

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA: SUA IMPORTÂNCIA NA TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011¹

Alberto Haruo TAKAKI²
Regina Maria de SOUZA³
Ana Cláudia Rodrigues MULLER⁴

RESUMO

O Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (Cade), tem como principal atribuição fiscalizar as relações econômicas, tais como cartéis, aquisições e fusões. Deve atuar para punir severamente práticas anticoncorrenciais, todavia, quando age preventivamente é imperioso que sua atuação seja cautelosa e flexível, sobretudo, no que tange as concentrações de mercado. Tem tal órgão administrativo a difícil e importante incumbência de, em um primeiro momento, coibir abusos, assegurando a livre concorrência, e num outro, tutelar a livre iniciativa e o desenvolvimento do país. Buscando melhor adequação do Direito à economia de mercado foi criada a Lei 12.529/2011, que reestruturou substancialmente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sobretudo o Cade, objetivando maior eficiência, rapidez e eficácia em suas decisões. Por meio disso, atendeu aos anseios da evolução econômica, alterando a Lei 8.884/94, que não mais conseguia regular o dinamismo do mercado eficazmente. Tais alterações, como a análise prévia de atos de concentração, prazos determinados para aprovação de fusões e incorporações e ainda, alterações nos acordos de leniência, culminaram em um melhor rendimento do Cade, benefícios às empresas concorrentes e ao mercado consumidor. A atual pesquisa busca melhor entendimento da importância do Cade na sociedade brasileira, e ainda, comparar os principais aspectos da antiga e da nova lei antitruste brasileira, não tendo por objetivo esgotar todas as diferenças.

Palavras-chave: Fusões. Livre concorrência. Domínio de mercado.

INTRODUÇÃO

O sistema capitalista adotado pela Carta Magna brasileira, tem como um dos princípios basilares o da livre iniciativa, conferido ao empresário capitalista, o direito de ingressar ou sair de determinado nicho do mercado, assegurou ainda a livre concorrência, sendo esta a autorregulação do mercado, na qual agentes econômicos através da disputa, via inovação, produção e preços proporcionam sua continuação no mercado. Contudo, é intrínseco à natureza humana o egoísmo, que nos escolta desde os primórdios, razão esta que provoca uma disputa, seja por território, seja econômica ou até mesmo afetiva. Nesse contexto, cartéis e monopólios são consequências negativas, reflexos do ímpeto humano, que

¹Este trabalho foi realizado com bolsa do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC da FUNEC.

²Discente do curso de direito, Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul-FUNEC, albertotakaki@gmail.com

³Economista, Mestre e Docente das Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul - FUNEC, souzarm@hotmail.com

⁴Advogada, Mestre e Docente das Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul - FUNEC, amnoivas@terra.com.br

geram as chamadas falhas de mercado, ensejando a intervenção do Estado para sua correção, prevenindo eventuais abusos do poder econômico, punindo infrações contra a ordem econômica, tutelando a livre concorrência e o bem estar social.

A escola Clássica de pensamento econômico, representada sobretudo por Adam Smith, apresenta as bases de sustentação do liberalismo e posteriormente do neoliberalismo econômico. Segundo Rosseti (2003) dentre as suas premissas elementares está a questão do egoísmo inato dos homens, segundo o qual o empresário capitalista deve ser livre para tomar a melhor decisão possível para o investimento de seu capital, uma vez que quando o faz, aumenta a probabilidade de tomar a melhor decisão para o seu negócio, gerando renda, salário, emprego de mão-de-obra, matéria-prima e arrecadação de tributos.

Além disso, o homem tem necessidade de consumo, não somente precisa de alimentos para manutenção de sua existência, mas também sua tendência natural é sair do egocentrismo. Tem a necessidade de pertencer a um determinado grupo social, como a família, a escola e o grupo de trabalho, por exemplo.

Não há limites para as necessidades humanas, no entanto, os recursos são limitados e tendem a ser cada vez mais escassos. Torna-se mais valioso e mais necessário aquilo que é escasso, esse desejo por cobiçar o que é escasso bloqueia nosso pensamento racional e sempre é almejando aquilo que não se tem.

O Direito econômico incide suas regras conforme grau de escassez do bem, isto é, quanto mais escasso for o bem, mais valoração econômica este irá ter, quanto maior for quantidade existente de determinado bem, menor é a intervenção do direito econômico. No entanto, é necessário salientar que a lei antitruste não pune o poder econômico *per se*, pois se assim o fizesse iria de encontro com o próprio sistema capitalista adotado pela Constituição de 1988 - art. 170 e seguintes - pautada pelos princípios de Adam Smith. O Estado pune apenas quem se utiliza de sua posição dominante para aumentar arbitrariamente seus lucros, arrefecendo a concorrência e culminando em prejuízo à coletividade (TAVARES, 2006).

Segundo o ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau, o Estado em regra permite que o mercado se autorregule, mas como o sistema capitalista tem características autodestrutivas, ele deve intervir para que tais falhas sejam sanadas, remodelando o sistema à sua forma originária, tal qual foi admitido por nosso ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 2004).

CONTEXTO HISTÓRICO

As empresas no final do século XIX encontravam-se em franca concorrência, porém,

esse fator culminou com o aparecimento de fusões e aquisições, visando uma eliminação do concorrente e, por consequência, monopólios e oligopólios. Surge então o Capitalismo Financeiro, que apesar de ter seu início no final do século XIX, só após a 1ª Guerra Mundial é que essa etapa se concretizou, com o surgimento de grandes empresas que até hoje permanecem.

A política anticoncorrencial surgiu nos Estados Unidos, o país passava por forte deflação e recessão no final do século XIX, atingindo diversos setores da economia, dentre eles o ferroviário. A saída para manter sua sobrevivência no mercado foram acordos firmados pelas empresas do setor que consistiam na estipulação do valor de seus fretamentos, o chamado *trust*, para que não houvesse a necessidade de competirem entre si, nascendo assim o primeiro modelo de cartel. Tal situação deu ensejo ao primeiro dispositivo legal que dispunham sobre a defesa da concorrência, com o advento do *Sherman Act*, primeira lei antitruste promulgada nos Estados Unidos em junho de 1890, que proibira a partir de então toda e qualquer formação de *trust*. A referida lei punia tais condutas, objetivando a criação de iguais oportunidades econômicas para todos os empreendimentos (SHILLING, 2002).

No Brasil os primeiros dispositivos legais que disciplinavam a organização econômica só surgiram com a Constituição 1934, copilada da Constituição germânica de Weimar, que também foi utilizada pelas Constituições da Europa. Sendo a primeira Constituição econômica brasileira que fixou o modelo de organização constitucional das relações e atividades econômicas.

Em 1946, a Constituição Federal brasileira em seu artigo 148, pela primeira vez dispôs sobre a repressão ao abuso do poder econômico. A Lei 1.521, de 1951, passou a preceituar os crimes contra a economia popular, e a Lei 4.137, de 1962, regulamentou os artigos constitucionais, prevendo várias condutas alusivas ao abuso de poder econômico. Esse mesmo dispositivo legal criou o Cade (Conselho Administrativo de Defesa da Econômica). No entanto, faltava a sociedade da época entender a importância da consciência do direito da concorrência, sendo o órgão antitruste pouco requisitado (TAVARES, 2006).

O Cade até a década de 80, teve atuação discreta e com pouca repercussão social, dada a falta de importância no contexto econômico e administrativo brasileiro, com o passar dos anos e com relevante aumento das práticas anticoncorrenciais, o órgão de fiscalização econômica começou a ter mais importância no cotidiano da sociedade, que percebeu os prejuízos de estruturas de mercado imperfeitas - como os monopólios e oligopólios, que alteram sensivelmente preços de bens e serviços em detrimento ao consumidor. Hoje o Cade é

a mais importante ferramenta estatal no combate ao abuso do poder de mercado e às infrações contra a ordem econômica, tutelando a livre concorrência (TAVARES, 2006).

LEIS QUE ASSEGURAM A LIVRE CONCORRÊNCIA

A Constituição Federal de 1988, assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.

A essência do capitalismo é o livre comércio, a Lei Maior brasileira prevê a livre concorrência, além de ser um direito é um dever, pois, pune aqueles que praticam atividades econômicas visando lucros excessivos, dominação do mercado e eliminação da concorrência.

O art. 173, § 4º, CRFB/88, prescreve: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

É necessário manter a economia em equilíbrio, pois há duas formas de concorrência repudiadas pelo direito: a concorrência desleal e o abuso de poder, o principal dispositivo jurídico que disciplina tais atos é a Lei 12.529, de 30 Novembro de 2011, que revogou o antigo texto da Lei 8.884/1994.

O art. 36, da Lei 12.529/2011, dispõe que:

Constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

Segundo o § 2º, presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Os órgãos antitruste, ao estabelecer controle no mercado, devem levar em conta as regras constitucionais para que as normas estabelecidas sejam válidas caso haja questionamento junto ao Poder Judiciário.

A nova lei antitruste, Lei nº 12.529/2011, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, disciplina a nova estruturação dos órgãos antitruste, que fazem parte do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDC).

No entanto, antes da promulgação do novo dispositivo legal era dividido em três órgãos distintos:

- Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae)
- Secretaria de Direito Econômico (SDE)
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

A Seae integrava, ao lado da SDE e do Cade integravam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que dentre outros objetivos, o principal foi a tutela da economia competitiva através de prevenção e da repressão de ações que podiam restringir ou depreciar a concorrência, com base no dispositivo legal anterior (Lei 8.884/1994). A Seae era o órgão incumbido da instrução dos processos administrativos, possuía função de análise e investigação, considerando os aspectos jurídicos e econômicos dos fatos ocorridos, respectivamente, sendo o Cade órgão de cúpula que julgava na esfera administrativa. Passa atuar depois da Lei 12.529/2011, na divulgação da livre iniciativa e da livre concorrência, agindo de maneira educativa.

A antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) foi extinta, hoje suas atribuições foram incorporadas dentro da estrutura do que a mídia convencionou a chamar de Super Cade. O órgão interno que passa a desempenhar as funções da SDE é a Superintendência-Geral do Cade, que investiga as condutas anticompetitivas, enviando seus pareceres, não vinculativos, ao Tribunal do órgão. Além de suas competências na área de defesa da concorrência, a Superintendência-Geral coordena a Política Nacional de Defesa do Consumidor.

A Superintendência-Geral, segundo o artigo 12, da Lei 12.529/2011, é dirigida por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos. O primeiro é escolhido dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal. Já os Superintendentes-Adjuntos serão indicados pelo Superintendente-Geral.

Age de maneira preventiva a Superintendência-Geral quando há suspeitas de relações entre empresas, as chamadas concentrações econômicas, que podem causar danos de difícil reparação ao mercado e ao consumidor. Essas medidas preventivas não têm como finalidade proteger um único concorrente, mas sim o bem estar comum, ou seja, a concorrência de maneira geral, porém também tem o dever de preservar a livre iniciativa (PASSOS, 2008).

O Cade é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal. Tutela a livre concorrência investigando e julgando, na esfera administrativa, atividades econômicas que possam restringir a concorrência e prejudicar o mercado consumidor. Tem como funções orientar, fiscalizar e apurar abusos de poder econômico cometido por empresas com poder de mercado, garantindo a prevenção e a repressão a tais abusos. Era quando da vigência da Lei 8.884/94, o órgão de cúpula, que recebia pareceres do SDE e da Seae.

Em suma, a nova lei antitruste integra duas das três autoridades de concorrência anteriores - a Seae continua existindo, no entanto a SDE foi absorvida para dentro da estrutura do Cade, que detém todas as responsabilidades relativas à análise de fusões e condutas anticompetitivas. Este “novo” Cade é composto por três corpos:

- a) Superintendência-Geral, responsável pela investigação de condutas anticompetitivas e instrução de fusões;
- b) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o órgão de cúpula, que profere as decisões, sendo responsável por julgar os casos de práticas anticoncorrenciais;
- c) Departamento de Estudos Econômicos, responsável dentre outros, por elaborar estudos e pareceres econômicos capazes de auxiliar o Tribunal Administrativo nas decisões proferidas nos julgamentos de processos (PASSOS, 2008).

FORMAS DE ATUAÇÃO DO CADE

Com fundamento nas instruções e pareceres do Departamento de Estudos Econômicos e da Superintendência-Geral, o órgão antitruste julga tais processos, analisando eventuais infrações à livre concorrência, atuando sob três esferas:

- Preventiva (artigo 84, da Lei 12.529/2011):

Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do

Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei.

- Repressiva (art. 37 da Lei 12.529):

Investiga e impede condutas que possam de alguma forma lesar a ordem econômica, dominar o mercado e lucrar excessivamente. Os cartéis, vendas casadas, preços predatórios (*dumping*) e acordos de exclusividade são alguns exemplos dessas práticas. Cabe ao Cade aplicar penas previstas em lei, com multas que chegam a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Vale salientar que as decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário.

- Educativa:

Através da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito da Concorrência, do Relatório Anual da Gestão do Conselho, do boletim mensal “Cade Informa” e de cartilhas que difundem perante a sociedade os conceitos da livre concorrência. (RODAS, 2008)

DECISÕES DO CADE NAS FUSÕES QUE CRIARAM A AMBEV E A BRASIL FOODS

Empresas ao redor do mundo, nas duas últimas décadas, manifestaram clara tendência em se unir através de fusões, aquisições e incorporações, no intuito de se fortalecerem frente a concorrentes e expandirem seus mercados consumidores. Segundo a Revista Exame, 120 bilhões de reais foi valor investido em fusões e aquisições no Brasil só nos últimos cinco anos, sendo um recorde na história do país, refletindo uma tendência ao redor do mundo, e aumentando ainda mais a importância da tutela da concorrência no país (MANO, 2011).

As duas maiores empresas de bebidas do país, Antartica e Brahma, no final dos anos 90 anunciaram uma fusão formando a Companhia de bebidas da América (Ambev) e concretizada oficialmente sua aprovação final pelo Cade em 30 de março de 2000. No dia 13 de julho de 2011, a autarquia aprovou também a maior fusão da história do setor alimentício no Brasil, na qual a Sadia e a Perdigão formaram a Brasil Foods.

As decisões do Cade nas fusões citadas foram muito contestadas pelos concorrentes e opinião pública, e após inúmeras discussões e com uma série de condições impostas, o órgão aprovou ambas. No caso da fusão que originou a Ambev a decisão levou em consideração o custo/benefício da fusão, pois, se de um lado havia o risco de uma dominação de mercado e

uma redução de postos de trabalho, do outro as empresas corriam o risco de serem engolidas por suas concorrentes estrangeiras como a Budweiser e Miller, que já haviam ingressado no mercado consumidor brasileiro. Para a aprovação foi imposto um Termo de Compromisso e Desempenho (TCD), segundo o qual estipulava a venda da marca de cerveja Bavária e de algumas unidades fabris da Ambev num prazo de quatro anos, ainda a manutenção dos postos de trabalho. Já no que se refere à fusão da Sadia e Perdigão, a aprovação sobreveio após pesadas condições, na qual a mais importante foi a assinatura do TCD pela Brasil Foods, se comprometendo a vender ativos como fábricas e abatedouros e suspender a venda de diversos produtos pelo prazo de cinco anos, da Perdigão.

O anúncio da criação da Ambev em um primeiro momento foi visto pelo mercado consumidor com desconfiança e medo, sobretudo de aumento no preço dos produtos da marca, todavia, o que aconteceu não foi isso. Segundo uma pesquisa realizada pela Marplan Brasil, o consumidor de cervejas no Brasil tem um baixo grau de fidelidade e como não são produtos de primeira necessidade, o índice de fidelidade é mínimo, principalmente, no caso das cervejas, o que tornou inviável o aumento desacerbado no preço desse produto.

É uma incógnita as consequências ao mercado consumidor advindas da criação da Brasil Foods, apesar das condições impostas pelo Cade, que visou diminuir o impacto para a concorrência e consumidor, ainda existe certo temor, mesmo com o anúncio da empresa de que não irá diminuir postos de trabalho e não haverá aumento de preços com a união.

Como se trata de uma empresa do setor de alimentos, em médio prazo pode sim haver um domínio de mercado da Brasil Foods, gerando em decorrência eventuais aumentos nos preços desses produtos.

Todavia, o Cade mesmo depois da aprovação de uma fusão ou aquisição pode a qualquer tempo revisar sua decisão se: (i) tal decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, (ii) caso ocorra qualquer descumprimento das obrigações pactuadas, (iii) não forem alcançados os benefícios pretendidos, haja vista, o interesse coletivo é o que em última análise é tutelado (art. 91 da Lei 12.529/2011).

EVOLUÇÃO DO CADE

Cada vez mais atuante nas relações econômicas, o Cade, em 2009, condenou a Ambev a pagar o valor de R\$ 352,6 milhões por conta de um programa de fidelização de pontos de venda no varejo, denunciado pela concorrente Schincariol. Com a condenação histórica de

valores sem precedentes, o órgão antitruste passou a coagir eventuais concentrações econômicas que abusam de seu poder em detrimento aos concorrentes do segmento e ao consumidor.

Hoje o Cade é a mais importante ferramenta estatal no combate ao abuso do poder de mercado e às infrações contra a ordem econômica, tutelando a livre concorrência. Desde que se tornou uma autarquia, apesar de muitas deficiências, sobretudo na demora de suas decisões, vem aprimorando-se cada vez. A revista britânica *Global Competition Review* (GCR) que é a mais reconhecida publicação na área e acompanha o trabalho de agências em todo o mundo, promove uma avaliação anual de desempenho dos órgãos antitruste, divulga classificação e dá nota de no máximo 5 estrelas as agências. O Brasil em 2003, com 2,5 estrelas, obteve em 2009, 3 estrelas e, após os rumores de aprovação da nova legislação antitruste, alcançou em 2011, 3,5 estrelas, dados estatísticos que comprovam tal evolução (CADE, 2013).

O órgão antitruste brasileiro assume a função de órgão de fiscalização e punição de práticas anticompetitivas. Ao Cade cabe fiscalizar e punir abusos contra o sistema econômico brasileiro, garantindo o exercício da livre concorrência e o amplo acesso do consumidor aos produtos e serviços oferecidos no mercado. Ele possui um papel extremamente importante, devendo analisar com flexibilidade e ponderação os atos de concentração, pois, se por um lado é benéfico para grandes empresas e para o próprio Estado o surgimento de megacorporações que competem com outras grandes empresas internacionais, por outro existe um país com enormes desigualdades sociais, no qual processos como os de fusão de grandes empresas, hipoteticamente aumentam ainda mais o abismo entre as classes sociais no país, o que eleva a importância da análise de cada concentração objetivando a mitigação de seus efeitos negativos.

A NOVA LEI DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ASPECTOS GERAIS E SUAS IMPLICAÇÕES

A Lei 8.884/94 foi uma ferramenta importante na defesa da concorrência e no combate as infrações contra a ordem econômica, sobretudo na análise de cartéis e atos de concentrações econômicas, as fusões e aquisições. Todavia, a economia é dinâmica e mutante, o Direito que a disciplina é mais lento, fazendo-se necessário alterações para sua adequação aos novos ditames do mercado.

A lei antitruste que já tinha mais de 17 anos desde sua promulgação mostrava-se em

alguns aspectos, sinais de ineficácia e lentidão, por esse motivo no dia 30 de novembro de 2011, foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff, após intensas discussões nas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional a Lei 12.529/2011, que é a nova Lei Antitruste, passando a vigorar depois de seu *vacatio legis* de 180 dias, em 29 de maio de 2012, trazendo alterações significativas à ordem econômica brasileira.

Dentre inúmeras alterações trazidas pelo novel dispositivo legal, além da reestruturação citada anteriormente destacam-se:

1) Análise Prévia: a análise do controle de concentrações passou a ser prévia, isto é, a fusão ou a incorporação não poderá se efetivar antes da aprovação. Dessa forma o Cade seguiu as práticas de países desenvolvidos, conferindo-lhe uma dinâmica e estrutura que visam acelerar a análise, no qual terá prazo de 240 dias corridos prorrogáveis por mais 90 dias para analisar os casos, isso tornou possível mitigar os efeitos negativos de uma eventual desaprovação de atos de concentração, incrementando maior segurança jurídica e tornando mais efetiva a defesa da concorrência. A legislação anterior dava a prerrogativa para as empresas notificarem a autarquia depois da sua concentração efetivada o que causava uma série de transtornos, pois muitas vezes, a desaprovação poderia resultar em lesividade ainda maior à concorrência do que a própria aprovação, pelo fato de já existir uma situação formatada. Além disso, o Cade não estipulava prazo para decisão das concentrações o que gerava muitas críticas da opinião pública e das empresas interessadas (CADE, 2013).

2) Critérios de Notificação: segundo a Portaria Interministerial nº - 994, de 30 de maio de 2012, que alterou o inciso II, do art. 88 da Lei 12.529/2011, as empresas que tem faturamento bruto anual de mais de 750 milhões de reais e tencionam se fundir com empresas de faturamento anual de pelo menos 75 milhões de reais devem notificar ao Cade. Anteriormente, para o dever de notificação o faturamento anual era de 400 milhões de reais de uma das empresas, independentemente do valor faturado pela segunda, um aumento significativo nos valores. Alteração motivada pela evolução e por maior crescimento das empresas e do PIB brasileiro (CADE, 2013).

3) Acordos de Leniência: são acordos que isentam de sanções participantes de cartéis que denunciam sua existência. O novo texto legal trouxe melhorias substanciais a esses acordos, pois, extinguiu a proibição da denúncia que partia dos líderes dos cartéis, isso facilitou que participantes de cartéis efetuassem denúncias, tendo em vista que a antiga legislação vedava imunidade aos líderes dos cartéis, por conta disso, muitos membros não denunciavam o crime, temendo serem considerados líderes, em acordo com os artigos 86 e

seguintes da Lei 12.529/2011.

As mudanças trazidas pela nova lei de defesa da concorrência foram recebidas com desconfiança pelas empresas que atuam no mercado nacional, tal situação culminou em uma avalanche de fusões e aquisições dias antes da entrada em vigor do novo dispositivo legal, temendo maior rigor na aprovação das concentrações de mercado. Segundo cálculos feitos pelo o site especializado “Brasil Econômico”, um dia antes da entrada em vigor da nova Lei Antitruste, foram anunciados mais de 12 operações, em um volume financeiro que supera os R\$ 8,5 bilhões, que inclui negócios como o do grupo varejista Leader com o BTG Pactual, o da Cosan com a Comgás e o da empresa aérea Azul com a Trip (CAVALCANTI, 2012).

CRÍTICAS À NOVA LEI ANTITRUSTE

Apesar das diversas alterações que trouxe a nova lei, alguns apontamentos são imperiosos, segundo Vinícius Marques de Carvalho a unificação que criou o “Super Cade” fez com que uma dúvida fosse levantada, a que diz respeito ao devido processo legal, pois um mesmo órgão é encarregado ativamente na apuração dos fatos e de julgar tais acontecimentos, fazendo com que o Cade assumisse uma postura parcial nas análises de casos concretos (CORDOVIL, *et al.*, 2011).

No que tange a alteração da análise de concentração de mercado, que passou a ser prévia, alguns profissionais do direito antitruste como o Dr. André Luiz Santa Cruz Ramos entende ser descabida uma análise prévia, segundo ele:

É impossível prever os resultados de uma determinada concentração empresarial. Nem as empresas que estão se fundindo sabem o que vai acontecer. Pode ser que a decisão delas se mostre acertada, e a fusão acarrete diminuição de custos e aumento da eficiência. Porém, pode ser que a fusão não produza os efeitos esperados. Não há como adivinhar uma coisa ou outra (RAMOS, 2012, p.1).

Especialistas também apontam que apesar das reformas serem na teoria benéficas à saúde do mercado, hoje o contingente de funcionários do Cade é muito pequeno, o que coloca em "cheque" a celeridade da análise prévia das concentrações de mercado, caso não consiga analisar uma fusão no prazo que a nova lei estabelece, a aprovação será considerada tácita, podendo essa situação prejudicar o mercado consumidor e a própria concorrência.

CONCLUSÃO

As relações econômicas entre empresas constituem-se em uma prática comum do capitalismo moderno, sendo as fusões e as aquisições de empresas muitas vezes mecanismos utilizados para reduzir os problemas financeiros e fugir de um colapso, já que através de sinergia e captação de recursos, conseguem melhorar de forma significativa os investimentos das empresas. Além disso, com a globalização do mercado, tornam-se cada vez mais comuns empresas brasileiras passarem por processos de concentrações de mercado, objetivando competir com grandes empresas internacionais. Do ponto de vista tributário, podem ser positivas ao Estado, dada a capacidade de aumento de arrecadação. No entanto, efeitos nefastos podem advir de tal união, pois a nova corporação passa a ter alto poder econômico, controlando grande parte do mercado, muitas vezes convertida em preços abusivos, condicionamento dos hábitos de consumo, menor inovação, menor produtividade, concentração de renda, entre outros males, o que culminam com prejuízos ao mercado consumidor.

Nesse contexto, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem papel positivo na conjuntura capitalista vigente, de um lado atuando na regulação e decidindo de maneira flexível os rumos das relações de concentrações de mercado frente à concorrência e mercado consumidor, e por outro lado agindo severamente, por meio de punições a atos que atentem contra a ordem econômica.

O Cade mesmo com recursos escassos se comparados à órgãos antitruste internacionais, se mostra cada vez mais adulto e robusto com relação aos seus órgãos que tutelam a livre concorrência, evoluindo ano após ano nesse sentido. Apesar de críticas daqueles que defendem a livre concorrência sem qualquer intervenção estatal, é imperioso salientar que em uma sociedade democrática todo o poder deve sofrer limitações, a história da humanidade se mostra clara quando a isso, nas sociedades em que houver concentrações exacerbadas de poder os resultados se apresentaram catastróficos.

Apesar da Lei 8.884 de 1994, ter sido um avanço do direito concorrencial brasileiro, transformando o Cade em uma autarquia, se fazia necessário alterações legislativas que acompanhassem o dinamismo da economia. Dessa forma em 2011 foi promulgada a Lei 12.529, que revogou a Lei 8.884/94, reestruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e tornando-o mais efetivo. Ademais, prescreve o novel dispositivo legal, que a assinatura de contratos de fusões e aquisições devem passar por análise prévia de risco concorrencial e por aprovação do Cade, o que maximiza a fiscalização e eficiência, mitigando efeitos negativos de tais práticas, julgando-os em tempo econômico. Ainda, o SBDC se

reestruturou institucionalmente, unindo em uma só estrutura os órgãos antitruste que investigam e julgam práticas anticoncorrenciais, diminuindo acentuadamente a burocracia desses procedimentos.

A tutela da livre concorrência é benéfica não só as empresas, mas especialmente à sociedade, que se garantida tal prática tem acesso a produtos diversificados, com preços justos e cada vez melhores. A finalidade da atual pesquisa científica é principalmente elucidar os aspectos da evolução das políticas públicas na esfera do direito concorrencial, além de difundir à sociedade e ao meio acadêmico a importância da livre concorrência. Aplicar a legislação à economia de mercado é tarefa árdua e muito difícil. O refinamento dessa política dependerá de como o mercado irá se comportar frente aos novos ditames que disciplinam a forma de atuação do SBDC. O Cade, que recentemente fez 50 anos de existência, tem se mostrado um órgão público cada vez mais preparado no combate às falhas do capitalismo e apesar das várias críticas recebidas ao longo de sua história, o grau de amadurecimento institucional e as experiências passadas revelam que seu futuro para os próximos 50 anos é promissor, permitindo que continue sua trajetória de avanços no combate ao abuso de poder econômico, na defesa da livre concorrência e, sobretudo, na tutela dos interesses da coletividade.

**ADMINISTRATIVE COUNCIL OF DEFENSE MANAGEMENT: ITS IMPORTANCE
IN PROTECTION OF FREE COMPETITION AND THE MAIN CHANGES
BROUGHT BY LAW 12.529, 2011**

ABSTRACT

The Administrative Council for Economic Defense (Cade) has the primary responsibility to supervise economic relations, such as cartels, mergers and acquisitions. It must act to severely punish anticompetitive practices, however, when it acts preventively is imperative that their performance is cautious and flexible, especially regarding market concentrations. Administrative authority has such a difficult and important task to, at first, curb abuses, guaranteeing free competition, and in another, protect free enterprise and the development of the country. Searching better adapt the law to the market economy, the Law 12.529/2011 was created that has substantially restructured the Brazilian System of Competition Defense (SBDC), especially Cade, aiming higher efficiency, speed and efficiency in their decisions. Thereby, it met the expectations of economic evolution, changing the Law 8.884/94 that could no longer regulate the market dynamism efficiently. Such changes, as the previous analysis of mergers, certain time limits for approval of mergers and acquisitions also changes to the leniency agreements, culminated in a better yield of Cade, benefits to competitors and the consumer market. The current research aims to a better understanding of importance of Cade in Brazilian society, and also compare the main aspects of the old and the new Brazilian antitrust law, having not intended exhaust every differences.

Keywords: Mergers. Free Competition. Market Domain.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, **Lei 8.884/94**: Lei antitruste. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 7 maio 2013.

BRASIL, **Lei 12.529/2011**: Lei do sistema brasileiro de defesa econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

CAVALCANTI, S. **Super cade surge no ano de recorde de fusões e aquisições**. Disponível em: <http://www.brasileconomico.ig.com.br/noticias/super-cade-surge-no-ano-de-recorde-de-fusoes-e-aquisicoes_117458.html>. Acesso em: 04 abr. 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Histórico**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

CORDOVIL, L. *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GLOBAL competition review (Reino Unido). **Brazil's competition bar**. Disponível em: <<http://www.globalcompetitionreview.com/news/frontpage.cfm>> Acesso em: 1 de jul. de 2013.

MANO, C; GRANDO, J. W. 120 bilhões de reais em compras. **Revista Exame**, 1002 ed. São Paulo. Abril, 2011.

OLIVEIRA, J. P. C. S. **O Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica**. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6000>>. Acesso em: 09 de maio de 2013.

PASSOS, F. **O papel de acompanhar o equilíbrio do mercado**. In: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO SUPERIOR NO ESTADO DE SÃO PAULO – SEMESP. Guia da concorrência. 2008. Disponível em: <http://www.semesp.org.br/portal/pdfs/2008/guia_da_concorrenca.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2012.

RAMOS, A. L. S. C. **A nova lei antitruste brasileira: uma agressão à livre concorrência**. 2012. Disponível em: <<http://libertatum.blogspot.com.br/2013/02/a-nova-lei-antitruste-brasileira-uma.html>>. Acesso em: 2 de maio 2013.

RODAS, J. G. **O direito antitruste e as entidades educacionais**. In: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO SUPERIOR NO ESTADO DE SÃO PAULO – SEMESP. Guia da concorrência. 2008. Disponível em: <http://www.semesp.org.br/portal/pdfs/2008/guia_da_concorrenca.pdf>. Acesso em: 2 de Nov. de 2012.

ROSSETTI, J. P. **Introdução à economia**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Histórico**. Disponível em:
<<http://www.sde.df.gov.br/>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

SHILLING, V. **O truste e a democracia**. 2002. Disponível em:
<<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/truste.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

TAVARES, A. R. **Direito constitucional econômico**. 2.ed. São Paulo: Método, 2006.