



A Lei 12.529/2011 e os princípios da ordem econômica constitucional

Adriana Feliciano Pereira Souza¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a uma análise sobre as modificações trazidas pela Lei 12.529/ 2011 e seus reflexos no mundo econômico e jurídico, de forma a esclarecer alguns pontos de grande relevância. Outrossim, indicar as vantagens dessas alterações no mundo empresarial no plano fático, portanto, demonstrar a importância desse tema para a economia brasileira.

Tais modificações eram estritamente necessárias tendo em vista que era flagrante a urgência de uma lei antitruste mais contingente com a economia atual que, após a globalização, viu seu mercado de consumo aumentar demasiadamente, não sendo mais a revogada Lei 8.884/94 capaz de suprir essa necessidade.

De outro norte, outro aspecto relevante é que o CADE, munido de mais poder, precisará de um respaldo estrutural mais ágil e prático do que o atual. Ademais, possibilitando tamanho poder a um único órgão(CADE), investigar e julgar não seria inconstitucional.

Sendo assim, a pretensão desse trabalho é suscitar os debates acerca dessas questões e, através de pesquisas e doutrinas, edificar uma análise crítica com o intuito de tornar mais clara a importância da lei antitruste.

Como questão problema deste estudo, a preocupação, aqui, reside no fato de se questionar quais são os reflexos e consequências das modificações introduzidas no SBDC- Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pela Lei 12.529/11. Em virtude dessas considerações, é necessário um estudo crítico sobre a nova lei em debate.

Em uma perspectiva crítica, urge afirmar que, para que possa a nova lei surtir os efeitos esperados, será preciso que os interpretes das leis, os julgadores e os empresários nunca se esqueçam de ter em mente que a Constituição Federal determina

¹ Especialista em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Advogada.



que a ordem econômica se sustenta sobre dois fundamentos: a Livre Iniciativa e a Valorização do Trabalho Humano, em busca de assegurar vida digna às pessoas.

Assim, justifica-se a presente pesquisa que busca demonstrar o papel importante do Estado como interventor no domínio econômico, realizando seu dever de agente normativo e regulador, sempre acobertado sobre o manto principiológicos.

1 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Consoante o artigo 170, da Constituição Federal, a Ordem Econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, segundo o preceito da justiça social, porém, sempre respeitando os princípios ali elencados, quais sejam: Soberania Nacional, Propriedade Privada, Função Social da Propriedade, Livre concorrência, Defesa do Consumidor, Defesa do Meio Ambiente, Redução das Desigualdades Regionais e Sociais, Busca do Pleno Emprego e Tratamento Favorecido para as Empresas de Pequeno Porte, constituídas sob as Leis brasileiras que tenham sua Sede e Administração no País.

Embora todos os princípios, acima descritos, sejam de grande relevância para a Ordem Econômica, para o presente trabalho apenas serão usados os Princípios da Livre Concorrência e Defesa do Consumidor.

1.1. PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Como supramencionada, a livre iniciativa é um dos fundamentos da Ordem Econômica Constitucional e, por ela, entende-se como regra a liberdade dos indivíduos de exercerem sua atividade econômica de forma independente sem um domínio por parte do Estado que só atuará de forma excepcional é o que se observa pela leitura do parágrafo único, do artigo 170, da Constituição Federal. Logo, diante de tal interpretação, conclui-se que “o postulado da livre iniciativa tem uma conotação normativa positivada (liberdade a qualquer pessoa) e um viés negativo (imposição da não-intervenção estatal)”².

² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2.ed. São Paulo: Método, 2006, p. 83.



Ademais não se pode perder de vista que, embora haja uma liberdade, essa não se aplica de forma absoluta, pois parte-se do princípio que essa liberalidade deve estar em consonância com a justiça social já que, consoante o artigo 170, da CF/88, a finalidade da Ordem Econômica é assegurar a todos uma vida digna e, para que isso ocorra, ali estão elencados os princípios que devem ser respeitados de forma a garantir tal propósito.

Vale citar a definição do mencionado princípio feita por José Afonso da Silva³:

(...) num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.

Partindo dessa premissa, percebe-se que a Livre Iniciativa é considerada um dos alicerces de toda a ordem econômica, de modo que, através dessa autonomia concedida à atividade econômica, possa haver uma economia aberta de modo mais contingente com os objetivos de um Estado Democrático de Direitos.

Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 772.



fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente.⁴

1.2. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O Princípio da Livre Concorrência se faz pertinente uma vez que é um desdobramento do Princípio da Livre Iniciativa, ou melhor dizendo, enquanto aquele é o regime jurídico constitucional da ordem econômica, esse é a base desse regime.

Livre iniciativa e Livre Concorrência são, portanto, conceitos complementares, porém, distintos. A livre iniciativa caracteriza-se por ser a projeção da liberdade individual no plano da economia, ou seja, plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, bem como a utilização dos meios mais apropriados à consecução dos fins desejados. Já a livre concorrência tem caráter instrumental, na medida em que se apresenta como o "princípio econômico" pelo qual o livre jogo das forças determine os preços praticados.⁵

Depreende-se que os referidos princípios estão entrelaçados de modo que um não sobrevive sem o outro, ou seja, para que haja uma economia crescente e justa, há a necessidade ao respeito de ambos. Nessa toada, vale destacar o entendimento de Celso Ribeiro Bastos⁶:

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. [...] Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.

⁴ FONCÊCA, Iane Jucá; Jusélia Quadros de Abreu. **A livre Iniciativa e a Livre Concorrência enquanto Princípios da Atividade Empresarial**. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/a-livre-iniciativa-e-a-livre-concorrenca-enquanto-principios-da-atividade-empresarial/85105/#ixzz2cppUyNXf>>. Acesso em 25 mar.2012.

⁵ PANTONI, Roberta Alessandra. Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Obra "A Riqueza das Nações" de Adam Smith. Disponível em : < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807>. Acesso em 15 mar.2012.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. Ed. São Paulo:Saraiva, 2000, p.459.



Assim, quanto à importância da livre concorrência, cumpre trazer à baila a definição dada pelo CADE-Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁷.

O princípio da livre concorrência está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso IV e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado. Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a se manter nos menores níveis possíveis e as empresas devem constantemente buscar formas de se tornarem mais eficientes, a fim de aumentarem seus lucros. Na medida em que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e inovação das empresas.

Nesse passo, para a garantia de uma livre concorrência leal faz-se necessária uma intervenção efetiva do Estado, de forma a regular ou até sua participação de forma direta, pois, embora a ordem econômica seja fundamentada na livre iniciativa que preconiza uma não intervenção por parte do Estado isto, conforme já citado, não é absoluto; resta clara essa afirmação pela leitura do §4º, do art.173, da CF: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Assim, o Estado, para garantir que os princípios constitucionais sejam respeitados, proíbe alguns atos desleais e prejudiciais tais como o monopólio, oligopólio dentre outros, portanto, torna-se importante uma análise em relação à forma de atuação do Estado na Ordem Econômica.

1.3. PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Livre Concorrência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a09362b749de35fe0b38085ffd>>. Acesso em 22 jul.2012.



Nota-se a preocupação que o Estado, representado pelos seus legisladores, tem com o consumidor a ponto de determinar como princípio constitucional, e ainda, como direito fundamental, a defesa do consumidor, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” este é comando do art.5º, da Constituição Federal atual.

Ainda na Constituição Federal, porém no campo dos princípios da ordem econômica, no artigo 170, inciso V, encontra-se presente, outra vez, a defesa do consumidor. A bem da verdade, o referido princípio anda ao lado do princípio da livre concorrência uma vez que uma das táticas utilizadas para que o Princípio da Defesa do Consumidor tenha efeito é a garantia de uma livre concorrência.

O supracitado princípio é de grande relevância na atualidade devido ao processo de globalização por que passou o Brasil, cuja sociedade se tornou mais consumista necessitando, assim, de um regime jurídico mais contingente e capaz de maneira a evitar os abusos por parte dos fornecedores. Razão pela qual surgiu em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, responsável por instituir regras que protejam e defendam os consumidores que são considerados, pelo princípio da vulnerabilidade, a parte mais frágil em uma relação de consumo. Eros Roberto Grau⁸ diz tratar-se de um princípio impositivo que traz uma dupla função.

(...) instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de *diretriz* (Dworkin) *norma -objetivo* dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.

De outro giro, tem-se a defesa do consumidor como uma limitação ao princípio da livre iniciativa, visto que é livre a produção de produtos no comércio, desde que não cause prejuízo aos consumidores.

Destarte, resta claro que os princípios estão todos entrelaçados de forma que, ao ferir um, haverá reflexos em outro, ou seja, ao não se respeitar o princípio da concorrência, automaticamente, resulta um prejuízo à defesa do consumidor. Dito isso, é

⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 262.



obrigação do Estado interferir quando necessário de modo a prevenir ou punir qualquer desrespeito aos princípios por ele instituído.

2 ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO PÚBLICO

Seguindo o ensinamento de Eros Grau, deve-se distinguir os significados ambíguo que possui a palavra atividade econômica na Constituição Federal, ora se apresentando como gênero e ora como espécie, ou seja, em sentido estrito. Em seu sentido como gênero, ou melhor dizendo amplo, se divide em serviço público e atividade em sentido estrito. No que tange ao serviço público, este é uma espécie de atividade econômica cuja exploração cabe preferencialmente ao setor público, já a atividade em sentido estrito é a possibilidade do Estado desenvolver atividades em um campo reservado ao setor privado⁹.

Outrossim, essa significativa distinção da amplitude de cada uma delas se fez pertinente para assim poder compreender o instituto de intervenção estatal no domínio público. Urge trazer o conceito do termo intervenção no domínio econômico:

O vocábulo *intervenção*, então, veiculado em sentido forte, que indica *atuação em área de outrem* _ isto é, naquela esfera, do privado __, é o que melhor se presta a conotar o significado pretendido. A própria Constituição, de resto, não dispensa sua utilização: no art.149 define competir exclusivamente à União instituir contribuições de “*intervenção no domínio econômico*”. (...) “domínio econômico” é precisamente o campo da *atividade econômica em sentido estrito*, área alheia à esfera pública, de titularidade (domínio) do setor privado¹⁰.

Com efeito, pode-se definir que atuação estatal que será discutida no presente trabalho será a de forma indireta ou seja intervencionista (agente normativo e regulador), na seara que é de predominância do ramo privado, porém há de ressaltar que pode o Estado atuar de forma direta, como agente econômico, conhecido por atuação por participação (por monopólio ou concorrencial). Diferenciações que serão melhor esclarecidas no decorrer deste estudo.

⁹ Ibid., p. 134-136.

¹⁰ Ibid., p. 158.



2.1. PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

De fato, ao mesmo tempo em que a Ordem Econômica é fundada na livre iniciativa que, como já mencionado, significa o poder dos agentes econômicos atuarem no mercado de forma livre sem empecilho pelo Estado, sendo essa a regra, de outro lado, essa liberdade é limitada pela intervenção estatal, porém somente de forma complementar e excepcionalmente.

A esse propósito, convém citar que essa interferência pode ocorrer de maneira direta e indireta. Direta, quando o Estado atua como agente econômico, como empresário nos casos do art.173, da Lei Maior “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividades econômica pelo Estado só será permitida, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (...)”¹¹. Nesse modo de operar como agente econômico, o Estado atua em sua função atípica, já que esse papel cabe ao campo da iniciativa particular. Ademais, subdivide em duas formas: sistema de monopólio e de concorrência.

No sistema de monopólio, o Estado é detentor único no desenvolvimento de certas atividades sempre objetivando o bem comum “a supressão de uma atividade do regime da livre iniciativa, imposta pelo Estado, em benefício do interesse público”¹², contudo trata-se de um rol taxativo quanto a essa possibilidade, discriminado no artigo 177, da Constituição Federal.

De outro giro, há a modalidade de atuação em que o Estado age de forma concorrencial com as empresas privadas através de suas empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades estatais ou paraestatais, fazendo parte da atividade econômica. É vital destacar que não possui privilégios, concorrendo com as empresas privadas em igualdade de condições.

E em atuação indireta, como agente normativo e regulador da economia, conforme o artigo 174, do referido diploma legal “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização,

¹¹ MECUM, Vade. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 614.



incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Pela leitura dos citados artigos é de se vislumbrar a nítida separação das formas de agir do Estado diante da economia: uma, de forma mais ativa e outra, em uma ação mais fiscalizatória atuando em sua função típica e essencial.

Embora alguns doutrinadores coloquem a expressão intervenção no domínio econômico em seu sentido amplo incluindo as duas formas de atuação do Estado (participação e intervenção), para esse trabalho faremos a distinção entre elas uma vez que participação estatal quer dizer atuação do Estado em sua forma direta como agente econômico, enquanto que intervenção é a atuação em seu sentido indireto como agente normativo e regulador.

Partindo dessa premissa, cabe ao Estado o dever de regular a economia quer determinando estruturas ou normas de comportamentos obrigatórios ou manuseando os instrumentos já existentes de acordo com interesse coletivo, ou seja, aplicando regras de condutas à atividade econômica. Para essa forma de atuação por intervenção, por estar ligado diretamente ao tema desta pesquisa, será necessária uma maior explanação esclarecendo seu conceito e sua importância na sociedade atual.

Nesse molde de intervenção, Eros Roberto Grau faz uma subdivisão em intervenção por direção ou indução; a primeira trata de aplicação de normas de caráter cogente em que sua inaplicabilidade é acarretada de sanções jurídicas um exemplo é a repressão ao abuso do poder econômico. Já a segunda é despida de coercibilidade possuindo caráter voluntário com a finalidade de incentivar, estimular ou desestimular determinadas atividades como ocorre nas normas de concessão de incentivos tributários ou financeiros.

Luiz Albert David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, em sua obra Curso de Direito Constitucional, preleciona os valores que possuem essa atuação do Estado como agente normativo e regulador:

Essa intervenção tem dois propósitos básicos: preservar o mercado dos vícios do modelo econômico (concentração econômica, condutas concentradas etc.) e assegurar a realização



dos fins últimos da ordem econômica, quais sejam, propiciar vida digna a todos e realizar a justiça social¹³.

Dessa forma, o aspecto normativo presente no Estado Democrático deve proceder de modo a planejar o desenvolvimento econômico equilibrado por meio de diretrizes e suportes para sua concretização e fiscalização das empresas para que haja o devido cumprimento aos preceitos da ordem econômica e o equilíbrio entre os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Assim, cabe ao Estado cuidar para evitar colisão entre princípios, em especial para a presente pesquisa o da livre concorrência e da livre iniciativa, a responsabilidade de fiscalizar o comportamento dos particulares e de suas empresas. A repressão do abuso do poder econômico é considerada umas das modalidades mais severa de intervenção, em razão dessa perspectiva, justifica-se a criação de um Órgão Executivo que tenha a função de fiscalizar, denominado CADE-Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o qual dispõe sobre a prevenção e a repressão as infrações contra a ordem econômica.

Com efeito, o que resta claro é que a Constituição atual determina que a intervenção Estatal somente será autêntica quando for para proteção dos princípios nela estabelecidos e para evitar práticas comerciais nocivas à economia e à sociedade como por exemplo cartéis ou monopólio.

2.2 DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Uma das formas de garantia ao princípio da livre concorrência está ligado ao fato de que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros” previsão do artigo 173,§4º da Constituição Federal.

Muito embora as atividades econômicas possam ser exercidas livremente em virtude do princípio da liberdade de iniciativa, essa liberalidade não pode ser absoluta de forma a criar qualquer prejuízo como no caso de monopólios, oligopólio, cartéis e

¹³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 459.



qualquer outra atividade em que haja concentração de poder nas mãos de um ou de poucos, visto que esses atos acabam por trazer consequências prejudiciais à ordem econômica.

Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social¹⁴.

Partindo da premissa que esses atos são de grande prejuízo à economia, é necessário que haja mecanismo de proteção à concorrência e, uma das formas de alcançar isso, é por meio de legislação antitruste que tem por finalidade sustar eventuais abusos ao poder econômico de modo a assegurar um ambiente concorrencial.

É através das leis antitruste, regras que visam a proteger a concorrência em virtude desse ser o princípio basilar da ordem econômica, que pretende o Estado atuar de forma a manter as condições de igualdade entre concorrentes e, em consequência, acautelos os interesses dos consumidores.

Frise-se que a lei antitruste não proíbe o exercício do poder de mercado, até porque seria uma violação ao princípio da liberdade de iniciativa; o que ela pune é seu exercício de forma abusiva.

3 NOVA LEI 12.529 DE 2011

Em razão das dificuldades causadas pela Lei 8.884 que adotava uma sistemática burocrática para determinar e consentir alguns procedimentos empresariais, fez-se necessário a criação de uma nova legislação que estivesse em maior harmonia com esse novo olhar da importância da intervenção estatal na economia.

¹⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 756.



Consoante Leila Cuéllar¹⁵, em seu livro *Estudos do Direito Econômico*, é de suma importância reconhecer que a ordem econômica de um Estado é um dos fatores responsáveis pela justiça social de forma a garantir a todos vida digna e desenvolvimento; a partir dessa reflexão é que surge o quanto é essencial a intervenção do Estado de forma a regular, fiscalizar e incentivar a economia.

A lei 12.529/2011 concebe um novo sistema para a defesa da concorrência, que é o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo CADE – Conselho de Administração e Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Assim, para Leonor Cordovil, em sua obra *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*, o Estado como órgão a quem cabe fiscalizar e incentivar a economia, diante da referida celeuma em torno da demora em se aprovar ou não os atos de concentração, começou a se preocupar com os prejuízos à economia e aos consumidores, razão pela qual houve a necessidade da elaboração de uma lei mais atual, mas de acordo com a realidade econômica contemporânea.

A reforma realizada na estrutura do CADE e no fato de agora haver uma exigência de uma avaliação prévia por parte deste em que cabe a ele uma decisão antes da incorporação ou fusão, dentro de um prazo de 240 dias, prorrogáveis por mais 90 dias, foi com o propósito de torná-lo mais adequado e, portanto mais eficaz para toda a economia.

Partindo-se da premissa que o melhor meio para se combater o abuso do poder econômico é garantir a livre concorrência esta deixa de ser um fim em si mesmo, mas passa a ser um meio a ser utilizado para obtenção de resultados mais eficientes.

É importante destacar que as alterações realizadas no SBDC não foram apenas em seu campo estrutural, mas também relevantes mudanças nas questões de direito material, já que essa nova lei acaba por inaugurar um novo tempo na política de defesa de concorrência com uma visão mais aberta “com uma maior coordenação entre a

¹⁵ CUÉLLAR, Leila; Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 33.



repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e, o que ainda é mais incipiente no Brasil, também na esfera civil”¹⁶.

Nesse cenário de alterações, não se deve perder de vista qual a finalidade, intuito da defesa da concorrência e qual será o instrumento por ela utilizado para atingir seus ideais, partindo do fato que pode haver confusão entre estas. Sobre essa diferenciação, observe a relevante reflexão:

A Constituição Federal, ao dispor que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art.173, §4º), estabelece claramente que o controle das práticas anticompetitivas é um dos meios escolhidos para garantir os princípios constitucionais da ordem econômica arrolados no art.170, entre eles os destacados no art. 1º referido acima. Desse modo, combater o abuso do poder econômico, que se caracteriza como um desvio de finalidade no uso desse poder, é o “meio” e garantir a livre concorrência e a defesa dos consumidores é a “finalidade” precípua da lei de defesa da concorrência¹⁷.

A Lei 12.529 reorganizou o SBDC e ampliou a estrutura do CADE, bem como realizou importantes modificações no procedimento de análise dos atos de concentração empresarial, dotando-o de mais poderes.

3.1. ALTERAÇÕES NOS ASPECTOS ESTRUTURAIS

A princípio, urge mencionar a definição do CADE descrita no artigo 4º, da lei 12.529, que não sofreu nenhuma alteração “ é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”. É de grande relevância mencionar que, embora o artigo se refira que o CADE é um órgão

¹⁶ CORDOVIL, Leonor. et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

¹⁷ Ibid., p. 45.



judicante, trata-se de uma jurisdição administrativa visto que este não faz parte do Poder Judiciário, mas sim do Poder Executivo ligado ao Ministério da Justiça. Ademais, a função do CADE é “de agente modernizador e defensor da concorrência dentro de um Estado regulador moderno, pró-mercado (...), de modo a influenciar, no dia-a-dia do cidadão, a partir do estímulo da concorrência no setor de serviços e produtos oferecidos à sociedade”.¹⁸

E para atingir tal meta, ele atua de três formas: - educativa, conforme previsto no artigo 9º, inciso XIV, “instruir o público sobre as formas de infração da ordem pública”, que pode se dar através de palestras, a edição da Revista de Direito Econômico e outros; - preventiva, quando da verificação de análises de ato de concentração, porém não em todos, mas somente nos exigidos pela lei, conforme estudo adiante; - repressiva, nos casos de sanções aplicadas pela prática de infrações à ordem econômica.

No que tange às alterações no campo estrutural, urge aludir ao fato da formalização SBDC que existia apenas no plano material que era a composição conjunta de três órgãos o CADE, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça-SDE e Secretaria de Acompanhamento Econômico-SEAE. Após a Lei 12.529/2011, o SBDC é regularizado passando a constar no art. 3º, da referida lei e consiste em um sistema composto por dois órgãos responsáveis pela defesa da concorrência do Brasil que são o CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda .

No que se reporta ao CADE, sua estrutura organizacional restou constituída pelos órgãos da Superintendência Geral que cuidará das investigações e instruções dos processos administrativos e dos atos de concentrações; Tribunal Administrativo de Defesa Econômica terá a função de julgar os processos e os atos investigados que forem instruídos pela Superintendência Geral; e o Departamento de Estudos Econômicos, que através da elaboração de estudos e pareceres econômicos, possui o intuito de conceder uma base às decisões do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

Assim, o SBDC concentrou em apenas um órgão o estudo e decisão dos casos de matéria concorrencial que, até então, eram analisadas por três órgãos (Seae, SDE e o Cade), simplificando todo o processo de maneira a trazer mais eficiência à defesa da

¹⁸ PETER, Lafayate Josué. **Direito Econômico**. 5.ed. Porto Alegre:Verbo Juridico, 2011, p. 223.



concorrência. Portanto, faz-se necessária uma síntese das estrutura dos órgão que compõem o Cade.

O Tribunal Administrativo é formado por um presidente e seis conselheiros com mandato de 04 anos, não coincidentes, e proibida a recondução (alteração da Lei 12.529 que anteriormente previa mandato de 02 anos e permitia uma única recondução) e de dedicação exclusiva não se admitindo qualquer acumulação, salvo as de previsões constitucionais.

A superintendência Geral possui 01 superintendente-geral e 02 superintendente-adjuntos, que terão suas atribuições definidas em Resolução, e com mandato de 02 anos com permissão de uma recondução para um único período subsequente. O Departamento de Estudos Econômicos será dirigido por um Economista-chefe que terá a função de realizar estudos e pareceres econômicos de ofício ou por solicitação.

Outrossim, outro instituto que funcionará em conjunto com o CADE será a Procuradoria Federal Especializada, que agirá com a finalidade de prestar assessoria jurídica e assim assegurar maior efetividade das decisões do Conselho junto ao Poder Judiciário. No que condiz ao Ministério Público Federal este teve sua atuação limitada a emitir parecer em relação a processos para aplicação de pena por infração à ordem econômica, não mais podendo atuar nos atos de concentração. Todavia, máxime que o Cade por fazer parte da administração indireta não está subordinado ao Ministério existe apenas uma vinculação entre eles.

A Secretária da Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda é responsável por conceder pareceres econômicos nos atos de concentrações, assim como investigar condutas anticoncorrenciais. A Seae oferece, todo ano, um relatório de suas ações que visam à produção da concorrência.

3.2. MODIFICAÇÕES NO ÂMBITO PROCEDIMENTAL

Partindo da premissa que o processo é o instrumento utilizado para a obtenção do direito material pretendido e, que cabe ao Estado o papel de pacificador de conflitos, este confere ao particular o direito de exigir sua intervenção que se dará através do processo, lembrando que o Estado tem sempre como finalidade o interesse público,



assim a Lei 12.529 com devida preocupação com um processo administrativo mais eficaz realizou algumas alterações a esse aspecto, sempre buscando dar maior efetividade nas decisões do SBDC, pautada no princípio da celeridade que estabelece que o processo deve se desenvolver o mais rápido possível de maneira que garanta a utilidade do resultado alcançado ao final da demanda, preocupação em toda a área do Direito e assim não podia ser diferente no âmbito do SBDC.

Um das principais mudanças nesse campo diz respeito ao fato da necessidade de uma análise previa no caso de atos de concentração, ou, de forma mais clara, as empresas que visem a uma união empresarial necessitam aguardar a decisão favorável do CADE para somente, depois, efetuarem essa concentração sob pena de multa de R\$60 mil a R\$ 60 milhões. Todavia o Cade terá o prazo legal de 240 dias prorrogáveis por mais 60 dias por solicitação das partes ou por mais 90 dias por requisição do Tribunal Administrativo através de uma decisão fundamentada para apreciação do pedido que, no seu silêncio, será considerado automaticamente aprovada. Ademais, no caso de essa aprovação se der pela Superintendência-Geral é possível o Tribunal avocar ou terceiros interessados impugnar essa decisão criando, então, uma segunda instância.¹⁹

Outras modificações de grande relevância diz respeito à necessidade de notificação ao CADE do ato de concentração somente quando uma das partes tenha registrado faturamento bruto de pelo menos R\$ 400 milhões no país no último ano fiscal e a outra tenha o faturamento mínimo de R\$ 30 milhões no mesmo período (artigo 88 inciso I e II). O conceito dado pela nova lei a ato de concentração se tornou mais restrita em virtude de haver uma lista do que é considerado ato de concentração o que não ocorria anteriormente em que era tratada de forma aberta em que qualquer ato que pudesse prejudicar a livre concorrência era tido como ato de concentração²⁰.

Em relação à primeira mudança descrita acima, o que se pretende é que somente atos de concentração mais vultosos e de maior relevância à concorrência precisem da autorização do CADE, mais uma vez primando pelo princípio da celeridade em que o

¹⁹ CORDOVIL, Leonor. et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37-38.

²⁰ Ibid., p. 39-40.



CADE somente cuidará de atos empresariais substanciais. No que tange ao novo conceito de ato de concentração, este poderá trazer conflito em sua interpretação, pois, de um lado essa mudança traz uma maior segurança jurídica já que se tem definido claramente o que é considerado ato de concentração; em contrapartida, essa limitação trará uma certa dificuldade para a jurisprudência em não considerar atos meramente organizacionais, como, por exemplo, reorganização societárias, em atos de concentração em virtude desses estarem enquadrados nas hipóteses elencadas pela lei ainda que não tragam qualquer impacto para o mercado concorrencial ou até mesmo ao contrário de enquadrar atos não previstos na lei, porém de enorme importância ao direito concorrencial, embora o §7º, do artigo 88, da lei em comento, traga uma válvula de escape “É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano, a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”. É cediço que essas dificuldades deverão ser analisadas á luz do caso concreto sempre primando pelo interesse do bem comum.

Outra definição alterada ocorreu no §2º, do artigo 36, que traz como presumida a posição dominante no mercado quando “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”, embora esse percentual possa sofrer alterações pelo CADE. Nota-se uma preocupação em não adotar medidas taxativas dando um pouco de liberdade ao órgão em questão.

3.3. RELEVANTES MUDANÇAS NAS QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL

No que atine às condutas consideradas como infrações à ordem econômica previstas no artigo 36, da supracitada lei, não se visualizam grandes alterações; continua a ser considerada objetiva a responsabilidades dos sujeitos que praticarem alguma infração, e o fato de ocorrer conquista de mercado de maneira natural, em consequência de uma maior eficiência de um concorrente aos demais, não caracterizará infração à ordem econômica. A pequena alteração foi a supressão da conduta de impor preços excessivos como infração que era prevista na lei 8.884/94, no artigo 21, inciso XXIV.



Já, em relação a penalidade em casos de condutas anticoncorrenciais, ocorreram algumas inovações no valor da multa aplicada:- para as empresas que passam a ser de 0,1% a 20% do faturamento bruto, - para os administradores que eram de 10% a 50% agora será de 1% a 20% da multa aplicável à empresa, - para as demais pessoas físicas e casos ali elencados a multa será entre R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Bem como a inserção da possibilidade de aplicação de multa diária no caso de haver continuidade da infração (pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer imposta) quando já determinada sua cessação.

Acerca do instituto de prescrição, a nova lei, em seu artigo 46, simplesmente reproduziu os ditames da 9.873/1999 que diz ser de 05(cinco) anos o prazo prescricional para o exercício da ação punitiva pelo Estado, porém há de ressaltar que a maioria das condutas descritas como infração a ordem econômica é considerada crime, logo seu prazo prescricional será regulado pelo Código Penal. Ademais, a inovação existente é em relação da possibilidade de aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo que é aquela que ocorre no curso do processo, no caso do processo manter-se paralisado por mais de três anos.

4 OLHAR CRÍTICO AO NOVO SBDC

O Brasil é um país de Estado Social, o que o caracteriza como tal é a proporção em que o Estado interfere no âmbito econômico. Em um modelo de Estado liberal o Estado pouco atua, enquanto que, em um Estado social, é o inverso: ao Estado é dado o poder de intervir na economia de forma a igualar as relações sociais já que se tem como finalidade o bem estar da sociedade ,da coletividade.

Após o fracasso do Estado Liberal, tem-se o pensamento de que é necessário que o Estado interfira no campo econômico para corrigir desigualdades sociais, partindo-se da ideia que a liberdade só pode, realmente, acontecer, quando houver igualdade entre os indivíduos. Nesse sentido, o Papa João XXIII, afirmou que é de grande relevância a intervenção do Estado nas relações econômicas para a garantia do bem comum, pois



este é o principal dever do Estado, assim, não pode ele manter-se distante da economia. Contudo deve :

(...) intervir com o fim de promover a produção duma abundância suficiente de bens materiais, cujo uso é necessário para o exercício da virtude, e também para proteger os direitos de todos os cidadãos, sobretudo dos mais fracos, como são os operários, as mulheres e as crianças. (...) Mas é preciso insistir sempre no princípio de que a presença do Estado no campo econômico, por mais ampla e penetrante que seja, não pode ter como meta reduzir cada vez mais a esfera da liberdade na iniciativa pessoal dos cidadãos; mas deve, pelo contrário, garantir a essa esfera a maior amplitude possível, protegendo, efetivamente, em favor de todos e cada um, os direitos essenciais da pessoa humana²¹.

Quando o Estado atua por intervenção, como agente normativo e regulador da economia, uma de suas táticas é a defesa do Direito de Concorrência que é instrumentalizado por leis antitrustes que possuem a finalidade de proteger a concorrência, princípio fundamental da ordem econômica. Sempre com a ideia de que “a ordem econômica (mundo do deve ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do *Estado Democrático de Direito* que, segundo o art.1º do texto, o Brasil constitui²².

Após essa introdução da relevância da ordem econômica para efetivação de um Estado Democrático de Direito é que se justifica esse desassossego que o governo tem em relação a editar leis que estejam em consonância com essas perspectivas.

É imperioso destacar que a lei, em comento, possui aplicabilidade em âmbito nacional, é o comando do art. 2º “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. Este artigo ganha

²¹ OLIVEIRA, Dinara de Arruda. **Da Ordem Econômica Constitucional á Luz do Princípio da Dignidade Humana:Um Enfoque ao Art. 170 da Constituição Federal**. 2007. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito de Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) Universidade de Marília, Marília, 2007. Disponível em :<<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e208623f3f9dec844bda6cd96327e148.pdf>> Acesso em out. 2012, p. 124.

²² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 312.



grande relevância ao se levar em conta a globalização atual, em que a concorrência limpa é essencial no mercado de consumo propiciando ao consumidor um produto com melhor preço e melhor qualidade.

A concorrência é de extrema importância para a economia, e conseqüentemente, aos consumidores, pois, quando há uma disputa pelo mercado, as empresas tendem a melhorarem seus produtos ou serviços e com um melhor preço, com o ideal de agradar os consumidores e, assim, sobressaírem em relações a outras.

Tem-se, assim, que a liberdade de concorrência, indiretamente, favorece o interesse do consumidor, que pode ter acesso a bens e serviços diversos, com melhor qualidade e preço; o interesse das empresas concorrentes, que podem exercer sua liberdade negocial e crescer com base em seus méritos e ganhos eficiência produtiva; e o interesse da nação pelo desenvolvimento do país²³.

No que tange à necessidade de uma autorização previa do CADE para formação de atos de concentração, trouxe uma segurança jurídica para as empresas envolvidas que, ao concretizarem suas fusões ou qualquer outro ato, se sentem seguras já que terão essa análise de proibição realizada antes de efetuarem o negócio, diferente do sistema anterior se viam preocupadas em virtude dessa análise ser posterior ao ato de concentração, logo, caso não fosse aceita, poderia lhe trazer grandes prejuízos financeiros. Assim, devido a essa insegurança, o Brasil tornava-se um país sem grandes perspectivas para investimentos. A esse propósito:

(...) no atual sistema de análise posterior à fusão ou aquisição, investidores podem sair chamuscados e o governo gastar tempo e dinheiro para defender, na Justiça, decisões tomadas pelo CADE. 'O comprador faz uma aposta ao pagar um alto preço para comprar uma empresa, de olho numa receita de caráter monopolístico. Quando o CADE diz não, isso significa um dano privado, porque ele já pagou um preço pelo qual não vai vender. Mas para a sociedade é um ganho', diz Seroa, do Ipea. Na opinião de José Carlos Busto, advogado do Instituto Brasileiro da

²³ CORDOVIL, Leonor. et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.



Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac), a indefinição gerada pela análise posterior ao negócio prejudica a atração de novos investimentos para o país. 'O caso Nestlé-Garoto reforça essa insegurança. Houve um investimento muito grande que está sendo impedido. Do jeito que é feito não há segurança institucional, o que pode desincentivar investimentos [...]'²⁴.

Ademais essa apreciação posterior acabava por fazer com que as empresas demorassem a fornecer informações ou documentos com a finalidade de quanto mais tempo demorassem o julgamento mais difícil seria o CADE não autorizar a concentração.

De acordo com a nota oficial da SEAE de 26 de outubro de 2000, que tratava da questão da análise prévia na reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o "controle de concentrações a posteriori [...] incentiva as partes a tentar postergar a análise o máximo possível ao mesmo tempo em que reduz substancialmente as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente aventados. A experiência do Sistema é rica em casos de postergação do envio de informações solicitadas como estratégia para alongar o prazo de análise da operação e criar o "fato consumado". A título ilustrativo vale observar que o Sistema nunca reprovou totalmente uma operação (...)'²⁵.

É fácil notar que com essa inversão do momento da autorização também se inverte a intenção dos empresários que primam por cooperar com o CADE o melhor possível já que somente efetuaram o ato de concentração com a autorização do CADE, logo este terá como analisar os atos de forma mais rápida e conclusiva.

Todavia, apesar de a lei, em questão, trazer uma agilidade para o julgamento dos processos ainda não é o esperado pelas práticas internacionais que acreditam ser o prazo de 30 dias o necessário para realização de tal ato sem prejuízos, pelo menos os mais simples. Os prazos dados para o CADE de 240 dias para o julgamento não leva em

²⁴ COSTA, Cláudia. **Economia Incentivo à Competição- Vai Começar a Discussão da Nova Lei de Defesa da Concorrência.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23> Acesso em jan..2013.

²⁵ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Notas Oficiais. **Grupo de Trabalho Apresenta Modelo da ANC.** Brasília, 2000. Disponível em :< <http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r001026.asp>> Acesso em set.2012.



consideração a complexidade de cada caso. No entanto, sobre o assunto cabe trazer a seguinte avaliação:

Apesar da discussão acerca do prazo concedido ao CADE, é necessário mencionar que a análise dos casos já decididos por essa autarquia sob a nova sistemática parece indicar que o CADE não pretende fazer do prazo limite de 330 (trezentos e trinta) dias uma prática constante, pelo menos em relação aos casos simples. Em verdade, o CADE parece estar atento às práticas e recomendações ICN²⁶.

Porém para se atingir essa finalidade da nova lei em trazer celeridade aos processos é imperioso que haja um quadro de profissional maior no CADE, razão pela qual previsão de contratações de 200 novos cargos no SBDC

O projeto de lei que cria o novo Cade foi aprovado ontem pela Câmara dos Deputados e prevê a criação de 200 postos de gestores, que devem receber salários médios de R\$ 12 mil por mês²⁷.

É inarredável que, com as alterações da nova lei, os processos serão analisados de forma mais célere, realmente uma importante mudança; no entanto as decisões do CADE ainda continuam a serem apenas administrativas, portanto, passíveis de correções judiciais. Talvez os magistrados não estejam bem preparados para uma análise desses processos por não serem especialistas nesse assunto de defesa de concorrência, sendo o CADE mais capacitado para tal ato. Insta afirmar que esse posicionamento ficará apenas como ponto de reflexão já que não será tratado nessa pesquisa em seu mérito.

De outro norte, insta informar que o CADE, após a Lei em questão, foi agraciado com uma estrela a mais no ranking da revista britânica conforme descrito abaixo:

²⁶ MONTEIR, Gabriela Reis Paiva. **O Novo Sistema de Análise Prévia dos Atos de Concentração e ao Questão do Gun-jumping: Traçando Parâmetros para as Empresas**. 2012. . 63 f. Monografia (Direito) – Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10792/Gabriela%20Reis%20Paiva%20Monteiro.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 set.2012.

²⁷ FROUFE, Célia. **Supercade Custará três Vezes Mais do que o Atual SBDC**. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/68814_SUPERCADE+CUSTARA+TRES+VEZES+MAIS+DO+QUE+O+ATUAL+SBDC>. Acesso em: 14jun.2013.



O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade recebeu quatro estrelas no ranking realizado anualmente pela revista britânica *Global Competition Review – GCR*, especializada em política de concorrência e regulação. (...) A GCR avalia a atuação de órgãos antitruste mundiais conferindo a eles classificação em uma escala de zero a cinco estrelas. Pela primeira vez, o Cade recebeu essa classificação. Em 2011, a autarquia ficou com três estrelas e meia. De acordo com a revista, o período de transição para a Lei 12.529/11 superou expectativas. “O Cade fez um excelente trabalho na execução da sua nova lei e na construção da nova agência”, segundo a publicação. Na avaliação da GCR, o órgão antitruste brasileiro foi eficiente na implementação das novas regras, considerada a complexidade das mudanças estabelecidas pela legislação. (...) A GCR destacou de forma positiva o regime de análise prévia atribuído pela nova lei, que permitiu ao Cade analisar atos de concentrações considerados simples em um prazo médio de 19 dias – um dos mais rápidos do mundo, segundo a revista²⁸. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013).

É visível que o CADE vem buscando, de toda a forma possível, melhorar seus trabalhos e que vem atingindo essa pretensão e com a edição da Nobel lei só veio a ajudá-lo nesse processo de modernização.

4.1. CONSTITUCIONALIDADE DAS FUNÇÕES ATUAIS DO CADE

No sistema atual, as funções de investigar, instruir e julgar passam a ser unificadas em uma só autarquia, o CADE, garantindo, assim, uma tramitação mais rápida de modo a sanar as falhas que ocorriam anteriormente em que as tarefas eram separadas entre a SDE e SEAE e o CADE e, por isso, os processos demoravam a serem julgados. Contudo a pergunta que se faz é seria constitucional todos os poderes concentrados na mão de um órgão apenas, não violaria o devido processo legal e, conseqüentemente, não haveria uma parcialidade ?

É preciso lembrar que o CADE é um órgão que possui suas competências divididas entre a Superintendência- Geral, com a função de instruir os processos e atos de concentração, Departamento de Estudos Econômicos, função de elaborar pareceres e

²⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Notícia**. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?91a475849d73898a9ca9bb97ae95> >. Acesso em 23 jul.2013.



estudos econômicos de forma a cuidar pela atualização técnica e científica das decisões do CADE, e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica responsável pelo julgamento dos atos de concentração e para averiguar qualquer infração à ordem econômica. Assim, resta claro que há uma separação de poderes ainda que dentro de um órgão apenas

Diante de tais esclarecimentos fica evidenciado que não há nenhuma inconstitucionalidade nessa mudança, o que se buscou apenas foi uma maior agilidade nos julgamentos.

4.2. RELEVÂNCIA DAS DEVIDAS ALTERAÇÕES AO MUNDO EMPRESARIAL

De uns anos pra cá, o Brasil viu sua economia evoluir a ponto de, atualmente, estar entre as maiores economias mundial do século XXI, mas precisamente a sexta maior economia, resultado da adoção de novas políticas sociais dentre outras.

Tornando-se uma economia vista para grandes empresas multinacionais como segura para investimentos e desenvolvimento de sua marcas, uma das razões dessa mudança de pensamento foi a posição que o Brasil durante a crise financeira mundial, adotando políticas para estimular o mercado consumidor como por exemplo a redução do IPI-Imposto sobre Produto Industrializado.

Nesse cotejo de mudanças no SBDC em que se estipulou, como condição para efetuar atos de concentração, a autorização prévia do CADE, traz ao mundo empresarial duas consequências : a primeira ligado a uma maior segurança jurídica para as empresas envolvidas uma vez que ao se realizar essa análise de forma precedente evitará todos o transtornos que eram causados com a antiga lei no caso de uma desconstituição empresarial que fora reprovada pelo CADE, esses transtornos tanto na imagem de seus produtos/serviços quanto financeiros já que essas transações quase sempre envolvem grandes quantias.

Em relação à segunda consequência, vista como de maiores dificuldades práticas, consiste no dever de coibir o chamado *gun jumping* ou melhor dizendo a prática de qualquer ato de consumação antes da aprovação do CADE, já que segundo a Lei 12.529, durante o período de avaliação do ato de concentração, as empresas devem permanecer em seus status de concorrentes, não poderá ocorrer qualquer troca de informações que



não seja estritamente necessária para o contrato, sob pena de serem multadas no valor que varia entre R\$60 mil e R\$60 milhões, além de poder ter sua operação reprovada e ainda responder por conduta anticompetitiva este é o comando do artigo 88, § 4º “ Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º, deste artigo”.

Dessa forma aos empresários caberá proceder com cautela, como por exemplo a realização de uma avaliação prévia do risco do negócio ou protegendo-se através de contratos com garantias de proteção aos seus interesses de forma a estipular prazos para a efetivação do negócio o qual se não realizado poderá ser desfeito sem qualquer ônus, ou se preferir a concessão de uma indenização da forma que cada um achar melhor, já que o fato de serem obrigadas a manter uma certa independência não as impede de negociarem garantias entre si.

A negociação de cláusulas contratuais dessa natureza, que já faz parte da prática de Fusões e Aquisições em países que adotaram o sistema de aprovação antitruste prévia no passado, é essencial para evitar surpresas que podem afetar negativamente o resultado da operação²⁹.

Contudo, a difícil tarefa vai ser fiscalizar esse comando, até porque muitas informações são essenciais para a realização da operação principalmente para a empresa compradora que necessita de algumas informações para efetuar o risco do negócio ou evitar sua desvalorização entre outras medidas. Caberá ao CADE e às empresas saberem o ponto de equilíbrio entre a informação necessária e a abusiva.

José Eduardo Cardozo e Vincicius Marques de Carvalho justificam a edição da nova lei como indispensável para essa nova economia brasileira.

²⁹ OPICE, Machado Meyer Sendacz. **A Nova Lei Antitruste e os Cuidados a Adotar em Operações de Fusões e Aquisições.** Disponível em:<
http://www.interbrand.com/Libraries/Articles/2012_Marcas_no_centro_das_fusoes_e_aquisicoes.sflb.ashx> Acesso em: 15 jul.2013.



Novos avanços, entretanto, eram imprescindíveis. Em uma economia cada vez mais aberta e dinâmica, as autoridades de defesa da concorrência precisam ser ágeis, sob pena de perderem efetividade; precisam garantir segurança jurídica para o mundo empresarial, sob pena de perderem legitimidade; e precisam ter mecanismos de acompanhamento dos mercados, sob pena de não conseguirem cumprir seu principal objetivo, que é defender o consumidor e o mercado interno brasileiro. Esse último ponto ganha ainda mais importância no momento atual do país, em que vemos a ascensão de uma nova classe média, que acessa novos nichos de mercado, que consome novos produtos e que confere uma dinâmica renovada à vida econômica, inclusive com criatividade e audácia na abertura de novos empreendimentos. Esse é o cenário que tende a se expandir nos próximos anos no Brasil. O novo arranjo institucional previsto pela Lei 12.529/2011 estimula o ambiente competitivo, melhora as condições para a defesa dos direitos econômicos e reafirma o compromisso de construir um modelo de desenvolvimento inclusivo³⁰.

Com efeito, verifica-se que a recente lei está mais próxima em alcançar os objetivos definidos na ordem econômica de forma a estimular o poder econômico ocasionando o desenvolvimento nacional e, por conseguinte, a concretude da idealizada justiça social.

CONCLUSÃO

O mundo vem passando por grandes modificações tanto na era da globalização, em que a informática acabou por acelerar esse processo, quanto por várias crises financeiras em que até mesmo grandes potências como Estados Unidos da América foi atingido, momento muito delicado para a economia mundial. Todavia o Brasil não foi muito afetado por esse transe econômico e manteve-se quase ileso por adotar políticas econômicas que o ajudaram nessa empreitada. Percebe-se que o Brasil, após anos, conseguiu adotar uma economia mais segura, a ponto de ser considerado um dos grandes centros de negócio no mundo, atraindo com isso muitos investidores. Sendo esse um dos grandes motivos de o Brasil necessitar realizar algumas mudanças em sua

³⁰ CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinícius Marques de. **A Nova Etapa no CADE**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=715737&t=1>> Acesso em: 15 jan.2013.



economia. Foi o que ocorreu com a defesa da concorrência que passou a ser vista como um importante meio para o desenvolvimento da economia nacional deixando de lado o protecionismo de produtos nacionais e, alto índice de inflação pontos incompatíveis com a economia em crescimento. Com a concorrência, as empresas são levadas a aumentar a produtividade assim como a fabricação de novos e melhores produtos, gerando com isso um crescimento econômico. O Brasil, enfim, entra na era da concorrência, no entanto, para que pudesse se inserir nesse processo fora necessário abrir mão de algumas burocratizações que o impediam de atingir tal façanha.

E foi nesse panorama que foi criada a Lei 12.529, partindo da premissa que para que possa ter um desenvolvimento nacional um dos pilares é possuir um efetivo controle dos atos que possam vir a prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa, assim a defesa da concorrência passa a ser vista como um instrumento da política pública para a efetivação da finalidade de toda a ordem econômica.

Não se pode olvidar que a lei 8.884/94, embora tenha contribuído muito para todo esse procedimento de prevenção e repressão à ordem econômica, no momento atual, era necessária uma lei mais atualizada, e isso foi a ideia dos legisladores que editaram a lei 12.529 como um processo de continuidade e aprimoramento da então revogada lei, já que a antiga lei não era mais capaz de suprir as necessidades de atender, a contento, as demandas de controle da concorrência que se tornaram cada vez mais complexas. Assim, ao ler a lei 12.529, percebe-se que ainda mantém a essência da lei anterior, porém, com algumas correções para assim o CADE melhorar ainda mais seu trabalho, levando em conta o CADE foi eleito, em 2010, o melhor órgão de defesa do mundo, e olha que ainda se encontrava na vigência da revogada lei.

Muitas alterações foram realizadas com a edição da nova lei, razão pela qual a presente pesquisa não pretendeu abarcar a todas, mas apenas as de maiores reflexos, em principal à que se refere a autorização prévia do CADE exigida no caso de atos de concentração, importante mudança já que o Brasil era um dos poucos ainda a adotar a autorização posterior, que acabava por trazer uma enorme insegurança jurídica à empresa. E outra relevante mudança foi em seu campo estrutural em que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passou a ser composto pela Secretaria de



Acompanhamento Econômico e o CADE com o intuito de buscar maior celeridade em seus atos.

No que tange a fértil discussão em ser inconstitucional o CADE investigar, processar e julgar, não merece respaldo já que, como bem explicado no decorrer dessa pesquisa, essas fases estão separadas dentro do CADE.

A grande preocupação reside no fato de o órgão antitruste estar preparado para essas mudanças que passaram por lhe atribuir maiores poderes, exigindo mais capacitação de seus profissionais, sendo esse também motivo de inquietude do próprio órgão, que, já pensando nisso, solicitou ao governo a contratação de novos funcionários e disponibilização de cursos de capacitação. Então percebe-se que este está a caminhar para poder dar efetividade aos objetivos da nova lei.

Com efeito é visível que a premente lei está em consonância plena com os princípios da ordem econômica, zelando pela proteção do princípio da livre concorrência como ponto de partida já que se chega à conclusão que se trata de um círculo vicioso em que ao se cuidar desse princípio, que constitui postulado fundamental na ordem econômica, abrangerá todos os outros como Liberdade de Iniciativa, Defesa do Consumidor, tudo com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, preceito este de um Estado Democrático Social de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed, São Paulo : Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. Ed. São Paulo:Saraiva, 2000.

BATISTI, Nelia Edna Miranda. **Evolução da Ordem Econômica no Contexto Político-Econômico das Constituições Brasileira**. 2007.164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007.Disponívelem:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp044787.pdf>>. Acesso em set. 2012.

BELIZARI, Deryck Miranda. **O Ministério Público e o CADE em Defesa da Ordem Econômica na Lei 12.529/11**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-ministerio-publico-e-o-cade-em-defesa-da-ordem-economica-na-lei-1252911,37475.html>>. Acesso em: 20 jul.2012.



CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinícius Marques de. **A Nova Etapa no CADE**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=715737&t=1>> Acesso em: 15 jan.2013.

CORDOVIL, Leonor. et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Livre Concorrência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a09362b749de35fe0b38085ffd>>. Acesso em 22 jul.2012.

_____. **Notícia**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?91a475849d73898a9ca9bb97ae95>>. Acesso em 23 jul.2013.

_____. Relatório de Gestão do Exercício de 2012. **Prestação de Contas Ordinária Anual**. Disponível em <www.cade.gov.br/upload/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%20de%202012_CADE_vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em jun.2013.

COSTA, Cláudia. **Economia Incentivo à Competição- Vai Começar a Discussão da Nova Lei de Defesa da Concorrência**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23> Acesso em jan..2013.

COSTA, Ana Clara. **Nova lei exigirá mais esforços do Cade do que das empresas**. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/nova-lei-exigira-mais-esforcos-do-cade-do-que-das-empresas>. Acesso em 10 de jul. 2012.

CUÉLLAR, Leila; Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FILHO, Alberto Magalhães Franco. **Breve Análise da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649>. Acesso em 10 jun. 2011.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FONCÊCA, Iane Jucá; Jusélia Quadros de Abreu. **A livre Iniciativa e a Livre Concorrência enquanto Princípios da Atividade Empresarial**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-livre-iniciativa-e-a-livre-concorrenca-enquanto-principios-da-atividade-empresarial/85105/#ixzz2cppUyNXf>>. Acesso em 25 mar.2012.

FROUFE, Célia. **Supercade Custará três Vezes Mais do que o Atual SBDC**. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/68814_SUPERCADE+CUSTARA+TRES+VEZES+MAIS+DO+QUE+O+ATUAL+SBDC>. Acesso em: 14jun.2013.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência Sobre Atos de Concentração Econômica. In: FURLAN, Fernando de Magalhães. **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Práticas dos Atos de Concentração**. 1.ed. São Paulo:Singular,2011. p.173-503.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz; CARVALHO, Vinícius Marques de. A Nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: Comentário sob uma Perspectiva Histórica- Institucional. **Revista do AGU**, Brasília, n.19, p.21-23, 2012. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=234959&ordenacao=1&id_site=7529> Acesso em: 10 jan.2013.

LUCENA, Fernanda Pettersen de. **Intervenção Direta do Estado no Domínio Econômico Como Forma de Amenizar os Efeitos Negativos da Globalização**. Disponível em : <<http://jus.com.br/artigos/21930/intervencao-direta-do-estado-no-dominio-economico-como-forma-de-amenizar-os-efeitos-negativos-da-globalizacao>>. Acesso em set.2012.

MECUM, Vade. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Notas Oficiais. **Grupo de Trabalho Apresenta Modelo da ANC**. Brasília, 2000. Disponível em : <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r001026.asp>> Acesso em set.2012.

MONTEIR, Gabriela Reis Paiva. **O Novo Sistema de Análise Prévia dos Atos de Concentração e ao Questão do Gun-jumping: Traçando Parâmetros para as Empresas**. 2012. . 63 f. Monografia (Direito) – Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10792/Gabriela%20Reis%20Paiva%20Monteiro.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 set.2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Dinara de Arruda. **Da Ordem Econômica Constitucional á Luz do Princípio da Dignidade Humana: Um Enfoque ao Art. 170 da Constituição Federal**. 2007. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito de Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) Universidade de Marília, Marília, 2007. Disponível em : <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e208623f3f9dec844bda6cd96327e148.pdf>> Acesso em out. 2012.

OPICE, Machado Meyer Sendacz. **A Nova Lei Antitruste e os Cuidados a Adotar em Operações de Fusões e Aquisições**. Disponível em: <http://www.interbrand.com/Libraries/Articles/2012_Marcas_no_centro_das_fusoes_e_aquisicoes.sflb.ashx> Acesso em: 15 jul.2013.

PANIZZA, Nathalia Brito. **A Nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Principais Alterações Concernentes ao CADE**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/nova-lei-do-sistema-brasileiro-de-defesa-da-concorr%C3%Aancia-principais-altera%C3%A7%C3%B5es-concernentes>> Acesso em: 15 jan.2013.



PANTONI, Roberta Alessandra. Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Obra “A Riqueza das Nações” de Adam Smith. Disponível em :< http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807>. Acesso em 15 mar.2012.

PETER, Lafayate Josué. **Direito Econômico**. 5.ed. Porto Alegre:Verbo Juridico, 2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **A nova Lei Antitruste Brasileira: Uma Agressão à Livre Concorrência**. Disponível em:< <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1319>> Acesso em : 15 jun.2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**:. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)**. 2. Ed. São Paulo:Malheiros,2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Sergio Augusto G. Pereira de. **A Nova Lei do CADE, A SAE e sua Função de Advocacy**. Disponível em: < <http://sagps.blogspot.com.br/2012/05/nova-lei-do-cade-sae-e-sua-funcao-de.html>> Acesso em: 15 jun.2013.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2.ed. São Paulo: Método, 2006.