de se pensar a economia mundial. Estas teorias, indubitavelmente, contribuíram para a concepção da necessidade de desenvolvimento não só no Brasil, mas em toda a América Latina.

Antes, contudo, se faz necessário esclarecer que não se deve confundir crescimento e desenvolvimento, uma vez que para que se verifique o segundo, deve haver modificações quantitativas e qualitativas não só no âmbito econômico, mas em toda a sociedade, como bem observa Fábio Nusdeo:

Daí surge a diferença entre desenvolvimento e crescimento. Este último seria apenas o crescimento da renda e do PIB, porém sem implicar ou trazer uma mudança estrutural mais profunda. E isso por duas razões alternativas: ou porque tal transformação estrutural já se verificou no país, portanto, já se desenvolveu ou então o crescimento é apenas transitório e não se autossustentará, justamente por não conseguir alterar a estrutura. (NUSDEO, 1997. p .400)

Conforme depreende-se, o desenvolvimento só ocorre quando há mudanças estruturais na sociedade, do contrário, estar-se-ia diante de um desenvolvimento mascarado, uma vez que somente uma minoria privilegiada usufruiria dos benefícios oriundos desse crescimento, que não se sustentaria (BERCOVICI, 2005, p.53).

Acerca do processo de desenvolvimento, Celso Furtado vê o desenvolvimento como uma construção linear de etapas. Assim, argumenta que “aos países atrasados cabe senão trilhar os caminhos já conhecidos, beneficiando-se da experiência daqueles que se encontram em estágios mais adiantados” (FURTADO, 2000. p. XVI).

Contudo, a concepção linear de Furtado não resta uníssona entre a doutrina econômica. Há-joon Chang defende que os países já desenvolvidos tentam impedir que os países subdesenvolvidos em sua busca pelo desenvolvimento, impondo-lhes condições que

---

<sup>3</sup> O keynesianismo foi a teoria econômica defendida por John Maynard Keynes, que apresentava severas críticas ao *laissez-faire* e defendia a atuação pontual do Estado na economia como maneira de manutenção do capitalismo

os primeiros não tiveram que superar, tomando-se, por exemplo, a questão da sustentabilidade. Deste modo ratificam as atitudes dos países desenvolvidos em “chutar a escada” para que os países subdesenvolvidos não alcancem o mesmo patamar que estes, conforme se depreende:

Ao exigir dos países em desenvolvimento padrões institucionais que eles mesmos não tinham quando estavam em estágios comparáveis de desenvolvimento, os PAD (países avançados) estão usando, efetivamente, dois pesos e duas medidas, e lesando-os com a imposição de muitas instituições de que eles não precisam e as quais não podem sustentar. (CHANG, 2003, P.223)

Entretanto, independente da maneira pela qual se dê o desenvolvimento, este parte de um processo de autoconhecimento da sociedade, aproveitando-se das suas potencialidades, conforme leciona Calixto Salomão Filho:

O desenvolvimento antes que um valor de crescimento ou mesmo um grupo de instituições que possibilitem determinado resultado, é um processo de autoconhecimento da sociedade. Nesse processo a sociedade passa a descobrir seus próprios valores aplicados ao campo econômico. As sociedades desenvolvidas sob essa visão são aquelas que bem conhecem suas próprias preferências. Portanto, dar privilégio aos valores não significa substituir o determinismo de resultados da teoria econômica por um determinismo de valores preestabelecidos. Significa, isso sim, dar prevalência à discussão sobre as formas específicas para cada sociedade de autoconhecimento e autodefinição das instituições e valores mais apropriados ao seu desenvolvimento econômico-social. (SALOMÃO FILHO, 2002, p.32).

Resta, portanto, imperiosa a concepção de que o desenvolvimento parte da modificação das estruturas da sociedade e não tão somente do crescimento do PIB, cumprindo destacar ainda, conforme bem asseverou Calixto Salomão Filho, a importância do autoconhecimento da sociedade, para que possam ser definidas suas prioridades, enquanto coletividade.

## **5.2. O Desenvolvimento da Constituição Federal de 1988**

Ao longo da história nacional, a busca do desenvolvimento se deu de maneira constante, contudo, tão somente voltada ao crescimento da economia nacional, contudo, questões estruturais, tais quais o aprimoramento institucional, cultural, político, educacional, entre outros, foram desprezadas. (MACEDO, 2008. p.163).

Todavia, a Constituição Federal de 1988 atribui importância suprema ao desenvolvimento, junto aos demais princípios fundamentais, expandindo-se a concepção do âmbito econômico para um alcance mais extenso, abrangendo, outras áreas tais quais política e social, e adotando uma concepção de desenvolvimento nacional como um todo e não apenas de crescimento econômico. Neste diapasão, assevera André Ramos:

O desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, ou fará sentido para poucos. Assim, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder ser utilizada para alcançar mencionado desenvolvimento. Portanto, a intervenção do Estado, sempre em servir para esse desiderato, será necessária, bem como as prestações de cunho social (e especialmente tais prestações), sem que isso signifique a assunção de um modelo socialista. Da mesma forma, a consagração da liberdade, incluindo a livre iniciativa e a livre concorrência, serão essenciais para que se implemente aquele grau de liberdade desejado (TAVARES, 2003. p. 68)

Percebe-se, pois, a preocupação da Carta Magna de 1988 para com a reestruturação social, premissa básica para que se alcance o desenvolvimento, bem como sua preocupação em se alcançar tal condição desde seu preâmbulo. Senão vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, Constituição, 1988)

Corroborando com tal posição, o art. 3º, inciso II desta Constituição, inclusive, elenca o desenvolvimento como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Percebe-se, pois, que o Estado Brasileiro antecipou-se, ao menos em seu texto legal, às determinações constantes na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas de 1993, na medida em que ambos preveem a função central do Estado na promoção do desenvolvimento:

Art.2.3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Art.3.1. Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento.

Art.10. Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas públicas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993)

De todo modo, critica-se a Constituição Federal no que concerne ao desenvolvimento, por não definir os instrumentos necessários para efetivá-los. Todavia, a noção de desenvolvimento trata de um conceito jurídico abstrato, em que não existe um modelo ideal a ser seguido e em que o controle de concentração pode se apresentar como contribuição para tal feito.

### **5.3. A relação entre Controle de Concentração, livre concorrência e desenvolvimento.**

Conforme se depreende do exposto, a noção de desenvolvimento não se remete tão somente ao campo econômico, mas deve ser analisada como um conjunto de fatores capazes de modificar a estrutura econômica, política e social do Estado.

O controle de concentração, sem dúvida, pode corroborar a busca do desenvolvimento, na medida em que, ao proteger o mercado de monopólios, contribuiu para o crescimento da economia, como também restou proteger os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

A eficiência da legislação antitruste é vista no ordenamento jurídico brasileiro como a declaração genérica de promover o bem-estar dos consumidores acompanhada da desconsideração das transferências de riquezas entre consumidores e monopolistas (SALOMÃO FILHO, 2013. p.240). Neste sentido, além da busca pela maximização de riquezas, o ordenamento jurídico brasileiro preocupa-se também em proteger os interesses dos consumidores.

O controle de concentrações pode ser visto, portanto, como um meio de proteção a estes interesses, na medida em que evita que grandes empresas se conglomerem e com isso detenham o poder de mercado, controlando assim os preços, a entrada de novos concorrentes no mercado e até mesmo a produção de novas tecnologias. Neste sentido, a defesa da concorrência é vista como justificativa para a aprovação dos atos de concentração de empresas.

Em um ambiente globalizado, rompem-se as barreiras da busca do aprimoramento tecnológico e seus efeitos para além das fronteiras geográficas, estando-se, portanto, diante de competidores em escala internacional. O Controle de Concentrações visa também à tutela das pesquisas e ao desenvolvimento de novas tecnologias, nessa constante busca de aperfeiçoamento, visando impedir que poucas empresas detenham toda a capacidade de inovar, na medida em que criam entraves para que outros possam ter as mesmas condições de concorrer para estas no mercado, corroborando assim a concretização do princípio constitucional da livre concorrência.

O Estado tem ainda papel crucial na defesa da livre concorrência na medida em que é o responsável pela adoção de políticas industriais, que visem aumentar a competitividade entre as empresas. Neste diapasão, pode ser entendido o Controle de Concentração empregado através da Lei 12.529/2011 como uma destas políticas, uma vez que, ao criar obstáculos para que uma grande empresa detenha o poder de mercado, estimula a competitividade entre as demais, bem como não gera impasses para que novos competidores adentrem o mercado.

Percebe-se, pois, que o Controle de Concentração indiretamente contribui para a efetivação de alguns dos princípios gerais da ordem econômica, elencados no artigo 170 da Constituição Federal, quais sejam: livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte.

A proteção à livre concorrência por meio dos atos de concentração resulta, portanto, da inibição de que uma só empresa detenha amplo poder de mercado, controlando assim as condições do mercado nas quais esteja inserida, muitas vezes através do controle dos preços, da produção de novas tecnologias, ou impedindo a entrada de outros competidores.

O Controle de Concentrações pode ser relacionado à defesa do consumidor, na medida em que pode desde a formação de conglomerados que detenham poder econômico até seu abuso, uma vez que a Lei 12.529/2011, além de tratar do controle de concentração, trata das infrações à ordem econômica, aplicando sanções às condutas abusivas.

Cumprido ressaltar também que o pleno emprego a que se refere o art. 179, VIII da Constituição Federal, não é tão somente de mão-de-obra, mas de recursos econômicos, que podem ser mais bem aproveitados na medida em que mais empresas estejam participando da economia, situação que poderia ocorrer a partir das limitações impostas pela legislação antitruste.

O conjunto das ações de defesa à livre concorrência pode, ainda que indiretamente, ser entendido como medida de favorecimento às empresas de pequeno porte, uma vez que, ao impedir os atos de concentração que em grande medida visam criar empecilho à participação de competidores no mercado, o Estado brasileiro está defendendo as empresas de pequeno porte, bem como oferecendo-lhes condições, através da política industrial, para que possam competir em pé de igualdade, uma vez que o Controle de Concentrações por diversos impede que as empresas se tornem excessivamente grandes, de forma a dificultar a livre concorrência.

Diante do exposto, percebe-se que a busca pelo desenvolvimento dá-se, em grande medida, através da proteção à livre concorrência, que acaba por consequentemente resultar também na proteção dos demais princípios constitucionais supracitados, tendo para tanto ampla contribuição o Controle de Concentrações previsto na Lei 12.529/2011.

## **6. Considerações Finais**

A tentativa de industrialização do Estado brasileiro, iniciada com maior ênfase a partir da década de 1930, trouxe à tona a necessidade de proteção à livre concorrência e aos consumidores. Neste sentido, perceberam-se as consequências nocivas que poderiam ser geradas a partir da concentração de empresas.

Assim, o Estado brasileiro buscou, através da promulgação de leis e nas constituições, a partir de 1934, a proteção de sua ordem econômica, sem, contudo, interferir na liberdade individual dos cidadãos, bem como tornou patente a busca pelo

desenvolvimento nacional, sendo a promulgação de legislações infraconstitucionais, dentre elas aquelas relativas à proteção à ordem econômica, notadamente as que versem sobre o controle de concentrações, como de importante contribuição, em razão da concepção multifacetária do desenvolvimento.

A Lei 12.529/2011 e a Constituição Federal de 1988 sem dúvida representam um avanço em relação às que as antecederam, pois, buscaram corrigir ou reafirmar, quando necessário, a importância da proteção à ordem econômica, adotando-se métodos cada vez mais eficientes para a definição das condutas consideradas ilícitas e a aplicação de sanções para os transgressores, de sorte a contribuir na busca basilar do desenvolvimento pátrio, conceito que, com o passar dos anos, deixou tão somente de referir ao crescimento econômico, para adquirir diversas facetas, tais quais social, ambiental e tecnológica, em verdade representando o rompimento de um estado novo, com o anterior.

Neste sentido, o presente artigo buscou responder ao questionamento inicial, de qual seria a contribuição do Controle de Concentração para o desenvolvimento nacional, demonstrando que sua importância verifica-se desde as concepções das legislações antitrustes no Estado nacional, que revelam a preocupação da defesa da concorrência de maneira patente. Ademais, demonstrando o papel da Lei 12.529/2011 na promoção do desenvolvimento, através da proteção à ordem econômica e seus princípios norteadores, expressos no art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Assim, assevera-se que a contribuição do Controle de Contração para o desenvolvimento nacional dá-se na medida em que estas políticas que perseguem esta finalidade buscam meios de proteção à ordem econômica, condição essencial para a consecução do desenvolvimento nacional.

Desta sorte, pode-se certificar também a contribuição da Lei 12.529/2011 como medida de política pública voltada à consecução deste fim, por voltar-se à proteção de princípios constitucionalmente protegidos, em especial ao desenvolvimento nacional e à livre concorrência. Ademais, reitera-se que a importância desta lei reside justamente em razão desta limitar os efeitos nocivos que a concentração de empresas possa produzir na ordem econômica, e, conseqüentemente, no desenvolvimento nacional.

## **7. Referências**

ARAÚJO JR. José Tavares de. **Mercosul, Plano Bush e competitividade internacional da indústria brasileira. Brasil: o desafio da abertura econômica.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992.

BARRAL, Webber (org). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento.** São Paulo: Singular, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** *Diário Oficial da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF, 05 out.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 23 jan. 2014.

BRASIL, Republica Federativa. **Decreto-Lei nº 12.529.** *Diário Oficial da União*, 30 de novembro de 2011. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) Data de acesso: 12 de janeiro de 2014.

BRASIL, República Federativa. **Decreto-Lei nº 4.137.** *Diário Oficial da União.* Brasília, DF, 10 de setembro de 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm) Data de acesso: 06 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** *Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro, RJ, 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Data de acesso: 4 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** *Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro, RJ, 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm) Data de acesso: 04 de janeiro de 2014.

CARVALHO, Nuno T. P. **Concentrações de empresas no Direito Antitruste.** São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CHANG, Há-joon. **Chutando a escada: estratégia de desenvolvimento numa perspectiva histórica.** São Paulo: Unesp. 2003.

CORDOVIL, Leonor, CARVALHO, Vinícius Marques de, BAGNOLI, Vicente, ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUTRA, Pedro. **A Concentração do Poder Econômico e a função preventiva do CADE.** Artigo publicado na revista IBRAC, volume 3, nº8, São Paulo, 1996.

FAZENDA, Ministério da. Disponível em: [http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/glossarios](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios) data de acesso: 19 de janeiro de 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito Antitruste e Regime das Concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRIEDERICH, Engels. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução: B. A. Schuman. São Paulo: Bomtempo, 2010.

FURTADO, Celso. **Teoria Política do Desenvolvimento Econômico**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. **A Práxis Antitruste no Brasil - Uma Análise do CADE no Período 1994-2004**. *Economia e Sociedade*, v. 16(2), 2007.

MACEDO, Rafael Rocha de. **Direito da concorrência: instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico**. 2008. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2008.

MAGALHÃES, Agamenon. **Abuso de Poder Econômico in: Abuso de Poder Econômico**. Recife: Folha da Manhã, 1949.

MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. **O abuso de poder econômico: apuração e repressão; legislação e jurisprudência**, Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

MATIAS-PEREIRA, José. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência**. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), 2006.

MONTEIRO, C. D. B. **Políticas Antitruste: Aspectos Relevantes para o Caso Brasileiro**. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*), Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o direito ao desenvolvimento da Organização das Nações. Viena, 25 de jun.1993. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/496/36/IMG/NR049636.pdf?OpenElement>. Data de acesso: 22 de janeiro 2014

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

---

**Regulação e Desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHIEBER, Benjamin M. **Abusos de Poder Econômico:** direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SILVINO, Angelo José Menezes. **A nova dinâmica de processamento dos atos de concentração no conselho administrativo de defesa econômica e a reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.** Revista de Filosofia do Direito, Estado e Sociedade. Natal, v.4, n.1, jan/junho de 2013.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Método, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no Domínio Econômico.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1968.