

COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 4

DIREITO COMERCIAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 4

Fábio Ulhoa Coelho

Marcus Elidius Michelli de Almeida

São Paulo

2018

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO COMERCIAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO COMERCIAL | ISBN 978-85-60453-44-3

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo IV (recurso eletrônico)
: direito comercial / coords. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Alessandro Octaviani

INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem sua função e estrutura jurídicas disciplinadas atualmente pela Lei 12.529/2011, que "estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica". A política de concorrência brasileira, entretanto, data de muito antes da Lei de 2011 ou da própria Constituição de 1988.

Sendo uma das políticas referenciais para a formatação de um típico Estado capitalista contemporâneo (independentemente de suas distinções e especificidades, que podem oscilar a depender da "variedade de capitalismo"), a política de concorrência brasileira e, portanto, o próprio CADE, só podem ser adequadamente compreendidos quando inseridos em um esforço para posicioná-los, simultaneamente, na história econômica e institucional do Brasil, com sua mais marcante especificidade: a condição de economia periférica e subdesenvolvida, derivada de sua condição colonial, material e mentalmente perpetuada após a independência formal do país, em 1822.

Há, assim, três grandes momentos da história do CADE: (i) do início de uma estruturada e racional política de defesa da concorrência, centrada na ideia de "economia popular" e "defesa do povo" ("fomento à economia popular" e "crimes contra a economia popular" aparecendo como os dois eixos da construção dogmática), ao bloqueio operado pelas forças antinacionalistas e anti-industrialização, cerradamente opostas a Getulio Vargas e largamente alinhadas com os interesses norte-americanos; (ii) a tentativa da estruturação de um microssistema jurídico para lidar – a partir de um instrumental legislativo adequado – com três questões essenciais de uma economia periférica em busca de desenvolvimento de suas forças produtivas com internalização dos centros decisórios, a partir do conjunto emanado em 1962, contendo a "Lei Antitruste", a "Lei do Capital Estrangeiro" e a "Lei Delegada de Preços", sendo tal movimento bloqueado pelas mesmas forças barraram Getulio Vargas, mas dessa vez com uma eficácia material e temporal

muitíssimo mais ampla; e (iii) a reestruturação do órgão, na década de 1990 e seguintes, em que ganha dotações institucionais, reputacionais e eficácia operacional, mas encontra-se inserido em uma política que perdeu centralidade e autoconsciência estratégica referentemente aos movimentos mais relevantes para o desenvolvimento nacional, transformando-se em núcleo de um sistema de defesa da concorrência que, modernizado e eficaz por um lado, não tem uma das mais relevantes funções existentes em outros sistemas de defesa da concorrência mundo afora: a capacidade de lidar com a questão do poder de controle empresarial de infraestruturas críticas a partir do critério de sua nacionalidade (transformando-se, assim, em órgão eficaz, mas, em verdade, também, em uma das engrenagens da manutenção e reposição do subdesenvolvimento, tornando claro os limites do liberalismo econômico como estratégia institucional para economias subdesenvolvidas).

Um primeiro corte inicia a história do CADE tendo como referência a Constituição de 1934. Pode-se buscar a raiz do atual órgão de defesa da concorrência em experiências anteriores, inclusive em julgados de tribunais judiciais que zelaram, de alguma maneira, pelos tipos de precificação ou pelo impedimento da supressão de fornecimento de produtos. Tal genealogia não será feita aqui. A Constituição de 1934 será o marco didático inicial porque marca um notado grau de autoconsciência na elaboração e auto-refazimento da visão econômica que a sociedade brasileira tem de si própria, buscando explicitamente superar uma fase de hegemonia do discurso liberal. Do ponto de vista da política de concorrência, tal movimento será encarnado na mobilização da "proteção da economia popular" como diretriz da Ordem Econômica, que se estenderá até a edição da Lei 4.137/1962 e de suas "leis irmãs", sob a égide da Constituição de 1946.

Tal momento histórico é marcado pela tomada de consciência da condição periférica e de respostas concretas no mundo da política, que desaguaram em um amplo movimento de tentativa de industrialização, urbanização e defesa dos centros decisórios internos (que tiveram nas figuras de Getulio Vargas e Juscelino Kubitschek seus mais avançados postos de eficácia política), tomando forma institucional em leis como a Lei 4.137/1962 ("Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico"), a Lei 4.131/1962 ("Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior") e a Lei Delegada 4 ("Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a

livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo"). Esse período (que pode ser, em linhas gerais, considerado de "desenvolvimentismo democrático e inclusivo") será interrompido pelo golpe de 1964 e a ditadura militar que se lhe seguiu (que introduz uma matriz que pode ser considerada, também em linhas gerais, como "desenvolvimentista autoritária e excludente").

A ditadura militar, em seu estertor, terá força suficiente para realizar uma transição repleta de filhotes que perdurarão por décadas entre nós, como um fortíssimo oligopólio de comunicações tendo em seu centro o conglomerado Globo, organizações policiais que se militarizaram e tornaram-se adstringentes à defesa dos direitos humanos, uma economia com baixa capacidade de criação e incorporação de inovação tecnológica, a formatação do aparato administrativo brasileiro, a sonegação de informações sobre os crimes cometidos pela ditadura, uma enorme concentração fundiária, o legado de um país com níveis baixíssimos de educação, entre outros. A Constituição de 1988 é, assim, paradoxal e simultaneamente, um desses filhotes, pois, ao mesmo tempo em que é o desaguadouro de tentativas legítimas de mudanças, sua gênese e as forças capazes de tolher seus passos mais significativos (como o "Centrão" de 1986-87) carregam para o futuro o pleno adiamento do acerto de contas com as pulsões que modularam a vida brasileira após 1964.

Do ponto de vista da política de concorrência, sob a Constituição de 1988 haverá a promulgação de, pelo menos, três leis: a Lei 8.158/1991, a Lei 8.884/1994 e a Lei 12.529/2011. Tais diplomas buscam instrumentalizar a política de defesa da concorrência a partir do específico prisma das condições do mercado em que os produtos circulam, não lidando com a nacionalidade dos entes econômicos que ofertam tais produtos (operando as posições de controle financeiro e tecnológico e, portanto, fazendo jus à maior parte da renda). Há uma tendência ideológica a compreender-se a política de defesa da concorrência em termos especificamente liberais, notadamente marcados pelas prescrições do Consenso de Washington, desnutrindo-a de suas ligações com políticas de defesa do mercado interno (como praticado incessantemente pelos EUA, China e União Europeia, os grandes centros do capitalismo mundial no exato momento em que o Brasil abre mão de tal aparato institucional), afirmando-se que as experiências do passado seriam "atrasadas", quando, justamente, são as mais próximas dos mais relevantes *Developmental States* da economia-mundo capitalista.

O verbete abaixo tentar apresentar, em linhas gerais, essa história não linear e característica de nosso subdesenvolvimento: tornar eficaz um órgão quando a política em que ele se insere não interfere – com todas as suas potencialidades – nas questões nucleares da contemporânea disputa econômica mundial.

SUMÁRIO

Introdução 2

1. CADE – primeiro período: Decreto-lei 7.666/1945 – a defesa da concorrência como defesa do povo (construção e bloqueio) 5
2. CADE – segundo período: Lei 4.137/1962 – a defesa da concorrência como soberania nacional e controle das variáveis do desenvolvimento econômico (microssistema nacional-desenvolvimentista, ditadura militar e esvaziamento operacional) 10
3. CADE – terceiro período: Lei 12.529/2011 – a defesa da concorrência como processo econômico e como ideologia neoliberal (eficácia operacional do órgão; desaparelhamento cognitivo da política) 13

Referências 20

1. CADE – PRIMEIRO PERÍODO: DECRETO-LEI 7.666/1945 – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO DEFESA DO POVO (CONSTRUÇÃO E BLOQUEIO)

Para a identificação do primeiro período da história do CADE, podemos ter como pano de fundo a promulgação da Constituição de 1934, que traz o capítulo "Da Ordem Econômica e Social",[1] em que situa a liberdade econômica dos sujeitos de direito

[1] Sobre o tema, conferir BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 33. "A diferença essencial, que surge a partir do 'constitucionalismo social' do século XX, e vai marcar o debate sobre Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não mais pretendem receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. Elas positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos".

dentro dos limites de uma ordem econômica garantidora de existência digna a todos (art. 115) e dispõe sobre o fomento da economia popular (art. 117).[2]

A Constituição de 1937, por sua vez, incorporou o texto do diploma anterior, adensando alguns aspectos: para além da mera previsão do fomento da economia popular, trouxe a figura dos crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o Estado brasileiro (art. 141).

A regulamentação dos crimes contra a economia popular deu-se pelo Decreto-lei 869/1938, que enumerou e especificou os tipos e as penalidades.[3] Observa-se no Decreto-lei dicção que permanece até a mais recente lei antitruste, de 2011, arrolando como condutas ilegais, por exemplo, inutilizar matérias-primas ou produtos de consumo do povo com objetivo de causar alta de preços (art. 2º, I); restringir a concorrência com escopo de aumento arbitrário de lucros por meio acordos, ajustes, consórcios etc.[4] (art. 2º, III; note-se, aqui, a semelhança com o que se considera hoje a conduta de *cartel*); reter

[2] Sobre "economia popular" como fundamento dessa fase da estruturação da política de defesa da concorrência brasileira, conferir, entre outros, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres),* pp. 47-48: "(...) os primeiros dispositivos em prol da concorrência vêm inseridos em um sistema de proteção da economia popular. A origem marcadamente protecionista do consumidor foi mantida até hoje, fazendo com que nossa lei antitruste seja ainda uma das poucas no mundo a conter disposições expressas sobre abuso de preços. (...) Trata-se, sem dúvida, de um grande mérito do legislador brasileiro que, levando em conta a realidade de excessiva concentração econômica, optou por coibir os abusos daqueles que detêm posição de domínio no mercado". Conferir também SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A*, p. 4.

[3] Paula Forgioni identifica a correspondência entre economia popular e a tutela dos consumidores, apontando que 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 do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor". FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, p. 100. A tutela do consumidor não pode ser tomada em acepção individual, pois diferencia-se da dimensão econômica privada e aproxima-se da tutela dos bens jurídicos do povo. Conferir, para sistematização de diferentes acepções de "economia popular", CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*, pp. 56 e 68: "Os objetivos da lei de proteção à economia popular foram explicitados por Campos. (...) Campos pondera que, ao proteger o povo contra os que causam danos à economia popular, a lei permite o 'bom emprego das economias populares'". A pesquisa de Mário CABRAL é, até o momento da redação desse verbete, a mais cuidadosa a respeito da historicidade retórica e institucional de cada um dos períodos da política concorrencial brasileira, sendo o passo natural e obrigatório para os que quiserem se aprofundar na matéria após a presente leitura.

[4] Tullio Ascarelli comenta o dispositivo: "O preceito da lei brasileira não visa apenas os consórcios no sentido mais rigoroso da expressão (ou seja, os convênios que tenham por objeto a disciplina da recíproca concorrência entre empreendedores contratantes), mas qualquer convênio ou ajuste que tenha por finalidade dificultar a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio. Um contrato de comunhão de lucros tem por finalidade última dificultar a concorrência entre os que dele participam (embora não tenha como objeto direto a disciplina da recíproca concorrência) pois que à vista da comunhão de lucros a concorrência carece de qualquer interesse". ASCARELLI, Tullio. Os contratos de cartéis e os limites da sua legitimidade no direito brasileiro. *Ensaios e pareceres*, p. 332.

ou açambarcar matérias-primas, com objetivo de promover alta dos preços (art. 2º, IV); vender mercadorias abaixo do preço de custo, de modo a prejudicar a concorrência (art. 2º, V; conduta próxima à hoje denominada de *preços predatórios*); exercer funções de administração ou gerência de uma ou mais empresas do mesmo ramo, de forma a dificultar a concorrência (art. 2º, VIII; depreendendo-se desse dispositivo preocupações com o que chama-se atualmente de *interlocking directorates* e seus impactos concorrenciais).

Do ponto de vista da aplicação prática, destaque-se o caso envolvendo contratos da *Standard Oil Company of Brazil*, filial do célebre grupo gestado pelo "Barão Ladrão" Rockefeller (cujo objetivo era a verticalização da produção e distribuição do petróleo e cujos métodos foram o massacre de quaisquer concorrentes, por meios considerados ilícitos pelas autoridades estadunidenses). Aqui no Brasil, a filial da gigante petrolífera norte-americana contava com agentes verticalmente relacionados, que possibilitavam a estipulação de preços de revenda e exigência de exclusividade de seus compradores. Ao longo do caso, foi exarado Parecer do Consultor-Geral da República, apontando para a incompatibilidade de tais cláusulas com o Decreto-lei 869. O Tribunal de Segurança Nacional, competente para julgamento da matéria, analisou ainda outros casos, como, por exemplo: (i) em 1940, a destruição de matérias-primas e produtos necessários ao consumo do povo, sob relatoria do juiz Raul Machado; (ii) em 1940, a fixação de preço de revenda de produtos odontológicos; e (iii) a invasão de lavoura localizada na Paraíba, com intuito de provocar a alta de preços.[5]

Percebe-se, por esse relato, que havia apuro técnico do Decreto-lei 869, a ponto de encontrarmos dicções e hipóteses de incidência praticamente idênticas no atual diploma normativo – de 2011 –, bem como a prática de julgamentos que adensavam uma autóctone política de defesa da concorrência.[6]

[5] Conferir, para análise dos julgados perante o Tribunal de Segurança Nacional e sistematização da eficácia do Decreto-lei 869, CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*, pp. 83-93.

[6] Tal diploma não foi o único a tratar de concorrência durante sua vigência. Conferir: ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. *Primeiras linhas de direito econômico*, p. 266. Destaca-se a Lei 244/1936, alterada pelo Decreto-Lei 88/1937, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional como órgão competente para apurar crimes contra a economia popular, e o Decreto Lei 1.176/1939, que "codificou" os crimes contra a economia popular.

O Decreto-lei 7.666, de 1945, a chamada "Lei Malaia", é uma espécie de evolução dessa prática e da consciência sobre as condições de um mercado periférico no sistema mundial, no qual simultaneamente articulam-se duas submissões: (i) a do povo e dos consumidores aos detentores do poder econômico, e (ii) da economia brasileira, periférica, aos países centrais, origem dos grandes conglomerados em fase de expansão internacional. Assim, a experiência burocrática da Consultoria Geral da República e do Tribunal de Segurança Nacional transmutar-se-iam para um novo órgão governamental, a ser responsável pelo combate a trustes e cartéis: a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE.[7]

A "Lei Malaia" foi fruto de projeto elaborado por Agamenon Magalhães, centrando o arsenal combativo do órgão contra o poder econômico estrangeiro, o que foi pessimamente recebido pelos EUA.[8] O diploma sistematizou e criou uma série de competências para a tutela da economia nacional, considerando atos contrários ao interesse da economia nacional (i) aqueles que tivessem por efeito elevar preços, restringir ou suprimir liberdade econômica de outras empresas e influenciar o mercado de modo a constituir um monopólio, "ainda que regional" (art. 1º, I, "a" a "c"); (ii) atos empresariais que pudessem, de alguma forma, atingir os efeitos supramencionados (art. 1º, II e V); (iii) a aquisição de terras por empresas industriais, se viesse a delas resultar a supressão ou a redução de pequenas propriedades e culturas circunvizinhas (art. 1º, III); ou (iv) a paralisação de atividades que resultassem em elevação de preços de produtos ou desemprego em massa (art. 1º, IV). Se a CADE identificasse a ocorrência de alguma dessas infrações, as empresas seriam notificadas pela Comissão, devendo cessar a prática (art. 2º); em caso de recusa de cessação, a Comissão detinha a prerrogativa de decretar intervenção, de modo a lograr o cumprimento da decisão proferida (arts. 3º e 4º). Esse tipo de medida impossibilitaria, provisoriamente, a atuação dos administradores da empresa (art. 3º, § 2º).

A "Lei Malaia" previa hipóteses agravantes dos atos cometidos no art. 1º: em determinadas condições, além de serem atentatórios à economia nacional, deveriam

[7] O Decreto-Lei 869 foi substituído pelo Decreto-Lei 7.666 devido aos esforços do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, que incentivou a criação deste diploma normativo. Conferir: SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A*, p. 6.
[8] Conferir BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e desnacionalização: a experiência brasileira – 1964-1974*, p. 3.

também ser considerados nocivos ao interesse público (art. 5º), caso (i) envolvessem indústrias bélicas ou básicas ou empresas jornalísticas, de tele ou radiodifusão, de divulgação e publicidade (alínea "a"); ou (ii) quando fossem praticados por empresas estrangeiras (alíneas "b" e "c"). Nestes casos, a CADE poderia requerer à Presidência da República a desapropriação das empresas pela União, encaminhando sua decisão e os elementos necessários para decreto de desapropriação (arts. 6º e 7º).

Ademais, inaugurando no ordenamento brasileiro uma espécie de controle prévio de estruturas empresariais, o diploma elencava uma série de setores considerados estratégicos, em relação aos quais determinava a apresentação *ex ante* para apreciação de atos como "fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver": estabelecimentos bancários; empresas de produção ou distribuição de gêneros alimentícios; empresas de seguros e capitalização; empresas de diversos modais de transporte; empresas editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, divulgação e publicidade; indústrias bélicas, indústrias básicas, de interesse nacional; indústrias químicas e correlatas; indústrias de tecidos e calçados; empresas de mineração; empresas de produção e distribuição de instrumentos de trabalho; empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e concessionários de serviços de utilidade pública (art. 8º, "a" a "k"). Contratos entre empresas que se enquadrassem nessas hipóteses seriam considerados nulos na ausência de aprovação prévia.

Para além de tais setores estratégicos, a "Lei Malaia" trazia hipótese de controle de atos lesivos à ordem econômica (em qualquer setor) em que se considerava inválida ampla gama de atos ou ajustes entre agentes econômicos cujo efeito fosse "equilibrar a produção com o consumo", "regular o mercado", "estabilizar preços", "padronizar ou racionalizar a produção" ou "estabelecer uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero (...)" (art. 11, "a" a "e"). Nesta hipótese, a apreciação do ato deveria ser posterior, estipulando-se o dever de apresentação à Comissão em até trinta dias (art. 11, § 1º).

A CADE era subordinada à Presidência da República e presidida pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores (art. 19). Sua composição contava com uma série de representantes de outros órgãos do Governo (indicando a existência de clara percepção da necessidade de articulação entre políticas públicas administradas sob a coerência de uma sistêmica política econômica). Compunham a CADE o Procurador Geral da

República, o Diretor Geral da CADE, um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, um representante do Ministério da Fazenda, um representante das "classes produtoras e distribuidoras" e um "técnico em economia de comprovada idoneidade e competência" (art. 20, "a" a "f").[9]

O Decreto-lei 7.666/1945 foi exarado no dia 22 de junho de 1945. O então presidente Getulio Vargas foi deposto em 29 de outubro do mesmo ano, tendo como razão central justamente sua política de defesa da economia nacional, notadamente o poder de controle brasileiro sobre o petróleo e as políticas de superação do subdesenvolvimento, que envolviam a criação de empresas e órgãos estatais como a Petrobras, a Eletrobras e a CADE.

As forças submissas e articuladas aos EUA, fortalecendo a defesa do Brasil como mercado consumidor de industrializados e fornecedor de matérias primas, depuseram o Presidente, tendo assumido, no dia seguinte, José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal. Apenas dez dias depois, no dia 9 de outubro, a "Lei Malaia" foi revogada pelo Decreto-lei 8.167/1945.

2. CADE – SEGUNDO PERÍODO: LEI 4.137/1962 – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO SOBERANIA NACIONAL E CONTROLE DAS VARIÁVEIS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (MICROSSISTEMA NACIONAL-DESENVOLVIMENTISTA, DITADURA MILITAR E ESVAZIAMENTO OPERACIONAL)

Após a supressão em 1945 do Decreto-lei 7.666/1945, as forças que criaram a CADE trabalharam arduamente para reconstituir a política de defesa da concorrência, conscientes de que essa era uma luta que contava com duros adversários, principalmente pelo conteúdo de desenvolvimento nacional e anti-imperialismo coagulada em tal política. A Constituição de 1946 acolheu o termo "abuso do poder econômico", em seu

[9] A atual Lei de Defesa da Concorrência determina a composição do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE por profissionais com "notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada" (art. 6º, da Lei 12.529/2011). A coerência de diferentes políticas públicas praticadas no Estado é – muito embora nem sempre ocorra – também um dever jurídico do atual CADE, conferir: BERCOVICI, Gilberto. Defesa da concorrência e proteção à propriedade intelectual: compatibilização entre a política concorrencial e as demais políticas públicas. *Direito econômico aplicado: estudos e pareceres*. pp. 393-408.

art. 148, fundamento da legislação antitruste infraconstitucional.[10] Tal expressão, considerada "fórmula-síntese" do combate a formas de monopólio e trustes,[11] foi capitaneada pelo incansável Agamenon Magalhães, que identificou a origem histórica do dispositivo constitucional na fulminada – e perseguida até sua morte –"Lei Malaia", a qual teve, nos dizeres de seu propugnador, a virtude de conscientizar a população brasileira acerca da necessidade de "defesa da economia nacional".[12]

A Lei 4.137/1962 encontra no art. 148 da Constituição de 1946 o fundamento constitucional de sua legitimidade normativa. A repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º), entendido como uma série de condutas enumeradas no art. 2º, é seu norte. Dentre tais condutas, destacam-se a dominação de mercados nacionais ou eliminação, total ou parcial, da concorrência (inciso I), por meio de ajustes e coalizões entre empresas (alíneas "a", "c"); as aquisições de ações e cotas ou diversas formas de concentração empresarial de ações ou quotas (alíneas "b" e "d"); as acumulações de direção de mais de uma empresa (I, "e", em que se vislumbra a preocupação com o poder de controle); a cessação parcial ou total de atividades de empresas e a criação de dificuldades à constituição ou desenvolvimento de empresa (alíneas "f" e "g") (neste inciso I identifica-se a coincidência entre o controle de estruturas e o controle de condutas, na atualidade distintos na legislação antitruste).

Eram considerados abusos a elevação de preços com objetivo de aumentar arbitrariamente lucros (inciso II); a provocação de elevações temporárias de preços por meio de atos que dificultassem a atividade empresarial de terceiros (inciso III); a formação de grupos econômicos por meio da discriminação de preços entre compradores e vendedores ou da subordinação de venda de um bem à aquisição de outro (inciso IV);

[10] Conferir, sobre a evolução das diferentes dicções da política concorrencial nas Constituições brasileiras, ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. *Primeiras linhas de direito econômico*, pp. 261-262.
[11] *Idem*, p. 333.
[12] Benjamin Shieber transcreve o próprio Agamenon Magalhães: "Veio o golpe de 29 de outubro e o decreto-lei foi revogado. O movimento de opinião que se fêz, entretanto, em tôrno dele assumiu tal intensidade que eu ainda agora me felicito de ter tido a sua iniciativa, porque o problema foi colocado em suas bases; e o povo brasileiro, naquela oportunidade, tanto se interessou pelo problema, que os juristas e políticos não puderam negar a evidência da necessidade de uma lei de defesa da economia nacional. Êsse movimento projetou-se de tal forma que acabou sendo cristalizado na Constituição de 1946, art. 148. A Constituinte de então, no Capítulo Ordem Social e Econômica, consagrou a norma, em virtude da qual o legislador ordinário poderá reprimir tôda e qualquer forma de abuso do poder econômico". Conferir SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A*, p. 7.

e, finalmente, a concorrência desleal por meio de exigência de exclusividade de propaganda publicitária ou combinação prévia de preços em concorrências públicas (inciso V).

Para empreender a repressão ao abuso do poder econômico, foi criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (art. 8º), cuja nomenclatura perdura até os dias de hoje. O Conselho seria, de acordo com o diploma, composto por um Presidente e outros quatro membros, nomeados pela Presidência da República, escolhidos "dentre brasileiros, maiores de trinta anos, de notório saber jurídico ou econômico e de reputação ilibada" (art. 9º). As competências do Conselho incluíam a investigação, apuração e repressão do abuso do poder econômico, bem como a articulação com outros órgãos do Executivo Federal, para solicitar providências ao cumprimento da Lei antitruste. Os institutos de desapropriação de empresas (art. 17, "p") e de intervenção (art. 17, "j" e "k") permaneceram no arcabouço normativo concorrencial. O primeiro servia à União em casos de impossibilidade de "normalização da atividade econômica da empresa" (art. 61), e o segundo deveria ser empregado na hipótese de recusa de cumprimento de decisão do Conselho (art. 45, § 1º). O CADE dispunha de competência para fiscalizar empresas estatais, incluindo a gestão econômica e a contabilidade (art. 18).

A Lei 4.137/1962 conjugava-se com a Lei 4.131/1962, que disciplinava o capital estrangeiro no Brasil e a Lei Delegada 4, vertida à garantia do abastecimento interno: entre a edição da Lei antitruste e a Lei do capital estrangeiro repousavam apenas sete dias de diferença. Criou-se, com a edição dos três diplomas simultâneos, um microssistema jurídico nacional-desenvolvimentista no qual se inseria a política de defesa da concorrência: combate ao poder econômico e ao esvaziamento da economia brasileira, quer por meio do envio massivo de reservas ao exterior ou da supressão de oferta interna. O golpe de 1964, tal qual o golpe que depôs Vargas, operou uma reversão de tais políticas.

A Lei 4.137/1962 vigorou ao longo do regime ditatorial, recepcionada "formalmente" pelas Constituições de 1967 e 1969.[13] Descolada de seu ambiente original e erodido o microssistema legislativo em que se inseria, a Lei de 1962 não apresentou a

[13] Conferir: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, pp. 29-30. "A razão da pouca importância dada ao CADE e à legislação antitruste no Brasil nas décadas de 1960 e 1970 é simples: a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados".

eficácia que prometia, e a primeira condenação só veio a se cumprir em 1974, quando foi punida uma subsidiária da Pepsi, no episódio que veio a ser denominado "a guerra das garrafas".[14] Antes disso, em 12 anos, apenas 12 processos haviam sido julgados.

Entre 1975 e 1976 foram realizados quatorze julgamentos, período em que ocorreu a segunda condenação pelo CADE. Tal condenação consistiu na imposição de sanção a empresas multinacionais atuantes no setor de pneus, que teriam incorrido na conduta de discriminação de preços entre distribuidores. Após esse pico de atividade, o CADE retornou à inoperância que se tornara habitual. Estima-se que, entre 1974 e 1984, tenha ocorrido a instauração de cerca de uma centena de averiguações preliminares e setenta processos administrativos, dos quais apenas trinta e seis foram concluídos. Dentre os trinta e seis casos julgados, constavam sete condenações, sendo apenas duas delas cumpridas, em razão de revisões judiciais.[15]

A ditadura militar interrompeu a consolidação de um processo de industrialização com inclusão social, capitaneado por figuras como Juscelino Kubitschek, San Tiago Dantas, Mario Wallace Simonsen, Celso Furtado, Anísio Teixeira, Darcy Ribeiro e tantos outros. Interrompeu também a criação e consolidação de uma política de defesa da concorrência conjugada com desenvolvimento nacional autônomo, objeto do microssistema criado em 1962, com o CADE em seu centro.

3. CADE – TERCEIRO PERÍODO: LEI 12.529/2011 – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO PROCESSO ECONÔMICO E COMO IDEOLOGIA NEOLIBERAL (EFICÁCIA OPERACIONAL DO ÓRGÃO; DESAPARELHAMENTO COGNITIVO DA POLÍTICA)

A política de defesa da concorrência após o final formal da ditadura foi "revitalizada", com o CADE em seu núcleo, como um órgão com bastante eficácia operacional.

---

[14] Conferir: COMPARATO, Fábio Konder. Depósito. Na venda de bebidas engarrafadas, o negócio concernente aos vasilhames não é compra e venda nem mútuo, e sim depósito. Concorrência desleal. Ocorre quando uma empresa distribuidora de refrigerantes adquire grandes quantidades de vasilhames de empresa concorrente para destruí-los ou retirá-los de circulação. *Doutrinas essenciais de direito empresarial*.

[15] Conferir: NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência: o CADE (1962-1994)*, pp. 57 e ss. Para um ementário de decisões e compilação de votos, conferir: MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. *O abuso do poder econômico: apuração e repressão*; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Poder econômico: exercício e abuso,* pp. 17-428.

Houve previsão Constitucional, edição de Leis específicas, busca de eficácia social para tais diplomas, mediante reforço administrativo e financeiro do órgão, compreensão por parte dos grupos econômicos de que estavam lidando com um órgão capaz de impingir-lhes danos patrimoniais e reputacionais, reconhecimento da qualidade do CADE por parte de autoridades e redes internacionais, trabalhos acadêmicos e crescimento da área em escritórios de advocacia privados.

Entretanto, essa eficácia operacional do órgão – que não havia sido alcançada nos dois períodos anteriores – veio acompanhada de um redução cognitiva da política de concorrência, derivada de dois fatores principais: (i) a captura da política de defesa da concorrência por uma ideologia filhote do neoliberalismo, que, no Brasil, transforma a concorrência em sinônimo de "livre mercado e abertura comercial", (a) sem mediação temporal, (b) sem preocupação com a nacionalidade dos atores, (c) sem preocupação com a chamada "concorrência dinâmica ou schumpeteriana", e (d) desatrelada do programa Constitucional brasileiro;[16] e (ii) a falta de percepção de que os sistemas de defesa da concorrência dos países mais dinâmicos da economia-mundo contam com pelo menos duas funções nitidamente estruturadas: (a) de um lado a manutenção interna das condições de concorrência, preocupada com a capacidade de os agentes já localizados exercerem seu poder de mercado e, assim, distorcerem a alocação de recursos dos consumidores e demais ofertantes para o detentor do poder de mercado e, de outro, (b) a defesa da nacionalidade dos integrantes do mercado contra os concorrentes estrangeiros.

A Constituição de 1988 consagra uma Ordem Econômica que visa à superação do subdesenvolvimento brasileiro, com diversos objetivos normativos para as relações materiais da economia, como os previstos no art. 3º: "I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II– garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." Tais objetivos especificam-se com os *fins* nomeados pelo art. 170, *caput*: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. O mercado

[16] Sobre os riscos do transplante acrítico de modelos institucionais e culturais, conferir Eros Grau e Paula Forgioni: "A indiscriminada transposição de teorias e modelos pode mostrar-se inadequada e mesmo perigosa, colocando em risco a efetividade e a eficácia da legislação brasileira, conduzindo-nos por caminhos incompatíveis com nosso direito". GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. Lei antitruste e leis que autorizam práticas restritivas da concorrência. *O Estado, a empresa e o contrato*, p. 189.

interno, nos termos do art. 219 do diploma maior, é considerado "patrimônio nacional" e funcionalizado para os objetivos do bem-estar da população, seu desenvolvimento cultural e a autonomia tecnológica do Brasil.

Tais fins têm à sua disposição diversos instrumentos, como os próprios princípios do art. 170, que apontam caminhos que –eventualmente contraditórios entre si – devem ser harmonizados, tornando-se pautas de concretização e espaços para a criação de práticas, políticas e instituições para a concretização do disposto no conjunto articulado dos arts. 3º, 219 e 170: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para pequenas empresas.[17] Dentre os instrumentos constitucionalmente determinados para servir aos fins constitucionais, inclui-se dispositivo que determina a repressão do abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º).[18]

Nessa perspectiva, os diplomas normativos que organizam a política de defesa da concorrência devem servir à concretização do programa constitucional de desenvolvimento, que funcionaliza e harmoniza todas as políticas públicas no sentido de sua materialização.

Sob a égide da Constituição de 1988, foi promulgada a Lei 8.158/1990, que coexistiu com a Lei 4.137/1962 e instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE). Tal lei teve sua vigência encurtada, dada a edição da Lei 8.884/1994, que

[17] Conferir entre outros, os comentários de ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. *Primeiras linhas de direito econômico,* p. 249: "(...) o Estado passou a traçar e comandar, de modo mais ou menos intenso, a Política Econômica do País, da qual é co-participante direto, ao lado dos particulares. Em verdade, assume, também em relação a estes, a função de disciplinar as atividades econômicas. Assim, o Poder Econômico Público incumbe-se do controle e da orientação do Poder Econômico Privado, enquadrando-o nos parâmetros da 'Política Econômica' traçada de acordo com os princípios da 'ideologia' constitucionalmente estabelecida". Conferir também: COMPARATO, Fábio Konder.O Indispensável direito econômico. *Ensaios e pareceres de direito empresarial,* p. 463.

[18] Conferir, entre outros, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres), p. 49*: "A Constituição de 1988 e a Lei 8.884, de 1994 (...) [disciplinam] um verdadeiro código de conduta para os detentores de posição dominante. Assim é que a Constituição tem como ilícito concorrencial central o abuso de poder econômico (art. 173, §4º, CF). A lei, por outro lado, estabelece uma série de deveres de comportamento para o detentor de posição dominante, que vão desde a proibição da prática de preços abusivos até a recusa de contratar. Esses ilícitos constituem o chamado abuso de posição dominante (art. 20, IV, da Lei 8.884/1994)".

enuncia a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. A partir deste diploma, a política de defesa da concorrência foi operacionalizada de forma sistemática pelo CADE, que ganhou operacionalidade prática, dotou-se de procedimentos internos e alcançou considerável margem de reconhecimento por parte dos atores econômicos. Tal processo de adensamento institucional levou à edição de um novo diploma normativo, a Lei 12.529/2011, promulgada quase duas décadas após a lei de 1994.

Há algumas diferenças entre a Lei 8.884/1994 e a Lei 12.529/2011, como, por exemplo, em relação à estrutura institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ou os procedimentos internos do CADE. Sob a égide do primeiro diploma, o SBDC era composto pelo CADE e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), ambos integrantes do Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda. Ambas as Secretarias exaravam Pareceres que instruíam o julgamento do CADE. Na prática, a SDE especializara-se em investigações e persecuções de infrações da ordem econômica, enquanto a SEAE centrava suas atenções no controle de operações entre empresas. A partir da Lei 12.529, a SDE foi extinta, tendo sido criada uma competência interna ao CADE, a Superintendência-Geral do CADE – SG, que funciona como espécie de "primeira instância" perante o Tribunal do CADE, sendo responsável por instruir casos e exarar Pareceres, no âmbito de controle de condutas, e, no âmbito do controle de estruturas, (i) aprovar sem restrições, ou sugerir ao Tribunal (ii) a reprovação ou (iii) a implementação de restrições para sua aprovação. Os procedimentos de atuação do CADE em sede de Atos de Concentração também foram alterados: na Lei 8.884/1994, notificavam-se operações, respeitados requisitos especificados em Lei, em até quinze dias após sua celebração (controle *ex post*); a Lei 12.529/2011 instituiu o controle prévio (controle *ex ante*) de atos de concentração, que, se não realizado, implica possibilidade de nulificação dos atos jurídicos perpetrados.[19]

[19] "Art. 88. (...). § 3º) Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei."

Segundo informações disponibilizadas pelo CADE referentes a 2015, 403 atos de concentração foram apreciados, dos quais 385 foram aprovados sem restrições pela Superintendência Geral e 18 submetidos ao Tribunal; desses 18 atos de concentração, 2 foram arquivados, sete foram aprovados devido à celebração de Acordos em Controle de Concentração – ACCs, 8 foram aprovados sem restrições e apenas um reprovado. Em 2016, foram julgados pelo Conselho 305 Atos de Concentração, dos quais 293 foram aprovados sem restrições no âmbito da Superintendência Geral e 12 foram apreciados pelo Tribunal; desses 12, 2 foram arquivados, 4 foram aprovados com restrições (dentre os quais houve celebração de Acordos em Controle de Concentração – ACCs em duas operações) e 5 foram aprovados sem restrições. Não houve nenhuma reprovação no ano de 2016. Em 2017 ocorreram reprovações rumorosas, como a do "caso Kroton" (setor educacional) e do caso "Ale" (setor de combustíveis). O "caso Kroton" tratava de concentração orçada na casa dos 30 bilhões de reais. O CADE, sob a égide da Lei 12.529/2011 e com as recentes reprovações, bem como uma série de condenações em casos de conduta, como o "Cartel do Cimento" e outros, parece ter entrado em uma fase de plena capacidade operacional.

Esse ganho de eficácia operacional por parte do CADE, entretanto, ocorre simultaneamente à diminuição da capacidade cognitiva da política de defesa da concorrência brasileira como um todo. O CADE tornou-se um órgão eficaz, mas sua atuação se dá no âmbito de uma política de defesa da concorrência que foi propositadamente manietada, tornando-se claramente inferior, em termos de alcance, em relação às políticas de defesa da concorrência dos países centrais.

Como se sabe, a defesa da concorrência norte-americana é operada, pelo menos, por três macro-organismos: o *U.S. Department of Justice – DoJ* (responsável pela persecução de crimes, inclusive os contra a economia), a *Federal Trade Commission – FTC* (cujo foco é a tutela dos consumidores e a repressão e prevenção contra condutas anticoncorrenciais) e o *Committee on Foreign Investment in the United States – CFIUS*, que analisa a pertinência de investimentos estrangeiros em companhias estadunidenses e a probabilidade de ameaça à sua soberania econômica advinda de tais investimentos.[20] O

[20] Segundo David Bailey, o argumento da segurança nacional é o fundamento para diversas limitações aos investimentos diretos estrangeiros na economia nacional norte-americana. "Although the U.S. is generally characterized as having retained a 'liberal' regime, the shift towards potential or 'pre' screening, combined

CFIUS analisa a concorrência e as concentrações a partir do prisma do controle dos ativos investidos e do interesse nacional dos EUA, sendo uma espécie de "CADE da soberania econômica norte-americana".

O Estado chinês, gerenciado pelo Partido Comunista Chinês – PCC, de modo altamente intervencionista, tem diversos mecanismos semelhantes, e, por meio de suas estatais, está adquirindo ou pretendendo adquirir o controle de inúmeros setores econômicos em outros Estados, como o Brasil[21] ou a União Europeia, o que levou, por exemplo, à seguinte reação, noticiada no jornal Valor Econômico em 14 de agosto de 2017:

> "EU vai ampliar seu controle sobre aquisição de empresas. A União Europeia (UE) vai pedir uma verificação mais rigorosa das aquisições de empresas locais por estrangeiros, numa tentativa de aplacar o temor crescente com o aumento dos investimentos chineses nos setores de energia, infra-estrutura e alta tecnologia no bloco. Jean-Claude Juncker, presidente da Comissão Europeia, deverá anunciar medidas num discurso em setembro, para preencher lacunas na legislação da EU, em comparação com os EUA e outras grandes economias, na verificação de aquisições por estrangeiros em setores estratégicos (...). A questão ganhou força na agenda política da EU por causa dos temores crescentes de que a China possa estar obtendo uma vantagem tecnológica por comprar *know how* europeu, ao mesmo tempo em que restringe muito a participação dos investidores da EU em seu mercado doméstico. (...) A Comissão dos Investimentos Estrangeiros dos EUA

with a *de facto* broadening of the definition of national security over time, is in contrast with moves in other developed countries towards liberalization and the dismantling of screening mechanisms". BAILEY, David. U.S. policy towards inward FDI: CFIUS and extension of the concept of "National Security". *The journal of world investment*: *law, economics, politics*, pp. 867-891. Sobre a diminuição dos investimentos estrangeiros em solo norte-americano após a Emenda Exon-Florio ao *Defense Production Act* de 1950, conferir: KANG, Eliot. U.S. Polities and greater regulation of inward foreign direct investment. *International organization*, pp. 301-333. Sobre a emenda Exxon-Florio, ver Gabriel FURTADO: "A emenda pode ser vista como verdadeiro divisor de águas na história do CFIUS. Acima de tudo, ela confere ao Presidente dos EUA a prerrogativa de proibir fusões ou aquisições que representem a assunção, por agente estrangeiro, do controle de empresas engajadas em comércio interestadual em solo Americano e que possam, de alguma forma, ameaçar sua segurança nacional, condicionando este juízo de proibição à comprovação (i) da inexistência ou inadequação de outra lei para a proteção da segurança nacional dos EUA; e (ii) da existência de 'indícios fortes' (*credible evidence*) de que tais investimentos fossem, de fato, ameaçar a segurança nacional". FURTADO, Gabriel. Regulação do mercado interno e do investimento estrangeiro: análise funcional do CFIUS. *Revista direito & práxis*, nº 16, vol. 7, pp. 561-609.

[21] A China Conquista o Brasil – Os investimentos chineses por aqui já chegam a R$ 100 bilhões. Das commodities à tecnologia, o gigante asiático está fincando suas garras na industria nacional, como parte de um objetivo maior: ditar as regras da globalização. *IstoÉDinheiro*, reportagem de capa, 09.08.2017.

> (CFIUS), há muito vem vetando propostas de aquisições, tendo já impedido efetivamente investimentos de empresas como a Huawei, fabricante chinesa de equipamentos de telecomunicações."

Na contramão desse movimento realizado pelos EUA, pela União Europeia ou pela China, a política brasileira de defesa da concorrência apresenta um notável *déficit* cognitivo em relação à defesa do interesse nacional. Além de não dispor de mecanismos explícitos que obriguem à investigação sobre a nacionalidade do controle e os impactos sobre a desnacionalização dos centros decisórios de nossa economia, alguns mecanismos que operacionalizavam a capacidade de criação de conglomerados que pudessem ser considerados de interesse nacional também foram eliminados. A Lei 8.884/1994, art. 54, § 2º, facultava a aprovação de atos de concentração potencialmente lesivos à concorrência, desde que necessários por motivos "preponderantes da economia nacional e do bem comum", contanto que não trouxessem prejuízos ao consumidor ou usuário final, com fundamento Constitucional nos supracitados arts. 3º, 219 e 170, além da própria dicção original do art. 171[22] (futuramente alterada pela Emenda Constitucional 6/1995).[23] A Lei 12.529/2011 suprimiu a menção ao interesse da economia nacional. A "válvula de escape" para aprovação de atos de concentração potencialmente lesivos à concorrência passou ser a justificativa de aumento de eficiência, por meio do aumento de produtividade ou competitividade, melhoria da qualidade de bens ou serviços ou eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, desde que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (art. 88, § 6º, I e II).

---

[22] "Art. 171. (...) §1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:
I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;
II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:
a) a exigência de que o controle referido no inciso II do 'caput' se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;
b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.
§2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional."

[23] Não há consequências jurídicas automaticamente advindas de tal revogação, dado que a proteção da economia nacional, nos moldes praticados pelos EUA, China ou UE, encontra guarida em outros dispositivos da Constituição, de forma expressa, como no art. 219 ("O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal"), ou sendo depreendida sistemicamente da matriz constitucional.

A ausência de mecanismos para inquirir a questão da nacionalidade e suas inúmeras implicações ou a supra-referida alteração são reveladoras da "vergonha" em defender o interesse nacional como pauta interna à política brasileira de defesa da concorrência, que passa a ser ofertada como se o foco de tal política devesse ser exclusivamente o poder de mercado dos atores, e não sua nacionalidade; essa seria uma leitura "moderna", "liberal" e "atraente aos investidores" da política de defesa da concorrência. Na verdade, como se viu, essa "vergonha" em defender o interesse nacional é típica da mentalidade subdesenvolvida. Os países centrais ou os em processo de elevação de sua posição na hierarquia mundial, como a China, não apresentam qualquer vergonha em defender o controle de sua economia em mãos nacionais, de modo dissimulado ou explícito. Sua política de defesa da concorrência subordina-se à sua política de desenvolvimento nacional.

Como se vê, os dois momentos anteriores do CADE, mesmo sem eficácia plena, tinham mais capacidade de dar resposta aos grandes desafios do Brasil do que o atual diploma e sua prática diária. Talvez seja a hora de abrir um quarto período na história do CADE e da política de defesa da concorrência brasileira, incorporando os exemplos dos nossos Mestres do passado e dos grandes países do presente.

REFERÊNCIAS

A China Conquista o Brasil – Os investimentos chineses por aqui já chegam a R$ 100 bilhões. Das commodities à tecnologia, o gigante asiático está fincando suas garras na industria nacional, como parte de um objetivo maior: ditar as regras da globalização. *IstoÉDinheiro*, reportagem de capa, 09.08.2017.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 1999.

ASCARELLI, Tullio. Os contratos de cartéis e os limites da sua legitimidade no direito brasileiro. *Ensaios e pareceres*. Campinas: RedLivros, 2000.

BAILEY, David. U.S. policy towards inward FDI: CFIUS and extension of the concept of "national security". *The journal of world investment*: *law, economics, politics*, v. 4, 2003.

BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e desnacionalização: a experiência brasileira – 1964-1974*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

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

_____. Defesa da concorrência e proteção à propriedade intelectual: compatibilização entre a política concorrencial e as demais políticas públicas. *Direito econômico aplicado: estudos e pareceres*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

CABRAL, Mário André Machado. *Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Depósito. Na venda de bebidas engarrafadas, o negócio concernente aos vasilhames não é compra e venda nem mútuo, e sim depósito. Concorrência desleal. Ocorre quando uma empresa distribuidora de refrigerantes adquire grandes quantidades de vasilhames de empresa concorrente para destruí-los ou retirá-los de circulação. *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. Arnold Wald (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O indispensável direito econômico. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FURTADO, Gabriel. Regulação do mercado interno e do investimento estrangeiro: análise funcional do CFIUS. *Revista direito & práxis*, nº 16, v. 7, 2016.

GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. Lei antitruste e leis que autorizam práticas restritivas da concorrência. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

KANG, Eliot. U.S. Polities and greater regulation of inward foreign direct investment. *International organization*, nº 2, v. 51, 1997.

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

NAVARRETE, Pedro Henrique. *As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência: o CADE (1962-1994)*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro (Dissertação de Mestrado), 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.