

DIREITO CONCORRENCIAL



ÍNDICE

1. HISTÓRICO	5
Concorrência no Brasil colonial?.....	5
Embriões do direito concorrencial na constituição de 1934.....	5
A Constituição de 1937	6
Lei Malaia de 1945.....	6
A constituição de 1946	7
Lei 1.521/1951.....	7
Finalmente, uma lei de defesa da concorrência.....	8
Novidades da LDC/1991.....	8
LDC/1994 (Lei nº 8.884).....	9
Lei 12.529/2011.....	10
2. SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)	11
Objetivos	11
Destinatários	12
Tarefas do SBDC.....	12
Mudanças Processuais e Administrativas com a LDC/2011	13
SBDC: estrutura atual.....	13
Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE	14
Superintendência Geral (SG).....	15
Departamento de Estudos Econômicos (DEE).....	16
Seae (desde 2019 Seprac).....	16
3. RELAÇÃO DO SBDC COM OUTROS ENTES	17
Legislação	17
Procade	17
Ministério Público Federal.....	17
Agências reguladoras	18
Banco Central.....	18
4. CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS	20

Definição	20
Formas jurídicas	20
Mercado Relevante.....	21
Nova LDC.....	21
5. PROCESSO DE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES	23
Abertura do processo.....	23
Panorama procedimental.....	23
Processo, Desfechos e Reapreciação da Decisão na SG	24
Processo no TADE	26
Decisões do TADE.....	26
6. ACORDOS EM CONCENTRAÇÕES (ACC).....	30
Consensualização administrativa	30
Artigo Vetado	30
Regime jurídico	31
Conteúdo das Condicionantes	32
Ainda existe o APRO?.....	32
7. INFRAÇÃO CONCORRENCIAL	34
Tipos de responsabilização.....	34
Nova LDC.....	35
Características da infração	36
Exemplos de infração.....	37
Agente infrator	37
Efeitos: Tipologia.....	38
Prescrição.....	38
8. PROCESSO SANCIONADOR	40
Panorama procedimental.....	40
Inquérito administrativo	40
Processo administrativo.....	41
9. SANÇÕES CONCORRENCIAIS.....	44
A decisão condenatória.....	44
Sanção principal	44

Sanções Secundárias	45
Avaliação das sanções	45
Dosimetria	45

10. COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA (TCC) 47

Acordos no controle de conduta.....	47
Utilidades do TCC.....	47
Novidades da LDC de 2011.....	47
Obrigações.....	48
Revisão	48
Efeitos	48
Confissão obrigatória.....	49

11. ACORDOS DE LENIÊNCIA 50

Características.....	50
Finalidade da leniência	50
Modalidades de leniência	50
Negociação e celebração.....	50
Efeitos da leniência	51

1. Histórico

Concorrência no Brasil colonial?

A demora em elaborar um direito da concorrência no Brasil tem relação com a nossa estrutura colonial.

Conforme consabido, Portugal adotou no Brasil o modelo de colônia de exploração e buscou aumentar suas receitas como metrópole por meio de diversas estratégias, entre elas, a imposição de tributos (é o que chamamos de fiscalismo) e o controle rígido do comércio, indústria e agricultura brasileiras.

Do período pré-colonial, início do século XVI, até o final do período colonial, em meados do século XIX, o mercado interno era voltado para a produção de ouro, madeira, algodão e cana-de-açúcar, produtos que seriam comercializados pela metrópole com outras nações europeias, especialmente a Inglaterra.

Por muito tempo nós não estruturamos um mercado forte para competir entre si.

Somente em 1808, no início do período joanino, com a chegada da família real portuguesa ao Brasil em decorrência da invasão napoleônica é que houve a necessidade de desenvolver o país e adaptá-lo à condição de reino, a partir de uma política de enfraquecimento do fiscalismo típico do período colonial.

Nesse cenário, importantes medidas foram tomadas, tais como a abertura dos povos às nações amigas, a criação do Banco do Brasil, a criação da imprensa e a liberdade de manufatura e indústria.

Embriões do direito concorrencial na constituição de 1934

A Constituição de 1934, promulgada durante o governo de Getúlio Vargas, deixou clara a existência de uma liberdade econômica no Brasil, contudo, explicitou que ela deveria ser exercida em favor do interesse público.

Vejamos a redação dos arts. 115 e 116 dessa norma:

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 desses limites, é garantida a liberdade econômica.

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.

No período Vargas, as constituições passaram a se preocupar com o funcionamento do mercado.

A Constituição de 1937

A Constituição de 1937, também conhecida como Constituição Polaca, abre o período ditatorial da Era Vargas que se estendeu até 1945.

Essa norma instituiu dois dispositivos fundamentais para o surgimento do direito da concorrência brasileiro, são eles, os arts. 135 e 141:

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, 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 fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos 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 direta.

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 processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

O primeiro previu a liberdade econômica, mas também a necessidade do Estado intervir no domínio econômico para suprir deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção de modo a resolver conflitos. Além de prever uma tipologia da intervenção estatal na economia.

Já o segundo dispositivo previu a necessidade de criação de uma lei para regular os crimes contra a economia popular, dando origem ao Decreto-Lei 869/1938 que tipificou tais crimes, tratou da fixação de preços, da manipulação de oferta/procura, do preço predatório e ainda disciplinou o controle de acordos ou atos que pudessem impedir a concorrência com o objetivo de atingir o aumento arbitrário de lucros. Observamos que esse decreto-lei tratou de práticas anticoncorrenciais.

Lei Malaia de 1945

Anos mais tarde, Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei 766/1945, idealizado por seu ministro Agamenon Magalhães, apelidado de malaio por seus traços físicos. Por esse motivo, o texto ficou conhecido como Lei Malaia.

Essa norma foi pioneira do antitruste, tinha caráter administrativo e criava a CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica – que é o embrião do atual CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Ocorre que, no mesmo ano, Getúlio Vargas foi deposto e o governo provisório que se instaurou revogou esse decreto-lei de modo que nós ficamos sem regulação de defesa da concorrência até o ano de 1962.

A constituição de 1946

A Constituição de 1946 também foi muito importante em matéria de defesa da concorrência, especialmente no que toca ao seu art. 148 que afirmava a necessidade de criação de mecanismos para reprimir qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive os agrupamentos de empresas. Nos seguintes termos:

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.

Podemos notar que o art. 36 da atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC) tipifica o ilícito concorrencial com base nos quatro conceitos trazidos pelo dispositivo citado, quais sejam, abuso de poder econômico, dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros.

Lei 1.521/1951

Mesmo com a revogação da Lei Malaia, muitos comportamentos que atentavam contra a concorrência continuavam tipificados na legislação penal, como por exemplo o Decreto-Lei 869/1938.

Nesse sentido, a Lei 1.521/1951 renovou a legislação de crimes contra a economia popular e criminalizou vários comportamentos anticoncorrenciais. Vamos conferir:

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II - abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;

IV - reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;

V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou de desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Finalmente, uma lei de defesa da concorrência

Em 1962, surgiu a Lei 4.137, idealizada pelo ministro do Getúlio Vargas responsável pela Lei Malaia, que objetivava corrigir defeitos de mercado e proteger o consumidor, criava válvulas de escape, previa atividade sancionadora administrativa de ilícitos concorrenciais e o controle prévio de atos ou contratos que pudessem diminuir a concorrência.

Apesar dos avanços, a norma teve baixa efetividade. Pouquíssimos casos foram julgados e menos ainda condenados, o CADE foi visto como inoperante e o Estado o desarmou, pois adotava na época uma política concentracionista.

A Professora Paula Forgioni afirmou que a lei teve alguns “surto de vigência”, porque durante o governo militar não havia grande interesse em proteger a concorrência, mas sim estimular a criação de grandes empresas e promover o crescimento do país com forte investimento público e com a ação de grandes empresas estatais.

Concluimos que o contexto não era propício para o desenvolvimento do direito concorrencial, como é atualmente.

Novidades da LDC/1991

A Lei 8.158/1991 alterou expressivamente a LDC/62 e criou o controle posterior de operações de concentração.

A citada norma também criou a SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico – embrião da SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico –, com competências para atuar no controle de infrações e de concentrações

Além disso, previu uma válvula de escape, ou seja, a aprovação excepcional de atos restritivos por motivo de economia nacional e de bem comum.

Observa-se que o art. 74 da LDC/62 previa a aprovação automática de uma concentração econômica se não analisada dentro do prazo legal, o que se denomina julgamento tácito.

Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas 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.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção.

§ 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo este prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sobre ele se pronuncie.

A Lei 8.158/1991 manteve esse instituto.

LDC/1994 (Lei nº 8.884)

A Lei 8.884/1994 efetivamente criou um sistema novo ao reorganizar os componentes do antigo sistema de defesa da concorrência, nos seguintes termos:

- Transformou a antiga Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) em Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE);
- A Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) assumiu funções claras principalmente na instrução e abertura processual;
- O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi transformado em autarquia, criando personalidade jurídica própria, autonomia financeira e decisória, e escolhendo conselheiros com base

em critérios objetivos e técnicos. Concentrou-se na função de julgamento;

- A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e o Ministério Público ganharam espaço no antitruste;
- Foram inseridos os compromissos de cessação e de desempenho;

Em 2000, a Lei 10.149 inseriu a leniência na LDC/1994.

Ocorre que alguns problemas persistiram dentro do sistema, tais como a confusão do CADE como autarquia causada pela disposição da SDE como órgão, a ausência de recursos humanos suficientes e a redução de mandato criada em 1991.

Em contrapartida, tivemos muitos avanços em relação ao direito concorrencial anterior. É bem sintetiza a Professora Paula Forgioni:

- “Consolidação do controle das concentrações empresarias”;
- “Consolidação do controle dos cartéis”, com a ampliação da consciência de ilicitude da prática;
- “Aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE”, dada a melhoria das investigações e das análises técnicas;
- “Aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste.”

Lei 12.529/2011

A Lei 12.529/2011 não modificou o direito econômico da concorrência, ou direito da concorrência em sentido material, como por exemplo o que é infração concorrencial ou concentração, na verdade essa norma promoveu modificações organizacionais e processuais.

A norma realizou enorme reestruturação orgânica, fortaleceu o CADE, o Plenário do CADE se transformou em Tribunal Administrativo, a SDE que fazia parte do Ministério da Fazenda se transformou em Superintendência Geral (SG), que é um órgão interno do CADE e foi consolidado um Departamento de Estudos Econômicos (DEE) dentro da autarquia.

Essa lei ainda criou vários cargos para o CADE, incrementando os seus recursos humanos.

Em matéria processual também tivemos grandes avanços, porque a lei sistematizou os procedimentos e processos utilizados no direito da concorrência, modificou o regime jurídico dos acordos, previu novas formas de participação de terceiros nesse processo, o que se denomina permeabilização do processo concorrencial, alterou prazos e previu novo quórum decisório.

OPS....

Você está sem permissão para ver o conteúdo integral deste ebook.

Que tal assinar um dos nossos planos?

VER TODOS OS PLANOS

Direito Concorrencial



www.trilhante.com.br

