

**O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência:
estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração**

Igor Voronkoff ¹

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar as alterações trazidas pela nova lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/11, com enfoque principal na sua estrutura administrativa e no procedimento de análise prévia dos atos de concentração, realizando-se um estudo sob o viés legalista. Com efeito, analisam-se as vantagens e desvantagens que o novo diploma legal acarretou ao direito antitruste e à atuação do principal órgão de defesa da concorrência no país. Neste sentido, são demonstrados dados empíricos do primeiro ano de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e os resultados que as alterações propostas pela Lei nº 12.529/11 trouxeram. Portanto, o presente estudo possibilita uma melhor compreensão da atuação dos órgãos antitruste e do procedimento que envolve as operações de concentração de mercado, além de demonstrar as vantagens e desvantagens que permeiam o sistema antitruste atual.

Palavras-chave: Nova lei de defesa da concorrência. Lei nº 12.529/11. Alterações estruturais administrativas. Procedimento prévio para análise dos atos de concentração. JEL Codes: *K21; L4*.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze the changes introduced by the new law of the Brazilian Antitrust System - Law No. 12.529/11, with main focus on its administrative structure changes and in the analysis prior of the merger procedure, performing a study under a legalistic bias. Indeed, it analyzes the advantages and disadvantages that the new law led to the whole antitrust system and to the *modus operandi* of the main Brazilian institution to protect competition in the country. In this sense, empirical data from the first year of operation of the Conselho Administrativo de Defesa Econômica and the results that the proposed amendments by Law No. 12.529/11 brought are demonstrated. Therefore, this study provides a better understanding of the role of antitrust agencies and the procedure that involves the operations of market concentration, as also demonstrate the advantages and disadvantages that permeate the current antitrust system.

Keywords: New Antitrust Law. Law No. 12.529/11. Administrative structural changes. Previous Procedure to mergers analysis.

¹ Pós-graduando em Direito Empresarial na GV Direito SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Advogado. E-mail: i.voronkoff@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 2.1. Estrutura administrativa. 2.2. As formas de atuação preventiva e repressiva do CADE. 3. Nova lei de defesa da concorrência: vantagens ou desvantagens? 4. Conclusão. 5. Referências.

“A creative man is motivated by the desire to achieve, not by the desire to beat others.”
(Ayn Rand)

1. Introdução

Com a publicação e entrada em vigor da nova lei de defesa da concorrência brasileira – Lei nº 12.529 de 2011 e revogação da legislação anterior – Lei nº 8.884 de 1994, diversas alterações e inovações foram realizadas a fim de aprimorar, ainda mais, o arcabouço jurídico-normativo do direito da concorrência ou direito antitruste brasileiro. Com efeito, os legisladores tem se esforçado para aperfeiçoar o sistema concorrencial do Brasil, seguindo a linha dos sistemas internacionais.

O direito da concorrência ou direito antitruste, se reveste num conjunto de normas e princípios que se põem como garantias para sustentar o mercado brasileiro interno e mantê-lo escudado de possíveis condutas anticompetitivas, perpetradas pelos agentes econômicos que ali atuam, tendo como suas vigas mestras os preceitos constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. Como veículo motor dessas normas, os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atuam de forma preventiva, repressiva e educativa, em prol do mercado, dos consumidores e da economia nacional.

Com efeito, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é o principal órgão atuante no direito antitruste, acompanhado da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.

É neste sentido que o presente estudo tem por escopo principal estudar a nova estrutura administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o novo procedimento de análise prévia dos atos de concentração e as mudanças implementadas nos requisitos para a notificação das operações concentracionistas.

No tocante à estrutura administrativa, será exposta a sua composição atual e a da lei anterior, traçando um paralelo entre as duas estruturas e apontando as possíveis vantagens e desvantagens advindas das novas alterações. Quanto ao procedimento para análise dos atos de concentração, será estudada a novidade do caráter prévio, imposto a esse procedimento pela nova lei, bem como se apontará as críticas que a doutrina especializada tecia quanto ao sistema antigo. Ademais, serão abordados os novos requisitos valorativos para as notificações das operações de concentração, dentre outras peculiaridades atinentes aquele procedimento.

Por derradeiro, serão abordadas as principais vantagens e desvantagens que surgiram com a realização das modificações trazidas pela Lei nº 12.529/11, mostrando a situação atual da atuação repressiva e preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por meio de dados coletados sobre o primeiro ano de vigência da lei.

2. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência

O presente tópico tem por escopo, num primeiro momento, analisar as alterações estruturais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que ocorreram com a publicação e vigência da Lei nº 12.529/11, limitando-se o estudo a expor as alterações no corpo administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e dos demais órgãos que integram o SBDC.

Em um segundo momento, se procederá ao estudo do novo critério para aplicação das multas e do novo procedimento aplicado aos atos de concentração empresarial, apontando as principais diferenças entre a Lei nº 8.884/94 e a nova lei, dando um maior enfoque nas alterações do sistema de notificação prévia e os valores que lhe foram atribuídos. Por fim, será feita uma exposição acerca do foco de atuação do CADE que vem sendo criticado pela doutrina desde a vigência da lei anterior e que agora tomará novos rumos.

2.1 Estrutura administrativa

A Lei nº 12.529/11 originou-se do Projeto de Lei nº 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, foi sancionada e publicada pela presidenta Dilma Rousseff em 30 de novembro de 2011 e entrou em vigor em 29 de maio de 2012.

Acerca da data inicial de sua eficácia, houve certo dissenso. Isto porque, ocorreu uma retificação formal, que acarretou sua republicação em 02 de dezembro de 2011, assim, alguns doutrinadores afirmam que o início de sua eficácia se deu em 30 de maio de 2012. Contudo, no viés material, nada foi alterado, entendendo-se, desse modo, que a data de sua entrada em vigor, foi, realmente, 29 de maio de 2012.²

Com a sua vigência, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi totalmente reestruturado. Seu “esqueleto” administrativo foi modificado, visando o aprimoramento, eficiência e celeridade nas investigações e julgamento das condutas anticompetitivas, e nas análises das operações concernentes à concentração de empresas.

O art. 1º formaliza o uso do termo “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, e tem como objetivo transmitir a ideia de que os órgãos que integram o aparelho antitruste devem formar um “sistema coeso, com mecanismos de articulação institucional bem definidos, de maneira que formem um todo coerente, e não partes desarticuladas entre si”.³

Com efeito, unificaram-se as tarefas de investigação e julgamento em uma única autarquia federal (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com vistas a uma atuação mais célere e eficiente do SBDC. Sem embargos, na vigência da lei anterior os processos tramitavam em três órgãos distintos, quais sejam, a Secretaria de Defesa Econômica - SDE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE e o CADE, os chamados “três guichês”, o que acarretava uma “multiplicação de pareceres completamente anacrônica e excessivamente burocrática”.⁴ Desta forma, a nova estrutura responde às críticas que eram tecidas contra a Lei nº 8.884/1994, “que previa a existência de três guichês para análise e julgamento – SEAE, SDE e CADE –, o que era visto como desnecessária multiplicação de esforços e ineficiente”.⁵

Num primeiro momento, e sob a égide da lei anterior, a SDE (órgão vinculado ao Ministério da Justiça), em âmbito de antitruste, era a responsável por investigar os

² ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 360.

³ ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 13.

⁴ BRASIL, Voto do Relator, Deputado Ciro Gomes no Projeto de Lei nº 3937, de 07 de julho de 2004. p. 21. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

⁵ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

atos contra a concorrência, sua instrução processual, bem como analisar os atos de concentração que seriam submetidos ao CADE. Isso se dava por meio da instauração de um processo administrativo, juntamente com o parecer respectivo, os quais posteriormente seriam remetidos ao Conselho, instância final e julgadora. Destarte:

Quando há uma denúncia de uma prática anticompetitiva ou representação por parte de qualquer pessoa ou empresa, ou até mesmo a partir de uma suspeita da própria Secretaria (neste caso, uma representação *ex officio*), a SDE pode determinar a abertura de procedimento de averiguação preliminar e/ou de processo administrativo para investigar se a prática denunciada configura-se como infração à ordem econômica. Trata-se basicamente de um procedimento de investigação, onde a SDE recolhe documentos, realiza pesquisas e descreve os fatos.⁶

Por sua vez, a SEAE (órgão do Ministério da Fazenda), quanto aos casos de condutas anticoncorrenciais, era informada pela SDE acerca da investigação que se procedia e querendo, podia emitir parecer, antes de o processo administrativo ser remetido ao CADE. No tocante às operações de concentração, auxiliava a SDE, através da realização de estudos e relatórios, sendo obrigatória a emissão de parecer.⁷

Hoje, com as alterações estruturais introduzidas pela Lei nº 12.529/11, a SDE se tornou a superintendência-geral (SG), órgão integrante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sendo as atribuições de investigação, instrução e decisão, acerca dos processos administrativos, exercidas unicamente pelo mesmo (CADE). Desta forma, “a reestruturação sana as deficiências do sistema anterior, em que havia sobreposição de tarefas entre três agências distintas”.⁸ Neste sentido:

[...] o novo modelo institucional adotado pela Lei, ao concentrar as principais funções em um único órgão, o CADE, racionalizará as atividades e trará ganhos de eficiência e escala ao SBDC, evitando-se as repetições de funções anteriormente encontradas na Lei 8.884/1994 entre SEAE, SDE e CADE. É de se esperar, portanto aumentos de intensidade e qualidade na aplicação da Lei a partir dos ganhos que deverão surgir com atuação do “novo-CADE”. Essa é uma das maiores novidades desta Lei.⁹

⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. rev. e bil. São Paulo: CIEE, 2007, p. 14.

⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. rev. e bil. São Paulo: CIEE, 2007, p. 16.

⁸ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. A Lei 12.529/11: nova lei do CADE. *In: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*, ano 4, n. 24, Distrito Federal: ago. 2012. Disponível em: <http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo_Gilvandro1.html>. Acesso em: 21 fev. 2014.

⁹ ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: MÉTODO, 2012, pág. 15.

Algumas críticas foram tecidas, durante os debates legislativos da nova lei, contra a unificação das funções de investigação, instrução e julgamento em uma única autarquia, pois, concentrou-se uma gama extensa de funções em um mesmo órgão, especialmente as funções inquisitórias e judicantes.¹⁰

Com efeito, uma vez que o CADE possuiria ambas as funções, argumentou-se que os princípios do devido processo legal e ampla defesa, previstos na Constituição Federal, respectivamente, no artigo 5º, incisos LIV e LV¹¹, seriam desrespeitados, correndo-se o risco do CADE “assumir uma postura parcial no julgamento dos casos”.¹²

Em razão dessas críticas, a doutrina especializada aponta que a nova lei cuidou de estruturar o SBDC delineando explicitamente a separação dessas funções.¹³ Para isso, dentro do CADE, foram criados o Tribunal de Defesa Administrativa - TDA, a Superintendência-Geral - SG e o Departamento de Estudos Econômicos - DEE, cada qual com suas competências bem traçadas. *Grosso modo*, o TDA possui função judicante, a SG é responsável pela instrução processual e o DEE pela elaboração de estudos e pareceres, com vistas a embasar as decisões do TDA.

Sendo assim:

[...] em princípio não há motivos para crer que essa parcialidade será um resultado da nova estrutura. O regime estabelecido pela nova lei já estabelece e favorece essa separação funcional. [...] Cabe ao Cade, portanto, apenas adotar práticas que respeitem essa separação no dia a dia da aplicação da lei.¹⁴

O Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência, de acordo com o artigo 3º da nova lei, é composto por dois órgãos, o CADE e a SEAE. Por sua vez, o CADE é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Atuando junto ao mesmo, o Ministério Público e uma procuradoria federal especializada, a PROCADÉ.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conforme o disposto no art. 4º “é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui

¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹¹ Art. 5, CF. (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;(...)

¹² CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

¹³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁴ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33 *et seq.*

em autarquia federal, vinculado ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal”. Note-se que, como o CADE é uma autarquia federal, de suas decisões não cabe recurso na esfera administrativa.¹⁵

Demais disso, é cediço que a atividade jurisdicional é exclusiva do Poder Judiciário, bem como que, é a Constituição Federal que aponta, em seu art. 92, quais são os órgãos judicantes e o CADE não está presente em seu rol taxativo. Dessa forma, a doutrina especializada aponta que o termo “judicante” é tecnicamente impreciso, pois se refere à atividade do juiz, sendo mais adequada a utilização da expressão “órgão jurisdicional”.¹⁶

No campo das competências, o CADE visa garantir a livre concorrência, em âmbito do Poder Executivo, investigando e decidindo em última instância, sobre matéria concorrencial, como, também, pelo fomento e disseminação da livre concorrência.¹⁷ Nesse sentido, possui três funções, a saber, preventiva, repressiva e educacional ou pedagógica. No seu viés preventivo o CADE analisa e decide, previamente, acerca das operações de concentração realizadas por grandes empresas observando os efeitos nocivos que possam decorrer de tais operações, no mercado e em sua concorrência. No viés repressivo, o CADE investiga e julga os responsáveis por atos e práticas que maculem a livre concorrência, bem como a ordem econômica.¹⁸ Por fim, do ponto de vista educacional o CADE tem por escopo:

Instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas.¹⁹

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, de acordo com o art. 6º, é órgão judicante composto por um presidente e seis conselheiros, “escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo

¹⁵ O STJ no julgamento do MS 10138/DF confirmou o que as decisões do CADE não podem ser recorridas na esfera administrativa.

¹⁶ ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, *passim*.

¹⁷ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8bab6cb47b999bbf95/>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

¹⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8bab6cb47b999bbf95/>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

¹⁹ *Ibidem*.

Senado Federal”. Dentre as atribuições com maior relevância, destacam-se o poder de decidir sobre a existência de infração contra a ordem econômica e aplicação das penalidades administrativas cabíveis. Além das funções de apreciar os processos administrativos necessários para as operações de concentrações, tais quais fusões, aquisições, incorporações, dentre outros.

Com a vigência da Lei nº 12.529/11 o mandato do presidente e conselheiros foi expandido para o lapso temporal de quatro anos, vedada a recondução, consoante o que dispõe o § 1º do art. 6º. O § 1º do art. 4 do diploma anterior atribuía o período de dois anos, com a possibilidade de recondução. A curta duração do mandato já vinha sendo alvo de críticas pela doutrina e operadores do antitruste. Neste sentido:

O curto mandato de dois anos para os Conselheiros do CADE, com a possibilidade de uma recondução, contribui para a alta rotatividade na autoridade e afeta de maneira adversa sua memória institucional, aumentando, ainda, a oportunidade de exercício de influência política por meio do processo de indicação. O governo tem a capacidade de reformar completamente o Conselho em apenas dois anos. Cria-se também um incentivo para que Conselheiros em exercício ajustem suas decisões de forma a obterem a recondução, caso a desejem.²⁰

O aumento do mandato proporciona ao presidente e aos conselheiros uma maior aquisição de experiência quanto aos temas abordados nos processos administrativos e nos atos de concentrações, vez que estes são dos mais variados (tendo em vista que as empresas atuam em diversos setores do mercado), cooperando, assim, para um aperfeiçoamento das decisões proferidas.²¹

Quanto à Superintendência-Geral, há a atuação do Superintendente-Geral auxiliado por dois Superintendentes-Adjuntos. Como visto, a Lei nº 12.529/11 pôs fim à Secretaria de Defesa Econômica – SDE, transferindo suas atribuições para a Superintendência-Geral, incorporando a antiga SDE, sob a forma de Superintendência-Geral ao CADE. Assim:

Concentrando-se o CADE e a SDE em um único órgão, pode-se dar maior autonomia às investigações promovidas pelo CADE, uma vez que toda a estrutura investigatória é levada para dentro da autarquia – o que não ocorria

²⁰ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Lei e política da concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010. p. 83. Disponível em: portal.mj.gov.br. Acesso em 21 fev. 2014.

²¹ BRASIL, Voto do Relator, Deputado Ciro Gomes no Projeto de Lei nº 3937, de 07 de julho de 2004. p. 23. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

no sistema anterior, em que os órgãos instrutórios permaneciam vinculados à administração Pública direta, funcionando junto e de acordo com os interesses dos Ministérios da justiça e da Fazenda e do Governo Federal em geral.²²

A racionalização dessa estrutura de investigação e instrução dos processos administrativos previstos na Lei 12.529/2011 será benéfica ao SBDC, uma vez que tal estrutura estará separada da Administração Pública direta, livre da pressão governamental e política, facilitando a implantação, pelo CADE, de uma política de Estado para a defesa da concorrência.²³

À SG cabe, dentre outras atribuições previstas na lei, a instauração e instrução de processos administrativos para apurar as infrações contra a ordem econômica, bem como a realização de procedimentos para análise dos atos de concentração.

Em virtude da criação da Superintendência, com a consequente unificação das atribuições de investigação, instauração e instrução de processos administrativos, além do poder decisório, o CADE passou a ser chamado de SuperCADE pelas sociedades empresárias e pela mídia.²⁴

O Departamento de Estudos Econômicos já havia sido criado quando da aprovação da resolução nº 53, em setembro de 2009, pelo plenário do CADE sob a égide da lei anterior.²⁵ Todavia, a previsão em lei do DEE conferiu a ele uma maior solidez, evitando que o mesmo continuasse com sua origem pautada em normas infralegais.²⁶

Ao DEE cabe, principalmente, a elaboração de estudos e pareceres para subsidiar as decisões proferidas em julgamento pelo Tribunal, como, também, auxiliar o Conselho aliando análises econômicas a essas decisões.

Por derradeiro, a SG incorporou parte das atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico, definidas pela antiga Lei nº 8.884/94, restando a esta o tocante à “Advocacia da Concorrência”. Numa apertada síntese, é ela quem opina, tendo em vista sempre promover a concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos e de consumidores, bem como

²² ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 18.

²³ *Ibidem*, p. 19.

²⁴ CANÁRIO, Pedro. Começa a valer o novo sistema de defesa da concorrência. *In: Revista Consultor Jurídico*. Mai. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/comeca-valer-sistema-brasileiro-defesa-concorrenca>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

²⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 53, de 16 de setembro de 2009. Cria o Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Disponível em < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1414141ce03fc199aeaf>>. Acesso em 21 fev. 2014.

²⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 23 fev. 2014.

sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da Administração Pública.

Note-se que essa função não é somente exercida pela SEAE. O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, também possui função semelhante à Advocacia da Concorrência, vez que o inciso XIV do art. 9º lhe atribui a competência para “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”. A promoção da concorrência diz respeito à função de educadores exercidos pelos órgãos antitruste, especialmente pela SEAE, na disseminação da cultura da concorrência, bem como à capacidade de influência desses órgãos quando da formulação de políticas públicas, visando o máximo de incentivo à concorrência.²⁷ Neste sentido:

Advocacia da Concorrência corresponde à atuação educativa dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), com o objetivo de divulgação de temas relacionados com o direito concorrencial aos setores que ordenam, aplicam e que recebem os efeitos da aplicação concreta das normas antitruste, em especial aqueles Órgãos públicos. Trata-se da difusão da cultura da concorrência e do conhecimento a respeito dos benefícios da livre concorrência (como preços menores, qualidade superior de bens e serviços, além de um maior incentivo à inovação) à sociedade, empresários, juízes, promotores públicos, legisladores e administradores e reguladores.²⁸

A título de exemplo, uma das formas de disseminação da cultura da concorrência se dá pelo Programa de Intercâmbio do CADE – PINCADE, criado em 1999. O programa se destina a estudantes da graduação e pós-graduação de diversas áreas, sendo realizado em Brasília/DF. O PinCade “é uma forma de divulgação da cultura da concorrência, pois permite a promoção da cooperação científica e acadêmica, além de contribuir para o fortalecimento institucional do Cade, estimulando a realização de estudos e a participação da sociedade.”²⁹ Além do programa, há a Revista de Direito Econômico e a Revista de Direito da Concorrência, ambos elaborados pela instituição.

²⁷ BRASIL, Secretária de Acompanhamento Econômico. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/organizacao/promocao-e-defesa-da-concorrenca>. Acesso em 21 fev. 2014.

²⁸ BRASIL, Programa de Intercâmbio do CADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br:8080/pincade/page_s/institucional/advocacia_concorrenca.jsp>. Acesso em 23 fev. 2014.

²⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: 2013. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 25 fev. 2014.

2.2 As formas de atuação preventiva e repressiva do cade

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica atua de três formas principais: preventivamente, repressivamente e de forma educacional. Diante de uma atuação preventiva, o CADE, por meio do controle de concentrações, analisa as operações que possam ter maior impacto no mercado e que possam afetar a livre concorrência, concedendo a autorização para a realização dessas operações. Por outro lado, quando atua em sua forma repressiva, o Conselho averigua as práticas que visem à dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros, instaura os processos, decide e aplica as penalidades cabíveis.

A atuação repressiva do CADE, especificamente quanto às infrações contra a ordem econômica, não merecerá maiores atenções nesse trabalho em virtude das poucas modificações que surgiram com a nova lei. Contudo, no campo das multas, algumas modificações importantes foram instituídas.

Em linhas gerais, quanto à atuação repressiva, o *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/11 dispõe que qualquer ato, independentemente de sua forma de manifestação, será considerado infração contra a ordem econômica, desde que vise ou possa produzir os efeitos, ainda que não sejam concretizados, de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”; “dominar mercado relevante de bens ou serviços”; “aumentar arbitrariamente os lucros” e “exercer de forma abusiva posição dominante”.

De outro modo, o § 3º do mesmo artigo dispõe um rol exemplificativo de condutas que podem ser caracterizadas como infração à ordem econômica, desde que produzam ou possam produzir os efeitos acima mencionados. Logo, conclui-se que para a caracterização da infração basta que qualquer conduta, ainda que não esteja no rol do § 3º, produza ou possa produzir a dominação de mercado, o aumento arbitrário dos lucros, prejudique, de qualquer forma, a livre concorrência ou livre iniciativa ou exerça abuso de posição dominante.

Isto porque, as infrações definidas naquele parágrafo não são infrações “*per se*”, sendo necessário para a declaração de sua ilicitude a comprovação dos seus “efeitos abusivos ou anticompetitivos”, dispostos no *caput* do art. 36.³⁰

³⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133.

Dito isto, o diploma anterior, no que concerne às multas aplicadas aos agentes praticantes das infrações, em seu art. 23 dispunha que a multa seria de 1% a 30% do valor do faturamento bruto do último exercício, quando se tratasse de empresa; de 10% a 50% do valor da multa aplicável à empresa, no caso de administrador, sendo este diretamente ou indiretamente responsável pela infração cometida; e por último, de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR, quando não sendo possível a utilização do primeiro critério, o caso se referisse às “pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito”.³¹

Com a vigência da Lei 12.529/11, a principal mudança trazida, disposta no art. 37, se refere aos critérios valorativos das penalidades pecuniárias. No caso do inciso I, estes foram reduzidos de 1% a 30% do valor do faturamento bruto do último exercício da empresa para 0,1% a 20% desse valor, agora referente ao último exercício anterior à instauração do processo administrativo para apuração da infração. Quanto às demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, que não exerçam atividade empresarial, o valor passou de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) (inciso II da nova lei, e inciso III da antiga lei). Por último, no caso do administrador a multa foi reduzida de 10 % a 50% para 1% a 20%.³²

³¹ Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável; II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador; III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

³² Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;
II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);
III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à

Note-se que no inciso I houve a inclusão do termo “ramo de atividade” como norteador para o cálculo da multa. Na égide da lei anterior, o parâmetro para o cálculo da multa era o faturamento bruto da empresa no seu último exercício, não importando o ramo de atividade. Com a nova lei, esse parâmetro passou a ser o faturamento bruto referente ao exercício anterior à instauração do processo administrativo, observado o ramo de atividade empresarial onde ocorreu a infração.

O acréscimo desse termo tem sido alvo de críticas, vez que não se trata de um “conceito técnico do ponto de vista concorrencial”, além de não ser definido na legislação antitruste, o que contribuirá, conseqüentemente, para o aumento da insegurança jurídica, uma vez que muito abrangente.³³ A doutrina especializada espera que o CADE firme um padrão para a utilização desse conceito, “seja pela via da jurisprudência do CADE, seja por meio de uma resolução com definições sobre a matéria”.³⁴

Com efeito, em 29 de maio de 2012, o CADE elaborou a Resolução nº 3, publicada em 31 de maio do mesmo ano, do Diário Oficial da União, contendo uma lista com 144 tipos de ramos de atividades, para fins de aplicação do art. 37, acima mencionado.³⁵ Com a elaboração dessa resolução, é possível conferir uma maior segurança jurídica, vez que houve um delineamento dos ramos de atividade.

Com a redução dos percentuais fixados, o CADE visou abrandar os valores das multas. A título de exemplo, em 22 de julho de 2009, diante do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, o CADE aplicou a maior multa da história da instituição contra a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV no valor de R\$ 352.000.000,00 (trezentos e cinquenta e dois milhões de reais), correspondentes a 2% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior.³⁶ O acórdão foi proferido na sessão ordinária de julgamento nº 448.³⁷

empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

³³ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

³⁴ *Ibidem*, p. 42.

³⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 03, de 29 de maio de 2012. Expede a lista de ramos de atividades empresariais. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

³⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, Rel. Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em 21 fev. 2014.

³⁷ *Ibidem*.

Uma das grandes e relevantes modificações instituídas pela Lei nº 12.529/11 se refere ao novo procedimento para a realização de atos de concentração. Este, agora, possui o caráter prévio, não mais sendo a análise do CADE, realizada posteriormente à concreção da operação de concentração. Essa mudança já vinha sendo cogitada pela doutrina e pelo ambiente empresarial, à semelhança do que já ocorre, de fato, nos sistemas internacionais, e foi, finalmente, implementada. Além dessa mudança, a legislação nova delimitou melhor os atos de concentração, bem como implantou um sistema de notificação, que serão devidamente abordados adiante.

O controle de concentrações é forma de atuação preventiva do CADE e tem por escopo, proteger o mercado e os consumidores contra os abusos que possam advir da realização de uma operação de concentração, em virtude de aumentar excessivamente o poder de mercado de determinada empresa.³⁸ Assim, este controle tem por finalidade, “verificar se determinada operação induzirá o desenvolvimento econômico e o fortalecimento da competitividade no mercado, ou se causará prejuízos à concorrência e à coletividade.”³⁹

Anteriormente, a Lei nº 8.884/94 dispunha, em seu art. 54, que “os atos sob qualquer forma manifestados” que atentem contra a livre concorrência ou dominem os mercados relevantes, deveriam ser submetidos à apreciação pelo CADE. A lei fazia uso de um termo genérico e não delimitava objetivamente quais seriam esses atos, contribuindo para certa insegurança jurídica, a qual atingia, principalmente, as empresas, por não saberem se sua operação deveria ou não ser submetida à análise pelo Conselho.⁴⁰ A Lei nº 12.529/11, por outro lado, definiu uma série de atos que são considerados como operações de concentração. Estes atos estão agora definidos no art. 90.

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;

³⁸ ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 197.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. A lei 12.529/11: nova lei do CADE. *In: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*, ano 4, n. 24, Distrito Federal: ago. 2012. Disponível em: <http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo_Gilvandro1.html>. Acesso em: 21 fev. 2014.

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.

Desse modo, a nova lei definiu como sendo os atos de concentração, as operações de fusão (inciso I); aquisição, direta ou indireta, do controle de uma ou mais empresas, por meio da compra de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários (inciso II); incorporação de empresas (inciso III); e os contratos de associação, consórcio ou “joint ventures” (inciso IV). Note-se que, pelo parágrafo único, os contratos de associação, consórcio ou “joint ventures”, não serão tidos como ato de concentração, desde que destinados ao sistema de licitações públicas.

Essa mudança, como o disposto acima, visou garantir mais segurança jurídica aos empresários, por meio de uma maior especificação das operações que deverão ser submetidas à análise do CADE.

A segunda mudança diz respeito ao procedimento em si dos atos de concentração. O procedimento para análise dos atos de concentrações, sob a égide da lei anterior, possuía caráter posterior. Basicamente, o procedimento se dava da seguinte forma: as operações deveriam ser apresentadas para exame, previamente ou observando-se o prazo de quinze dias úteis contados de sua realização, por meio do encaminhamento da documentação específica, em três vias, à SDE (esta enviaria uma cópia para o CADE e outra para a SEAE), conforme o disposto no § 4º do art. 54.

Muito embora, já houvesse previsão na Lei nº 8.884/94, da possibilidade de apresentação prévia das operações, o art. 98 da Resolução do CADE nº 45 de 2007 dispunha que o momento da realização do ato, para fins do cumprimento do prazo legal disposto na lei, seria a data de realização do primeiro documento que vinculasse as partes envolvidas.⁴¹ Destarte, “o efeito prático que a interpretação teleológica” do mencionado artigo refletia era a “necessidade de notificação da operação quinze úteis dias após a vinculação entre as partes”.⁴²

⁴¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 45, de 28 de março de 2007. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 04 out. 2013.

⁴² ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 273.

Com efeito, a SEAE possuía o prazo de trinta dias para emitir o parecer técnico que deveria ser enviado a SDE, a qual possuía o mesmo prazo para emitir o seu parecer e em seguida encaminhar para o CADE o processo devidamente instruído. Este daria o provimento final, tudo nos ditames do § 6º do art. 54. Nesse sentido, a doutrina especializada aponta que:

O Brasil era um dos únicos países do mundo em que, somente após a realização da concentração econômica, as empresas estavam obrigadas a pedir a aprovação do Cade. Tal procedimento, realizada *a posteriori*, era não só ineficiente do ponto de vista econômico como ineficaz na proteção e defesa do interesse público.⁴³

Outra crítica feita ao sistema de análises posterior consistia na dificuldade de reverter os prejuízos causados, tanto aos empresários quanto consumidores, caso a operação já realizada não fosse aprovada pelo CADE, o que acarretaria sua desconstituição, procedimento extremamente difícil de ser realizado.⁴⁴ À título de exemplo, foi o que aconteceu com a aquisição da Garoto pela Nestlé. Em 2002, a Nestlé Brasil Ltda. resolveu incorporar a Chocolates Garoto S/A. O CADE, após o julgamento, cerca de dois anos mais tarde, negou a operação de concentração, afirmando que tal ato traria potencial prejuízo aos consumidores e a livre concorrência.⁴⁵

Com a Lei nº 12.529/11, o procedimento para o controle de operações de concentração ganhou caráter prévio, conforme disposição expressa no § 2º do art. 88. Assim, em linhas gerais, de acordo com o art. 53, as empresas deverão encaminhar o pedido de aprovação para a operação, diretamente ao CADE, acompanhado dos documentos e informações necessários, bem como apresentar o comprovante de recolhimento da taxa processual.

Em seguida, a SG, depois de realizadas as diligências definidas no art. 53 (análise dos requisitos e publicação do edital), poderá acatar duas opções, conforme dispõe o art. 54, ou conhece diretamente do pedido (quando o processo dispensar novas diligências ou for de menor potencial ofensivo à concorrência) ou determina a realização de instrução complementar. Destarte, nos casos de menor potencial ofensivo

⁴³ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

⁴⁴ CASTRO, Ramsés Maciel de. A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. *In: Revista Magister de Direito Empresarial*, 2012, n.º 44, São Paulo: LEX Editora S.A, Abr-Maio, 2012.

⁴⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001697/2002-89, Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

à concorrência, quando a SG conhece diretamente do pedido e o aprova, tem-se um rito sumário que se apresenta como “ferramenta de racionalização do trabalho de órgãos de defesa da concorrência, por meio da distinção dos casos incapazes de limitar ou prejudicar a concorrência, daqueles casos complexos, que merecem maior atenção por parte das autoridades”.⁴⁶

Caso se proceda à instrução complementar, após a sua realização, a SG poderá aprovar o ato ou oferecer impugnação perante o TDA. Nestes conformes, o art. 57, inciso II, dispõe três hipóteses onde o ato de concentração deverá ser impugnado e passará a tramitar perante o tribunal, sob o procedimento ordinário. São elas: quando o ato for rejeitado na SG, quando for aprovado com restrições ou quando não existirem elementos suficientes para definir seus efeitos no mercado. Portanto, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é responsável pela análise dos casos que tenham grande potencial ofensivo contra a livre concorrência e possam efetivamente afetar negativamente as estruturas de mercado.

A resolução nº 2, de 22 de maio de 2012, do CADE, definiu quais os documentos e informações que as empresas deverão prestar e fornecer quando do pedido de aprovação para o ato de concentração.⁴⁷ A quantidade de informações necessárias na nova resolução é maior que o requerido na antiga resolução nº 15 de 1998.⁴⁸ Ante este fato, o CADE justificou que a antiga resolução “não propiciaria uma visão imediata, global e minimamente aprofundada do negócio jurídico notificado, muito menos das atividades das partes e dos mercados envolvidos e, assim, restaria o Cade impossibilitado de prosseguir com a análise célere do ato”.⁴⁹

Assim, com a adoção de uma maior quantidade de documentos, os estudiosos do antitruste afirmam que as empresas, tendo por escopo obter a aprovação do CADE o mais rápido possível, irão prestar as informações e documentos sobre a operação, a atividade econômica e os mercados que estejam envolvidos de “modo célere e completo”.⁵⁰

⁴⁶ ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 201.

⁴⁷ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 02, de 22 de maio de 2012. Disciplina a notificação de atos de concentração. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 23 fev. 2014.

⁴⁸ *Idem*. Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no Cade, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 26 fev. 2014.

⁴⁹ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 165.

No que tange aos prazos, o § 2º do art. 88 prescreve que o controle dos atos de concentração deverá ser realizado no prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias, contados do protocolo da petição ou de sua emenda. Esse prazo poderá ser estendido por até 60 (sessenta) dias, mediante requisição das partes envolvidas ou por até 90 (noventa dias), mediante decisão fundamentada do tribunal, conforme dispõe o § 9º do mesmo artigo. Assim, o prazo máximo para análise dos atos é de trezentos e trinta dias.

Não são todos os atos de concentração que deverão ser notificados pelas empresas ao CADE. O art. 88 prescreve requisitos cumulativos para definir quais operações serão analisadas. Dessa forma, são submetidos ao CADE operações onde pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado, no último balanço, anterior à operação, um faturamento bruto anual a partir de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), enquanto o outro grupo tenha registrado faturamento bruto de pelo menos R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).⁵¹

A portaria interministerial nº 994, 30 de maio de 2012 expandiu os valores para do inciso I e II, respectivamente, para R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões).⁵² Com a inclusão e expansão desses critérios o CADE visa restringir sua atuação, no controle de atos de concentração, àquelas operações que sejam, realmente, capazes de interferir na livre concorrência, trazendo prejuízos aos consumidores, a despeito do sistema anterior onde em virtude dos critérios utilizados havia um acúmulo excessivo de atos de concentração submetidos para análise no CADE.

A lei anterior definia, no § 3º do art. 54, o critério de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões) ou 20% do mercado relevante referente apenas a um dos grupos envolvidos, não existindo um segundo requisito. Destarte, era apenas necessário que uma das empresas envolvidas tivesse o faturamento bruto no ano anterior à operação de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões), ou possuísse a participação de 20% do

⁵¹ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação 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 de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação 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 de reais).

[...]

⁵² BRASIL, Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. Portaria Interministerial nº 993, de 30 de maio de 2012. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?29090b151bf93a102727> >. Acesso em 26 fev. 2014.

mercado relevante, não sendo exigido nenhum requisito para o outro grupo envolvido na operação.

A grande crítica em relação ao critério de faturamento estabelecido na Lei nº 8.884/94 se dava justamente pelo fato de que tal índice se aplicava a qualquer (ou pelo menos um) dos participantes da operação. Nesse sentido, sob a égide da lei anterior, era obrigatória, por exemplo, a submissão de operação de aquisição de ações em que apenas o faturamento do grupo vendedor atingisse o valor estabelecido em Lei, a despeito da pouca relevância ou inexistência de qualquer faturamento do grupo comprador no País.⁵³

Nota-se, pela análise do artigo 88, que além da modificação do critério do faturamento bruto, o critério de 20% do mercado relevante foi excluído. A exclusão desse critério foi recomendada pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE durante a Revisão pelos Pares de 2010. Com efeito, recomendou-se que o critério de participação no mercado relevante fosse eliminado e fossem adotados “critérios baseados no faturamento bruto doméstico das partes de maior e de menor porte envolvidas na transação”.⁵⁴

Portanto, a grande inovação desse dispositivo, se deu quanto aos novos valores atribuídos ao faturamento bruto dos agentes econômicos envolvidos e na exclusão do critério de 20% na participação de mercado, considerado deveras abrangente.⁵⁵ Nesse sentido dispõe a doutrina especializada que:

Com essa inovação, percebe-se que o legislador pretendeu simplificar o critério de submissão de atos e torná-lo mais seletivo, determinando que sua aplicação seja cumulativa às partes da operação, em uma tentativa de capturar à apreciação das autoridades atos que, diante da magnitude dos negócios das partes envolvidas, tenham efetivamente potencial de gerar efeitos sobre a concorrência e que se ma, portanto, de interesse para o controle de operações do CADE.⁵⁶

Ao excluir o critério de participação de mercado, o legislador eliminou um foco de insegurança jurídica presente na Lei 8.884/94. Identificar o mercado relevante e calcular a respectiva participação do(s) agente(s) econômico(s)

⁵³ ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 277.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Lei e política da concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010. p. 84 Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em: 21 fev. 2014.

⁵⁵ ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da lei nº 12.529/2011. *In: Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União*, ano IV, n.º 19, Brasília: jul. 2012. p. 89. Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=234959&ordenacao=1&id_site=7529>. Acesso em: 21 fev. 2014.

⁵⁶ ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* *op. cit.*, p. 276.

em tal mercado envolve questão complexa, muitas vezes de difícil superação.⁵⁷

Com as mudanças realizadas no sistema de controle de atos de concentração, especialmente, a imposição de limites valorativos para as notificações, bem como a fixação do caráter prévio do controle, as autoridades antitruste visam focar apenas nos casos onde as operações possam exercer perigo real para a livre concorrência e aliviar os recursos de seus órgãos para investir e atuar de forma mais expressiva no combate às condutas anticompetitivas ou infrações à ordem econômica.

A doutrina, sob a égide da lei anterior já apontava que o CADE atuava de forma muito mais relevante no controle de concentrações, deixando de lado a atuação repressiva contra as empresas que praticavam atos contra a ordem econômica. Nesse sentido:

O CADE tem se dedicado muito mais à apreciação dos atos de concentração do que ao julgamento dos processos administrativos sobre condutas infracionais. Assume, assim, a autarquia, paulatinamente, a posição de agente governamental de disciplina das condições de estruturação do livre mercado, abandonando a de mero órgão repressor.⁵⁸

Observando-se a atuação do CADE, quanto aos atos de concentração, sob a vigência da nova lei, evidencia-se a redução das operações analisadas. No período de julho de 2011 até maio de 2012 (na vigência da Lei nº 8.884/94) a autarquia conheceu de 714 (setecentos e quatorze) operações de concentração. Por outro lado, no período de julho de 2012 até maio de 2013 (na vigência da Lei nº 12.529/11) o CADE conheceu de 427 (quatrocentos e vinte e sete) operações. Em adição, no ano de 2011, foram conhecidas 695 (seiscentas e noventa e cinco) operações; no ano de 2012, 712 (setecentas e doze); e por fim, no ano de 2013, apenas 99 (noventa e nove) operações.⁵⁹

Note-se que a intenção do legislador ao elaborar a nova lei foi criar um sistema onde o CADE possa se preocupar em analisar somente as grandes operações, que tenham maior relevância dentro do mercado e que possam verdadeiramente alterar as suas estruturas ferindo a livre iniciativa e livre concorrência. Assim, reduziu-se o número de atos de concentração analisados e reforçou-se a atuação no viés repressivo.

⁵⁷ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261.

⁵⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c87a8d9593a0b8>>. Acesso em 21 fev. 2014.

No que tange aos processos administrativos sobre condutas infracionais, em 2011, 51 processos foram julgados; em 2012, tivemos 54 (cinquenta e quatro) processos julgados; e por último, no ano de 2013 (até o mês de setembro) foram 30 (trinta) processos julgados.⁶⁰ Assim, nota-se que a mudança no sistema conseguiu reduzir efetivamente o número de operações que deveriam ser analisadas pelo CADE, bem como se revela a disparidade entre o número de condutas infracionais julgadas com o número de atos de concentração conhecidos. E, não obstante, o número reduzido de processos julgados no ano de 2013, o CADE poderá alocar de melhor forma seus recursos para atuar de forma mais firme quanto às condutas infracionais.

Acerca do assunto, Paula Forgioni finaliza:

Espera-se que, nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas, deixando de se preocupar quase que exclusivamente com atos de concentração – que muito raramente apresentam problemas concorrenciais relevantes. Nos últimos anos, grande parte da energia e dos recursos públicos empregados pelo SBDC direcionou-se à análise de atos de concentração e não de processos administrativos que investigavam condutas abusivas, frustrando aqueles que esperavam atuação mais forte para conter as práticas predatórias de empresas em posição dominante.⁶¹

Sendo assim, em virtude das mudanças adicionadas pela nova lei, a atuação do CADE, no que concerne à repressão das infrações à ordem econômica e como visto pelos dados acima, vem se mostrando mais reforçada e eficiente, a partir do momento em que houve a redução das operações de concentração realizadas.

3. Nova lei de defesa da concorrência: vantagens ou desvantagens?

O direito da concorrência, não obstante as legislações anteriores, teve maior força e eficácia com a vigência da Lei n° 8.884/94, a qual tornou o CADE uma autarquia, elevando a instituição a nível federal, conferindo-lhe autonomia administrativa e recursos orçamentários próprios.⁶²

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 124.

⁶² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. p. 59. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

Isto porque, anteriormente àquela lei, a atuação do CADE era pouco expressiva em virtude da situação econômica da época, na qual havia uma política de controle de preços, e estímulos, por parte do governo, para a criação de grandes conglomerados econômicos por meio das operações de concentração.⁶³ Em adição, essa pouca expressiva atuação, resultava igualmente das reformas que o Poder Judiciário realizava nas decisões do CADE, anulando a maioria das condenações proferidas contra empresas que abusavam ou praticavam infrações contra a ordem econômica.⁶⁴ Seguindo essa linha:

Trata-se de um ramo ainda jovem da Ciência Jurídica. [...] No Brasil, a despeito de o Cade existir desde 1962, foi apenas com a instituição de uma economia de mercado pós-redemocratização e com a edição da Lei 8.884/94 que se erigiu a proteção da concorrência a tema de relevância para as políticas públicas econômicas e sociais.⁶⁵

A Lei nº 12.529/11, por sua vez, aprimorou ainda mais o arcabouço de normas de defesa da concorrência, consolidando-o, e visou atualizar o sistema antitruste a par dos sistemas internacionais. Com efeito, a mudança do procedimento dos atos de concentração, a qual lhe conferiu o caráter unicamente prévio, identifica-se, agora, com os sistemas internacionais, tais quais o dos Estados Unidos da América e o da União Europeia.

No presente estudo, foram analisadas as mudanças mais expressivas, incorporadas ao sistema de defesa da concorrência pela Lei nº 12.529/11, e que contribuíram um pouco mais para sua consolidação no cenário brasileiro. Desta forma, é que foram analisadas as modificações na estrutura administrativa do CADE e as alterações no controle de concentrações, bem como outras apresentadas anteriormente.

De fato, com a unificação dos órgãos responsáveis pela movimentação do aparato antitruste, confere-se uma maior celeridade e eficiência às análises e julgamentos desenvolvidos pelo CADE. Elimina-se a existência dos “três guichês”, evitando-se a burocracia excessiva e desnecessária que sondava a elaboração dos pareceres para o procedimento de análises dos atos de concentração. Além do que, com

⁶³ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁶⁵ BRASIL, STJ. REsp n.º 1181643/RS 2010/0028927-4, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 21 fev. 2014.

a inovação estrutural, a atuação da instituição se tornou mais ágil, garantindo uma maior segurança jurídica às empresas ante as operações de concentração econômica.⁶⁶

Em sentido contrário, e como já exposto anteriormente, apontou-se pela Doutrina que a unificação das funções inquisitórias e judicantes em um único órgão, o CADE, acarretaria a possibilidade de afronta aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, bem como a possibilidade da autarquia tomar uma postura parcial nos julgamentos e análises elaboradas.⁶⁷

Contudo, a Lei nº 12.529/11, criou expressamente três órgãos, independentes em suas funções, dentro da autarquia, a saber, o Tribunal de Defesa Administrativa, a Superintendência-geral e o Departamento de Estudos Econômicos. Resta ao CADE, evitar a sobreposição e o conflito entre as funções, prezando irrestritamente pela autonomia no exercício destas, pelos seus respectivos órgãos. Assim, o novo modelo administrativo constitui-se em uma das principais novidades e se reveste de uma verdadeira posição vantajosa ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

No que tange ao sistema repressivo do SBDC, em específico às penalidades impostas pela lei, a inclusão da expressão “ramo de atividade” e a determinação das multas em patamares inferiores resultaram de uma má condução da votação, na qual houve um erro grosseiro que terminou por admitir a emenda inteira redigida pelo Senado. Dessa forma, a mudança de 1% para 0,1 % no cálculo da multa permite que a mesma seja melhor utilizada em casos onde sua aplicação deva ser de caráter mais educativo do que punitivo. Em adição, como aponta a melhor doutrina, a diminuição referida acarretará conflitos futuros, no que tange a retroação e aplicação da lei mais benéfica.⁶⁸

Já quanto a inclusão da expressão “ramos de atividade”, que embora consequência de erro grosseiro durante a votação, pode ser considerada como vantagem em relação ao sistema anterior, uma vez que, como visto no capítulo antecedente, o CADE determinou quais são esses ramos mediante a Resolução nº 3 de 2012, conferindo, portanto, maior segurança jurídica à sua aplicação.

⁶⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. p. 151. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

⁶⁷ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

⁶⁸ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 122/123.

No campo das análises das operações de concentrações, a imposição da notificação e análise prévia, corresponde a outra grande novidade, há muito tempo cogitada pela doutrina e pelos empresários. Com a vigência da nova lei, a principal dúvida dos agentes econômicos e da comunidade envolvida com o direito antitruste em geral, era com relação ao tempo que levaria para o CADE analisar os atos, a luz do novo procedimento.⁶⁹

Com efeito, o balanço consolidado efetuado pelo CADE em junho de 2013 (um ano após a vigência da nova lei), revela uma redução significativa no lapso temporal despendido para análise dos atos de concentração. O tempo médio, no rito ordinário, foi de 69 (sessenta e nove) dias; no rito sumário, foi de 20 (vinte) dias; e, a média geral, restou pautada em 25 (vinte e cinco) dias. Note-se que no ano de 2011 (sob a égide da lei anterior) a média geral era de 154 (cento e cinquenta e quatro dias).⁷⁰ Para melhor visualização, segue a presente tabela:

Atos de concentração	Lei nº 8.884/94	Lei nº 12.529/11	
	Tempo médio de análise	Tempo médio	Média geral
Instrução e decisão do CADE	154 dias		
Rito ordinário		69 dias	25 dias
Rito sumário		20 dias	

Logo, evidencia-se, que em seu primeiro ano de atuação, o SBDC, cumpriu com o objetivo das alterações implementadas, quais sejam, uma atuação mais célere e eficaz diante dos procedimentos de concentração.

Não obstante venha o CADE demonstrando eficiência e celeridade na desenvoltura dos procedimentos de análise de concentração, não se pode debandar a responsabilização dos órgãos antitruste por eventuais prejuízos causados às empresas,

⁶⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. p. 156. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

⁷⁰ *Idem*. **Nova lei de defesa da concorrência (lei 12.529/11) 1º ano**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em: 21 fev. 2014.

em virtude da demora ou não observância do prazo máximo conferido à análise dos atos de concentração. Em conformidade, Paula Forgioni, recomenda:

[...] a imposição do ônus da apresentação prévia das concentrações deposita nas mãos do SBDC poder de obstar a concretização de negócios por mera inércia e, com isso, criar dificuldades à atividade empresarial. O controle da legalidade de excessivos atrasos deverá ser efetuado pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, sob pena de sujeitar as empresas ao arbítrio ou aos efeitos nocivos da eventual ineficiência dos órgãos antitruste.⁷¹

Recai, evidente e igualmente, nas mãos das empresas prejudicadas, o dever de pleitear em juízo a responsabilização dos órgãos do SBDC, inclusive de funcionários ou autoridades, pelo atraso no andamento das análises, desde que haja prejuízo ou dano real advindos daquele comportamento, sem embargos da notável dificuldade em se consolidar um quadro probatório material para tanto.

Neste ponto, vale mencionar, ainda que superficialmente, a prática utilizada para evitar a atuação preventiva do SBDC, contornando-a, e realizando uma operação de concentração sem submetê-la a sua análise e autorização. Esta prática é conhecida na doutrina como *gun jumping*.

[...] evidencia-se a ocorrência do chamado *gun jumping* quando se identifica a existência de integração prematura entre os agentes econômicos participantes da determinada operação antes de sua aprovação pela autoridade antitruste, caracterizada por meio da transferência ou usufruto de ativos, de valores mobiliários com direito de voto, troca indevida de informações sensíveis ou mesmo a prática de quaisquer outros atos que possam caracterizar o exercício de influência, pela empresa adquirente, sobre aquela a ser adquirida com a realização da operação.⁷²

A Lei nº 12.529/11, no § 3º do art. 88, veda esse procedimento. Veja-se:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente [...] § 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.

⁷¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123.

⁷² PFE - CADE/PGF/AGU. Parecer nº 182/2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D0000007_47231862.pdf> Acesso em 27 fev. 2014.

Em 28 de agosto de 2013, em sessão de julgamento, tendo como relatora a conselheira Ana Frazão e as demais autoridades do CADE, foi celebrado acordo com a OGX Petróleo e Gás S.A, impondo à mesma a multa pecuniária no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), pela prática de *gun jumping*.⁷³ Isto porque, a OGX comprou da Petrobrás 40% da participação no bloco BS-4, localizado na bacia de santos, sem submeter tal ato à análise do SBDC.⁷⁴

Em adição, excepcionalmente, deixou-se de aplicar a pena de nulidade, tendo a relatora, apontado para esse sentido, dentre as razões proferidas, o fato de que a operação analisada não acarretou “efeitos econômicos negativos produzidos no mercado ou de lesão à livre concorrência aos consumidores ou a terceiros”.⁷⁵ Com efeito, não obstante a significativa redução do tempo despendido na análise das operações de concentração pelo CADE, a OGX negou a atuação preventiva do CADE e se enquadrou na prática do “*gun jumping*”.

Assim, parece que, em certas situações, onde a operação deva ser realizada o mais rápido possível, em virtude das condições do mercado interno, uma empresa possa preferir o pagamento da multa ao invés de notificar ao CADE a operação que realizará, evitando submeter a sua estratégia de investimento aos possíveis prejuízos causados pela demora da análise ou não observância do prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias previsto em lei.

Isto, logicamente, desde que o quadro de advogados especializados e contratados pela empresa demonstre que, se levada ao CADE, aquela operação não irá ferir a ordem econômica, nem lesionar os outros concorrentes e consumidores no mercado, sob pena de ser decretada sua nulidade. Sem embargos, as autoridades do SBDC precisam estar atentas à adoção desse tipo de comportamento, para evitar que essa prática se torne frequente.

Em sentido contrário ao novo sistema de notificação prévia, Ramsés Maciel de Castro assevera que: “a mudança advinda com a nova lei (...), foi desnecessária e piorou

⁷³ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.005775/2013-19, Rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431693.pdf>. Acesso em 27 fev. 2014.

⁷⁴ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.005775/2013-19, Rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431693.pdf>. Acesso em 27 fev. 2014.

⁷⁵ *Ibidem*.

a condição mercadológica das empresas atuantes no Brasil”.⁷⁶ Como fundamento a seus argumentos, afirma que na Lei nº 8.884/94, havia normas capazes de responsabilizar as empresas pelos danos que causassem ao mercado interno quando a operação fosse, posteriormente, desconstituída pelo CADE.⁷⁷ Logo, os argumentos utilizados para a nova alteração, de que o sistema de notificação posterior gerava insegurança jurídica e poderia trazer danos irreversíveis ao mercado interno não eram convincentes, pois as empresas tinham ciência de que o CADE poderia desconstituir a operação ou impor restrições.⁷⁸

“[...] instrumentos legais hábeis para o restabelecimento da situação anterior à concentração eram previstos na lei concorrencial revogada. O que poderia ter ocorrido seria o aprimoramento desses instrumentos, bem como maior eficácia na aplicação dos mesmos. Os possíveis custos decorrentes da necessidade de desconstituir o ato eram de inteira responsabilidade dos agentes econômicos concentracionistas.”⁷⁹

Malgrado a opinião apresentada, nota-se que o novo sistema está a par dos sistemas que vigoram em âmbito internacional e trazem uma maior segurança jurídica às empresas, na medida em que a adoção da notificação prévia garante que a operação não será posteriormente desconstituída, assim, evitando casos como o já mencionado da Nestlé vs. Garoto, que até hoje é discutido no Poder Judiciário.

Ademais, a notificação prévia se revela mais eficiente e menos dificultosa, uma vez que a análise prévia já permite prever o potencial dano que a concreção da operação possa acarretar e evitá-lo de pronto, sendo desnecessário, portanto, a desconstituição da operação, e a posterior formulação de ações de responsabilização contra os agentes econômicos que se concentraram, em face dos danos causados no mercado interno e a reparação deste.

Neste viés, o sistema introduzido pela Lei nº 12.529/11, no que tange ao procedimento para operação de concentrações, se revela como uma das maiores vantagens advindas da promulgação desta lei, no momento em que evita que as operações sejam posteriormente desconstituídas, garantindo maior segurança jurídica para as empresas.

Por outro lado, o prazo máximo para a análise (duzentos e quarenta dias, que pode se estender ao limite de trezentos e trinta dias) pode se tornar uma desvantagem,

⁷⁶ CASTRO, Ramsés Maciel de. A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. In: **Revista Magister de Direito Empresarial**, 2012, n.º 44, São Paulo: LEX Editora S.A, p. 73, Abr-Maio, 2012.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 72

⁷⁸ *Ibidem*, p. 73

⁷⁹ *Ibidem*.

visto que extremamente excessivo, caso o CADE não mantenha a eficiência que mostrou no primeiro de ano de vigência da lei, tendo como tempo médio de análise das operações 25 (vinte e cinco) dias.

No que diz respeito aos valores limites apresentados, para a necessidade de notificação da operação de concentração a ser realizada, a nova lei de defesa da concorrência inicialmente, em seu art. 88, como já observado, fixou um segundo limite (de menor valor) para a outra empresa envolvida na operação. Posteriormente, por meio da portaria interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, esses valores foram ainda mais elevados.

Com efeito, notável foi a redução do número de operações analisadas na vigência da nova lei, como já devidamente exposto no capítulo anterior e a título de recapitulação, reveja-se. No período de julho de 2011 até maio de 2012 (na vigência da lei nº 8.884/94) a autarquia conheceu de 714 (setecentas e quatorze) operações de concentração. Por outro lado, no período de julho de 2012 até maio de 2013 (na vigência da lei nº 12.529/11) o CADE conheceu de 427 (quatrocentos e vinte e sete) operações. Em adição, no ano de 2011 foram conhecidas 695 (seiscentas e noventa e cinco) operações; no ano de 2012, 712 (setecentas e doze); e por fim, no ano de 2013 (até o mês de setembro), apenas 77 (setenta e sete) operações.⁸⁰

Com essas alterações, o SBDC pode dispender os seus recursos apenas para aquelas operações concentracionistas que, realmente, tenham potencial de interferir e abalar as estruturas do mercado interno, causando danos a este, bem como aos consumidores. Ademais, o foco de sua atuação e os seus recursos poderão ser mais bem alocados em sua atuação repressiva, na investigação e repressão de atos e práticas infracionais à ordem econômica.

Neste sentido, o Balanço Consolidado do primeiro ano de atuação do novo SBDC mostra que foram, ao todo, 23 (vinte e três) processos administrativos por conduta anticompetitiva, sendo 12 (doze) arquivados e 11 (onze) condenados.⁸¹ Já no sistema anterior, nos anos de 2011, foram ao todo 16 (dezesesseis) processos

⁸⁰ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

⁸¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. **Nova lei de defesa da concorrência (lei 12.529/11) 1º ano**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

administrativos, sendo 15 (quinze) arquivados e apenas 01 (um) com condenação.⁸²

Para melhor visualização, segue a presente tabela:

Processos Administrativos condutas anticompetitivas	Lei nº 8.884/94 (ano de 2011)	Lei nº 12.529/11 (primeiro ano)
Arquivados	15	12
Condenados	01	11
Total	16	23

“A tendência do novo modelo é mais celeridade e eficiência não só na análise de atos de concentração, mas também nas investigações, com o potencial de reduzir o número de condutas anticompetitivas no Brasil”.⁸³ Além do esforço do CADE, é de extrema importância a atuação da advocacia nacional no auxílio ao SBDC, na repressão aos atos infracionais à ordem econômica e às condutas infracionais perpetradas pelos agentes econômicos entre si. Destarte, Paula Forgionni atenta que:

Se os advogados não levarem ao conhecimento dos juízes os abusos cometidos pelos agentes econômicos com posição dominante, a Magistratura não será impelida a enveredar pela matéria, prejudicando a sociedade brasileira. Advirta-se, contudo: isso somente poderá ser feito a partir do momento em que o conhecimento do direito concorrencial disseminar-se entre os advogados. A eficácia material da Lei 12.529/2011 não repousa exclusivamente nas mãos do CADE e do Ministério Público, exigindo postura ativa da advocacia nacional.⁸⁴

Como aponta Paula Forgionni, é necessário, ainda, um maior enfoque na matéria de direito da concorrência por parte das universidades do país. Isto porque, é pequena a quantidade de faculdades de direito no Brasil que possuem a matéria da concorrência em suas grades curriculares.⁸⁵

A advocacia brasileira, assim, precisa se inteirar e se aprofundar na possibilidade de propor ações de indenizações contra os agentes econômicos, por meio do direito de

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Idem*. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. p. 165. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 24 fev. 2014.

⁸⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 156.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 155.

ação, bem como buscar uma maior repressão das condutas infracionais à concorrência em auxílio ao CADE. Com o aumento da demanda judiciária, os precedentes se formarão e a jurisprudência caminhará para sua uniformização. Sobre o tema:

No Brasil, embora haja perfeita plataforma normativa, a propositura de ações de indenização por práticas anticompetitivas ainda é incipiente. Os consumidores, de modo geral, não estão habituados a processar os agentes econômicos em razão de práticas ilícitas, quanto mais em face de ilícitos concorrenciais. Não se sabe ao certo a razão: se em razão da morosidade da Justiça e dos custos de arcar com um processo, os consumidores não se valem dessa ferramenta para recuperar os danos, ou porque não se valem dessa ferramenta e, portanto, não há pressão suficiente sobre o sistema judiciário, não se tem a cultura de processar-se os causadores de danos por prática concorrencial. Seja como for, a falta de cultura de persecução civil dos danos acaba por gerar um efeito negativo e não desejado na própria prática judiciária: os juízes, no Brasil, não têm cultura de aplicar indenizações minimamente suficientes a reparar os danos causados e, ao mesmo tempo, dissuadir futuras práticas ilícitas.⁸⁶

Por derradeiro, tendo em vista as alterações propiciadas pela Lei nº 12.529/11, e com o objetivo de lhe garantir celeridade e eficiência na aplicação de seu arcabouço normativo e subsidiar o novo SBDC, o art. 121 criou 200 (duzentos) novos cargos de “Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental” para o CADE e a SEAE. Em adição a este feito, observou-se que, o mandato dos conselheiros teve seu prazo de duração dobrado. Isso se mostra como outra vantagem, advinda com a nova lei, vez que propicia uma maior memória institucional ao CADE, tendo em vista o tempo que os conselheiros passam atuando e adquirindo experiência na resolução das problemáticas antitruste.

Conclui-se, logo, que as modificações e novidades que a Lei nº 12.529/11 trouxe, especificamente, as alterações na estrutura administrativa do SBDC, a modificação do procedimento dos atos de concentração, bem como as outras observadas e que possuem relação com essas duas grandes mudanças, constituem-se, em verdadeiras vantagens, na medida em que aprimoram e consolidam, ainda mais, o direito concorrencial no país, aceleram a atuação do CADE e a tornam mais eficiente, em favor dos agentes econômicos, do mercado interno e da sociedade brasileira como um todo.

⁸⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319-320.

4. Conclusão

Fruto de um Projeto de Lei do ano de 2003, a Lei nº 12.529 foi publicada em meados de 2011, tendo a maior parte da doutrina especializada comemorado as novas mudanças ocorridas. Com breves origens no Decreto-Lei nº 869 de 1938 e Decreto-Lei nº 7.666 de 1945, o direito antitruste foi, paulatinamente, evoluindo até o advento da nova lei, sendo então aprimorado e solidificando-se, ainda mais, em território nacional.

O direito da concorrência ou direito antitruste se apresenta hoje, não apenas como um mecanismo de prevenção e repressão às condutas anticompetitivas perpetradas pelos agentes econômicos, tendo como objetivo principal a preservação de um mercado pautado pela livre iniciativa e livre concorrência, mas também como um instrumento de que lança mão o Estado para implementação de políticas públicas no país. Com isso, a aplicação das normas da concorrência deve respeitar os princípios da Ordem Econômica Brasileira, definidos no art. 170 da Constituição Federal.

A nova lei trouxe como mudanças principais, a reestruturação administrativa do SBDC e o procedimento de notificação prévia para análise das operações de concentração realizadas pelos agentes econômicos. Nesse sentido, a unificação das atividades de fiscalização, instrução e decisão dentro de um único órgão, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e a eliminação do sistema de “três guichês” com seus respectivos pareceres desnecessários, trouxeram celeridade e eficiência para a atuação do SBDC.

Com efeito, o CADE deve preservar a atuação autônoma de seus órgãos, no que se refere ao exercício das funções de fiscalização, instrução e decisão, a fim de evitar uma sobreposição de tarefas e conseqüente desrespeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e ampla defesa. Em adição, no que tange ao presidente e conselheiros do CADE, o aumento do mandato para quatro anos confere ao SBDC uma maior memória institucional e aprimoramento das decisões prolatadas. Isto porque, o maior lapso temporal em que aqueles se relacionam com as temáticas desenvolvidas na instituição, confere um maior entendimento e experiência nos assuntos intrínsecos aos processos administrativos e atos de concentração submetidos a suas análises.

Por outro lado, malgrado a atuação repressiva do SBDC não tenha sido o foco do presente trabalho, foi exposto que as multas impostas aos agentes econômicos que pratiquem condutas ou atos infracionais à Ordem Econômica Brasileira tiveram seus padrões de quantificação reduzidos, com vistas ao abrandamento das penalidades

pecuniárias impostas. Nesse sentido, a inclusão do termo “ramos de atividades”, para aferição do valor da multa imposta as empresas envolvidas na conduta ilícita, recebeu diversas críticas doutrinárias. Contudo, a Resolução nº 03 de maio de 2012 do CADE, definiu uma lista abrangente dos ramos de atividades para serem utilizados na aplicação do dispositivo normativo, o que, por sua vez conferiu uma maior segurança jurídica aos agentes econômicos relacionados.

Quanto ao sistema de análise de atos de concentração do novo SBDC, o caráter prévio imposto pela Lei nº 12.529/11, bem como o aumento do valor do requisito para a devida notificação, contribuíram para afunilar o âmbito de atuação do CADE em direção às operações que se mostrem, de fato, relevantes para o mercado interno. Destarte, o CADE, hoje, cuida apenas dos atos concentracionistas que possam, realmente, alterar ou danificar as estruturas de mercado.

De outro modo, essas mudanças também contribuíram para uma melhor alocação de recursos dos órgãos integrantes do SBDC, no sentido de atuar mais firmemente de forma repressiva, isto é, fiscalizando e reprimindo práticas e atos abusivos contra a concorrência e infrações à ordem econômica. Nesse viés, já era cediço e criticado pela doutrina especializada, a disparidade nas atuações preventivas e repressivas do CADE, sendo aquela muito mais efetivada, a despeito da importância e necessidade da outra.

Por derradeiro, e muito embora o arcabouço normativo antitruste, com as novas mudanças, esteja a par dos sistemas internacionais, este se revela como um ramo do direito relativamente novo e que necessita de maior divulgação em ambiente tanto pragmático como acadêmico. Nessa linha, temos a chamada “advocacia da concorrência”, que se refere à prática, efetuada pelos principais órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de difundir conhecimento sobre a legislação da concorrência no nosso país. Logo, não só o SBDC e seus órgãos, devem praticar a “advocacia da concorrência”, mas também a advocacia nacional e as Universidades e Faculdades do país.

Conclui-se, desse modo, que as alterações e novidades, incorporadas ao direito da concorrência, pela Lei nº 12.529/11, que modificou profundamente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, se constituíram em grandes e efetivas vantagens para o aperfeiçoamento e solidificação deste ramo do direito, de deveras importância, em território nacional.

5. Referências Bibliográficas

ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012.

ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. A Lei 12.529/11: nova lei do CADE. *In: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*, ano 4, n. 24, Distrito Federal: ago. 2012. Disponível em:

<http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo_Gilvandro1.html>

Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n° 08700.005775/2013-19*, Rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431693.pdf>. Acesso em 07 out. 2013

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.001697/2002-89*, Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 05 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.003805/2004-10*, Rel. Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em 28 set. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n° 02*, de 22 de maio de 2012. Disciplina a notificação de atos de concentração. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 05 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n° 03*, de 29 de maio de 2012. Expede a lista de ramos de atividades empresariais. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em: 27 set. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 15*, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no Cade, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 05 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 45*, de 28 de março de 2007. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 04 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 53*, de 16 de setembro de 2009. Cria o Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1414141ce03fc199aeaf>>. Acesso em 03 set. 2013.

BRASIL. *Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. Portaria Interministerial nº 993*, de 30 de maio de 2012. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?29090b151bf93a102727>>. Acesso em 05 out. 2013.

BRASIL. *STJ. REsp nº 1181643/RS 2010/0028927-4*, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 05 out. 2013.

BRASIL. *Voto do Relator, Deputado Ciro Gomes no Projeto de Lei nº 3937*, de 07 de julho de 2004. p. 21. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 21 set. 2013.

CANÁRIO, Pedro. Começa a valer o novo sistema de defesa da concorrência. *In: Revista Consultor Jurídico*. Mai. 2012. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/comeca-valer-sistema-brasileiro-defesa-concorrenca>>. Acesso em: 02 set. 2013.

CASTRO, Ramsés Maciel de. A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. *In: Revista Magister de Direito Empresarial*, 2012, n.º 44, São Paulo: LEX Editora S.A, abr-maio, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDOVIL, Leonor *et al.* *Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. rev. e bil. São Paulo: CIEE, 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA – CADE. *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 03 set.2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA – CADE. *Nova lei de defesa da concorrência (lei 12.529/11) 1º ano*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 06 out. 2013.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Lei e política da concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. 2010. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em 02 ago. 2013

PFE - CADE/PGF/AGU. Parecer nº 182/2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D0000007_47231862.pdf> Acesso em 07 out. 2013.

ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da lei nº 12.529/2011. *In: Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União*, ano IV, n.º 19, Brasília: jul. 2012. p. 89. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=234959 &ordenacao=1&id_site=7529>. Acesso em: 04 out. 2013.