



PRINCIPAIS INOVAÇÕES JURÍDICAS DA NOVA DISCIPLINA CONCORRENCIAL BRASILEIRA

LEADING INNOVATIONS OF THE NEW BRAZILIAN COMPETITION DISCIPLINE

Andressa Caroline Schneider

Sumário: 1. Evolução do Direito da Concorrência no Brasil. 2. Formalização do SBDC. 3. Introdução de controle de concentrações exclusivamente prévio. 4. Previsão de atuação de ofício do CADE no controle estrutural. 5. Redefinição de multas aplicáveis a ilícitos concorrenciais Conclusão. Referências

Resumo: O artigo analisa as principais inovações jurídicas apresentadas pela Lei nº 12.529/2011 e consubstanciadas na (i) formalização do SBDC, agora composto pelo CADE e pela SEAE, além da reestruturação do CADE e na (ii) adoção de um controle de concentrações exclusivamente prévio, alinhado à experiência internacional, o que determina a submissão de atos de concentração ao CADE antes de sua consumação, e não após, como facultava a Lei nº 8.884/1994. Além disso, inovações importantes estão presentes na (iii) previsão de atuação de ofício do CADE no controle estrutural, uma vez que mesmo aqueles atos que não preenchem os critérios de faturamento e volume de negócios expostos no artigo 88 e seus incisos são passíveis de notificação ao SBDC, por meio de requerimento do CADE, e na (iv) redefinição de multas aplicáveis a ilícitos concorrenciais, que agora têm como base o ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, o que atende aos princípios da personalização e da individualização da pena.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. SBDC. Controle estrutural. Controle comportamental. Imposição de multas.

Abstract: *The paper analyzes the main legal innovations presented by Law No. 12.529/2011 and embodied in (i) formalizing the Brazilian Competition Defense System (SBDC), now composed of CADE and SEAE, in addition to the restructuring of CADE and in (ii) adoption of an only previous structural control aligned to international experience, which determines the submission of merger to CADE before its consummation, and not after, as possible in Law No. 8.884/1994. Moreover, important innovations are present in (iii) forecasting performance ex officio of CADE in structural control, since even those acts that do not meet the criteria for revenue and turnover set out in Article 88 and its clauses can be required by CADE to be analysed by SBDC and in (iv) reset fines applicable to unlawful competition, which now are based on the branch of business activity in which the offense occurred, which is in line with principles of personalization and individualization of punishment.*

Keywords: *Competition Law. SBDC. Structural control. Behavioral control. Imposition of fines.*

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A Lei nº 12.529/2011, que disciplina a concorrência no Brasil desde 31 de maio de 2012, tem a tarefa de aprimorar a tradição inaugurada pela Lei nº 8.884/1994, que permitiu ao País, a partir de sua promulgação, a construção de uma cultura da concorrência ainda inédita, uma vez que, até então, as iniciativas legislativas nessa matéria não atendiam de forma efetiva às necessidades da economia nacional.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito da Concorrência desenvolveu-se de forma incipiente a partir da década de 1930, com o surgimento de leis esparsas voltadas à defesa da economia popular¹, à tipificação como crime de determinadas condutas consideradas atentatórias à livre concorrência² e, ainda, à definição de uma série de atos contrários à economia nacional³. É necessário destacar, nesse contexto, por sua importância histórica, o Decreto-lei nº 7.666/1945, conhecido como “Lei Malaia”⁴, que definiu os atos contrários à economia nacional e criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), antecessora do Conselho que a substituiria alguns anos depois, o que permite afirmar que, a partir de 1945, já há um esboço de defesa da concorrência no Brasil.

Posteriormente, a Lei nº 4.137/1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (também chamado CADE), cujo papel, até os anos 1990, foi considerado inexpressivo pela doutrina⁵, destacando-se, nessa fase, a opção estatal por exercer mero controle de preços.

Mesmo com essas limitações, considera-se que o primeiro diploma a contemplar a defesa da concorrência foi de fato a Lei nº 4.137/1962, ao prever o controle repressivo (das condutas), expostas já em seu artigo 2º, e preventivo (das estruturas), como demonstra o artigo 74, ao condicionar “a validade” dos “atos, ajustes, acordos ou convenções” entre as empresas à aprovação e registro do CADE sempre que pudessem ocasionar alguma das hipóteses delineadas naquele artigo, como “padronizar a produção”, “estabilizar os preços”, entre outras.

Em 1991, promulgou-se a Lei nº 8.158/1991, de técnica mais sofisticada se comparada à Lei nº 4.137/1962, e que classificava o CADE como órgão julgante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas na Lei nº 4.137/1962 e naquele diploma

¹ O Decreto-lei nº 869/1938 criminalizava diversas condutas que atentavam contra a economia popular.

² A Lei nº 1.521/1951 alterou dispositivos da legislação então vigente (Decreto-lei 869/1938) sobre crimes contra a economia popular.

³ O Decreto-lei nº 7.666/1945 estipulava uma série de atos considerados contrários à ordem econômica.

⁴ RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, p. 211.

⁵ Nesse sentido, Carpena e Forgioni: CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 110 e FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

legal. Dessa forma, passou o CADE a funcionar junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça.

Foi a partir da década de 1990, marcada pelo final da fase de transição democrática e caracterizada pelo domínio do discurso neoliberal, que se percebe ter havido uma (re)construção do Direito da Concorrência em âmbito nacional. É nesse contexto que a Lei nº 8.884/1994⁶, foi promulgada e introduziu um controle estatal sobre as condutas e as estruturas que seria reconhecido, ao longo dos últimos anos, como fator essencial para o desenvolvimento do País.

Diante disso, considera-se que a Lei nº 12.529/2011 poderá representar um marco na consolidação institucional da concorrência no Brasil, fortalecendo a estrutura e a atividade do CADE, que exerce papel importante enquanto autoridade administrativa máxima no âmbito concorrencial de uma das maiores economias do mundo.

2 FORMALIZAÇÃO DO SBDC

A Lei nº 12.529/2011 apresenta inovação importante em relação à Lei nº 8.884/1994 à medida que, já em seu art. 1º, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sem previsão expressa na Lei nº 8.884/1994, que era lacônica quanto àquele sistema, forma adotada pela Doutrina e Jurisprudência desde a edição da Lei nº 8.884/1994 para referir o conjunto de três entidades que atuavam no âmbito administrativo concorrencial brasileiro, a saber: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia dotada de independência e vinculada apenas administrativamente ao Ministério da Justiça.

Dessa forma, a partir da Lei nº 12.529/2011 formalizou-se o SBDC, agora formado⁷ pelo CADE, que permanece uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, e pela SEAE, do Ministério da Fazenda, responsável por promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (advocacia da concorrência).

⁶ Privilegiando a proteção administrativa, apesar de haver uma “significativa interface da tutela administrativa com a tutela jurisdicional”, segundo Pfeiffer. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, p.11-39, jan./mar. 2004, p. 11.

⁷ Conforme o art. 3º da Lei nº 12.529/2011.

O CADE conta, ainda, com a colaboração da Procuradoria Federal especializada (ProCADE) e do Ministério Público Federal e, em sua nova estrutura, apresenta três órgãos, quais sejam:

- (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão julgante, composto por um presidente e seis conselheiros;
- (ii) Superintendência-Geral, que apresenta competências⁸ amplas arroladas no art. 13 da Lei nº 12.529/2011, e
- (iii) Departamento de Estudos Econômicos, responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos.

Uma alteração interessante, no que tange à atuação do presidente e dos conselheiros que atuam no CADE, em particular no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, é a ampliação do mandato, que na legislação anterior era de 2 anos, sendo facultada uma recondução.

No novo ordenamento, o mandato do presidente e dos conselheiros é de 4 anos, não coincidentes, sendo vedada a recondução, o que confere mais estabilidade aos julgadores e amplia sua independência, uma vez que eventual decisão contrária aos interesses do governo não poderá ser repreendida com a não recondução ao cargo, como possível, em tese, no cenário anterior. Cresce, portanto, o papel do CADE enquanto agência de Estado.

Outra peculiaridade do novo marco regulatório concorrencial diz respeito às decisões do Tribunal, que serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o *quórum* de deliberação mínimo de 3 (três) membros.

Tal disposição é criticável à medida que poderá haver situações em que somente 4 membros estarão presentes e, estando um deles impedido de participar da sessão de julgamento, por exemplo, basta a presença de 3 membros para que seja realizado o julgamento, o que implica em eventual aprovação de concentração econômica com os votos de apenas dois conselheiros, por exemplo, ou em imposição de sanção por infração da ordem econômica pelo mesmo *score*.

⁸ Entre as competências da Superintendência-Geral, destacam-se a prevenção de infrações da ordem econômica, pelo monitoramento de práticas de mercado, e a realização de procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações da ordem econômica. Além disso, cabe à Superintendência-Geral instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações da ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica. Por fim, destaca-se que cabe à Superintendência-Geral propor termo de compromisso de cessação de prática por infração da ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal Administrativo, e fiscalizar o seu cumprimento, além de receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica.

3 INTRODUÇÃO DE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES EXCLUSIVAMENTE PRÉVIO

A Lei nº 8.884/1994 dispunha que os atos de concentração empresarial deveriam ser apresentados ao exame do SBDC de forma prévia (controle *ex ante*) ou no prazo máximo de 15 dias úteis da sua realização (controle *ex post*)⁹.

Como se vê, o controle *a posteriori* não se apresentava como uma imposição da norma brasileira, que previa a possibilidade de notificação prévia do ato ao SBDC – ainda que, desde a sua realização, o ato pudesse produzir efeitos¹⁰.

Entretanto, a notificação prévia não costumava ser a escolha dos agentes econômicos, que em regra decidiam notificar o ato após a sua celebração, muito provavelmente considerando a “teoria do fato consumado”, o que os fazia apelar para o problema da segurança jurídica das relações econômicas face ao tempo de análise da operação pelos entes do SBDC e, assim, imaginar que haveria mais chances de uma chancela do que de uma reprovação da concentração pela autoridade de defesa da concorrência.

Com efeito, pode-se afirmar que a análise posterior, prevista na Lei nº 8.884/1994, provocava inegável incerteza jurídica ao ambiente concorrencial, uma vez que as partes envolvidas, após realizarem a operação de concentração, deveriam aguardar a decisão administrativa, que deveria ocorrer em até 120 dias¹¹, prazo algumas vezes não observado, como observado no ato de concentração 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto), cujo julgamento ocorreu somente após cerca de dois anos da realização da operação.

A nova Lei de Defesa da Concorrência, contudo, prevê a realização de controle apenas prévio (anterior) das concentrações empresariais, de forma que o negócio jurídico que resulte

⁹ Mediante encaminhamento da documentação em três vias à SDE, sob pena de multa pecuniária e sem prejuízo da instauração de processo administrativo, como previa o § 5º do artigo 54, regulamentado pelo artigo 96 da Resolução nº 45/1997 do CADE. A Resolução nº 45/1997 do CADE está disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n005/Resolucao45.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2012.

¹⁰ Uma vez que, conforme o artigo 54, § 7º da Lei nº 8.884/1994, “a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados”. E, segundo o § 9º daquele artigo, “se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.

¹¹ Conforme o § 6º do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994.

em concentração notificável ao SBDC terá eficácia suspensiva até a prolação de decisão administrativa, não produzindo qualquer feito até a aprovação do CADE.

De acordo com o artigo 88, § 2º da Lei nº 12.529/2011, o CADE tem até 240 dias para emitir parecer sobre a operação de concentração econômica apresentada ao SBDC, “a contar do protocolo de petição ou de sua emenda”. Este prazo poderá ser prorrogado, conforme dispõe o § 9º do artigo 88, por mais 60 ou 90 dias, por requisição das partes envolvidas, no primeiro caso, ou por necessidade fundamentada demonstrada pela autarquia, no segundo caso, de forma que o prazo global máximo de análise e julgamento de atos de concentração é de 330 dias.

Interessante notar que o texto promulgado pelo Congresso dispunha, no art. 64, que eventual descumprimento dos prazos previstos para a análise e o julgamento de atos de concentração implicaria a sua aprovação tácita¹². Entretanto, esta disposição restou vetada pela Presidente da República (o que tampouco foi alterado pelo Congresso, que manteve o veto presidencial), que em suas razões expôs que a aprovação tácita resultaria “em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade”¹³.

Entretanto, logo após a divulgação do veto, a ProCADE emitiu o parecer nº 17/2012¹⁴, em que sugere ao CADE a adoção da aprovação tácita como sanção à inobservância dos prazos estabelecidos no controle estrutural, tendo em vista que “a finalidade da reforma legislativa do SBDC teve por escopo precípua a celeridade na análise dos atos de concentração”¹⁵.

No que tange ao aspecto material do controle das estruturas, o *caput* do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 dispõe que serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente, (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

¹² Sem prejuízo da apuração das responsabilidades penal, cível e administrativa de quem lhe deu causa.

¹³ Conforme a mensagem nº 536/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-536.htm>. Acesso em: 15 nov. 2012.

¹⁴ Parecer disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Manifesta%C3%A7%C3%A3o%20da%20ProCADE%20sobre%20o%20veto%20o%20art%202064%20da%20Lei%2012%20529.pdf>>. Acesso em 15 no. 2012.

¹⁵ Conforme item 22, p. 09, do Parecer nº 17/2012.

Contudo, o § 1º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 inova ao autorizar a adequação desses valores, a partir de indicação do Plenário do CADE, por Portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça, autorização legislativa sem equivalente na norma anterior.

Nesse contexto, em maio de 2012 foi publicada a Portaria interministerial nº 994/2012¹⁶, dos Ministros da Justiça e da Fazenda, que alterou esses parâmetros legais de faturamento (já desatualizados, considerando que o Projeto de lei nº 3.937/2004, que se tornou a Lei nº 12.529/2011, tramitou por 7 anos no Congresso), tornando obrigatória a submissão de atos de concentração cujos valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no País sejam de: (i) R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88 e (ii) R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

Desse modo, quaisquer concentrações econômicas em que se verifique o preenchimento desses critérios, que envolvem o faturamento ou volume de negócios, estão sujeitas à análise do CADE, independentemente do instrumento jurídico utilizado. É também indiferente para a aplicação da lei se se trata de uma concentração horizontal, vertical ou conglomerada, encontrando-se as três espécies sujeitas ao controle estatal¹⁷. Conforme Andrade¹⁸, os critérios objetivos configuram patamares mínimos para que um ato tenha de ser apresentado ao SBDC.

Presume-se que as sociedades ou grupos de sociedades que auferem faturamentos elevados ou apresentam um volume de vendas significativo têm condições de afetar o mercado, o que justifica o seu controle. Justifica-se, dessa forma, a presença desses requisitos objetivos porque se presume que, quando os agentes econômicos os preenchem, eles detêm alguma posição dominante, de modo que seus atos podem impactar a estrutura dos mercados.

¹⁶ Portaria disponível em: <<http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2012.

¹⁷ Nesse sentido, Salomão Filho e Andrade: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 301 e ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 324.

¹⁸ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 327.

Nesses casos, portanto, impõe-se a notificação, que é dever das empresas envolvidas na operação e está vinculada a dados¹⁹ detidos por estas (faturamento bruto anual e volume de negócios) e apresentados ao CADE pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC)²⁰.

Além disso, o estabelecimento do requisito cumulativo segundo o qual pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ R\$ 75.000.000,00²¹ (setenta e cinco milhões de reais) é uma inovação importante, uma vez que pressupõe a existência de um grupo com faturamento ou volume de negócios considerável, o que afasta do controle operações de menor monta e que não ofereceriam riscos concorrenciais.

A presunção de posição dominante pelo *market share*²² de vinte por cento²³, antes estabelecida no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.884/1994, não tem previsão equivalente na Lei nº 12.529/2011, que não adota qualquer critério relativo ao *quantum* de participação no mercado das empresas envolvidas em operações concentracionistas para determinar o controle estatal.²⁴

O percentual anteriormente estabelecido admitia prova em contrário (presunção *juris tantum*), visto que é possível, em tese, a existência de posição dominante mesmo com parcela

¹⁹ Esses dados são em regra obtidos em processo de *due diligences* (devida diligência), que teve seu uso consagrado a partir da edição, em 1933, da Lei sobre Títulos e Valores Mobiliários (*Securities Act*) nos EUA, que regulamentou a negociação e oferta de ações e outros títulos emitidos pelas companhias. Essa lei inseriu a possibilidade de os corretores de valores mobiliários, quando demandados por prejuízos causados aos adquirentes das ações, alegarem, em sua defesa, a *due diligence*, ou seja, que agiram diligentemente na investigação e no reporte das informações sobre a empresa emitente das ações por eles negociadas. POHLMANN, Marcelo Coletto. **Contabilidade Tributária**. Curitiba: IESDE Brasil, 2010, p. 22.

²⁰ De acordo com o § 8º da Lei nº 12.529/2011, “as mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados”.

²¹ De acordo com os valores expostos na Portaria interministerial citada.

²² Expressão inglesa que significa “fatia de mercado”, ou seja, refere-se à participação de mercado.

²³ Observado em duas hipóteses distintas, quais sejam, (i) quando as operações ou contratos resultarem em participação de empresa ou de grupo econômico igual ou superior a vinte por cento no mercado relevante afetado e (ii) quando uma das partes da operação ou do contrato já detiver participação igual ou superior a vinte por cento no mercado.

²⁴ A definição de mercado relevante pode envolver longas polêmicas entre as partes e a autoridade, como recordam Farina e Tito. FARINA, Elizabeth Farina; TITO, Fabiana. Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletín Latinoamericano de Competencia**, Bruxelas, n.

31. abril 2012, p. 16-23, p. 17. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31_pt.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

de mercado inferior àquele percentual, assim como, por outro lado, é possível demonstrar, em determinados casos, que mesmo com aquele percentual inexistente poder de mercado.²⁵

4 PREVISÃO DE ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO CADE NO CONTROLE ESTRUTURAL

Outra inovação considerável da Lei nº 12.529/2011 diz respeito à possibilidade de o CADE atuar de ofício no controle estrutural, uma vez que, de acordo com o artigo 88, § 7º, a autoridade concorrencial pode, no prazo de 1 (um) ano a contar da consumação da concentração, requerer a submissão dos atos concentracionistas que não se enquadrem no disposto no artigo 88 da Lei nº 12.529/2011.

Então, ainda que determinada concentração não seja passível de notificação ao SBDC, considerando os parâmetros de faturamento e volume de negócios expostos no artigo 88, o CADE poderá requerer sua submissão para análise e julgamento daquela autarquia, disposição sem equivalente na legislação anterior e que representa uma ampliação contundente do controle estrutural, além de um aumento do poder discricionário da Administração e de uma diminuição da segurança jurídica e previsibilidade do ambiente empresarial brasileiro.

5 REDEFINIÇÃO DE MULTAS APLICÁVEIS A ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

A Lei nº 12.529/2011 apresenta novos parâmetros para a aplicação de multas aplicáveis a ilícitos concorrenciais, como assevera o artigo 37, I, segundo o qual a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis a penas variadas, conforme se verifica:

(i) no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

²⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, out./dez. 2010, p. 131-151, p. 136.

(ii) no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), e

(iii) no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no primeiro caso, ou às pessoas jurídicas ou entidades, no segundo caso.

Percebe-se, portanto, que a principal alteração, no que tange à imposição de multas, em comparação com o regramento anterior, está na hipótese de imposição de multa à empresa infratora, pois se deve tomar como parâmetro o valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração (e que não poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação).

O artigo 23, I da Lei nº 8.884/1994 previa como pena, no caso de empresa, “multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos”. Observa-se, portanto, que o critério exposto na Lei nº 12.529/2011 sofisticou-se em relação ao anterior, à medida que agora, é preciso considerar “o ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”, o que atende de forma mais eficaz aos princípios da personalização e da individualização da pena.

Para atender a esta disposição legislativa, o CADE editou a Resolução nº 3/2012²⁶, em que apresenta uma lista de 144 (cento e quarenta e quatro) ramos de atividades empresariais.

CONCLUSÃO

A Lei nº 12.529/2011 introduziu alterações significativas na disciplina concorrencial brasileira, como demonstram a (i) formalização do SBDC, agora composto pelo CADE e pela SEAE, além da reestruturação substancial do CADE, o que deve tornar mais célere as análises realizadas no controle comportamental e estrutural, além da (ii) adoção de um controle de concentrações exclusivamente prévio, alinhado à experiência internacional, o que determina a

²⁶ A Resolução está disponível em: <http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%203_2012%20-%20Ramos%20Atividade.pdf>. Acesso em 15 nov. 2012.

submissão de atos de concentração ao CADE antes de sua consumação, e não após, como facultava a Lei nº 8.884/1994. Há, portanto, um ganho considerável de efetividade no controle estrutural, que passa a oferecer maior segurança jurídica à coletividade, titular dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Defesa da Concorrência. Além disso, inovações importantes estão consubstanciadas na (iii) previsão de atuação de ofício do CADE no controle estrutural, uma vez que mesmo aqueles atos que não preenchem os critérios de faturamento e volume de negócios expostos no artigo 88 e seus incisos são passíveis de notificação ao SBDC, por meio de requerimento do CADE, e na (iv) redefinição de multas aplicáveis a ilícitos concorrenciais, que agora têm como base o ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, o que atende aos princípios da personalização e da individualização da pena.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FARINA, Elizabeth Farina; TITO, Fabiana. Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletín Latinoamericano de Competencia**, Bruxelas, n. 31. abril 2012, p. 16-23. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31_pt.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, out./dez. 2010, p. 131-151.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, jan./mar. 2004, p.11-39.

POHLMANN, Marcelo Coletto. **Contabilidade Tributária**. Curitiba: IESDE Brasil, 2010.

RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.