

**UNICURITUBA
II CONBRADEC**

**II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO EMPRESARIAL
E CIDADANIA – CONBRADEC**

CURITIBA, 12 A 14 DE NOVEMBRO DE 2012.

**Área temática: Direito Empresarial e Cidadania – Desafios para a
concreção Constitucional.**

Tema : Cidadania Empresarial à Luz do Direito

**Palestra: Direito Antitruste no Brasil como fator de
Desenvolvimento e de estímulo à Cidadania Empresarial:
mudanças advindas da Lei 12.529, de 30/11/2011 e
segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social - PEES.**

OBJETIVO:

Desenvolver a capacidade analítica e o universo conceitual dos participantes relativamente às mudanças ocorridas na legislação antitruste brasileira a partir da edição da Lei 12529, de 30/11/2011;

Destacar o importante papel da legislação antitruste como Mínimo Ético Legal disciplinador das relações econômicas concorrenciais;

Propor o ferramental da Análise Econômica do Direito e o PRINCÍPIO DA EFICIENCIA ECONOMICO SOCIAL – PEES para a ação empresarial socialmente responsável e inclusora;

SUMÁRIO

1. Introdução ao tema e Generalidades;
2. Direito e Economia: apreciação Doutrinária;
 - 2.1 Aspectos histórico-doutrinários do Direito Econômico;
 - 2.2 A Análise Econômica do Direito: o necessário instrumental;
 - 2.3 O Princípio da Eficiência Econômico-Social-PEES;
- 3 A Intervenção do Estado no Domínio Econômico;
 - 3.1 Outrora Monopólios Estatais e Regulação Administrativa;
 - 3.2 A flexibilização Estatal: empresas públicas, sociedades de economia mista, PPP, OSCIP, OS;
 - 3.3 A atividade empresarial e as estruturas de mercado (Concorrência Perfeita, Monopólios, Concorrência Monopolística, Oligopólios, Monopsônios);
 - 3.4 Defesa Comercial e Livre concorrência;
- 4 O Direito Econômico da Concorrência: O SBDC;
 - 4.1 Conceito de Direito da Concorrência e origens;
 - 4.2 Previsão Constitucional (art. 173 CF/88 par. 4);
 - 4.3 Direito Antitruste no Brasil: da CADE ao CADE;
5. Aspectos pontuais da Lei 12.529/2011;

DESENVOLVIMENTO

1. Introdução ao tema e Generalidades:

Clássicos: A. Smith, David Ricardo, J. S. Mill, Daniel Bernoulli, Jeremy Bentham;

Teorias Objetiva e Subjetiva do Valor;

Escola Marginalista Neoclássica – Carl Menger, Knut Wicksell, William Stanley Jevons, Alfred Marshall, Léon Walraz;

2. Direito e Economia: apreciação Doutrinária;

Marx, Rudolph Stammler, Interação recíproca entre Direito e Economia;

2.1 Aspectos histórico-doutrinários do Direito Econômico;

México de 1917 e a de Weimar em 1919, além da Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado da Rússia de 1918;

Heymann, em 1908, Trabalhos sobre Direito Comercial, Direito da Empresa e Direito Agrário

Justus Wilhelm Hedemann, em 1918, *Instituto de Direito Econômico* na Universidade de Iena.

2.2 A Análise Econômica do Direito: o necessário instrumental;

Ronald Coase, Guido Calabresi, Guido Alpa e Richard A Posner,

2.3 O Princípio da Eficiência Econômico-Social-PEES;

Eficiência Pareto e Kaldor-Hicks, inclusão no cálculo econométrico de valores outros como responsabilidade social, sustentabilidade e valores considerados a partir do mínimo ético legal - MEL;

O ESTADO E A CONCORRÊNCIA

3 A Intervenção do Estado no Domínio Econômico;

3.1 Outrora Monopólios Estatais e Regulação Administrativa;

A atividade econômica pós anos noventa: neoliberalismo e o novo papel do Estado regulador.

As agências reguladoras

3.2 A flexibilização Estatal: empresas públicas, sociedades de economia mista, PPP, OSCIP, OS;

3.3 A atividade empresarial e as estruturas de mercado (Concorrência Perfeita, Monopólios, Concorrência Monopolística, Oligopólios, Monopsônios);

3.4 Defesa Comercial e Livre concorrência: a necessária interação entre as políticas do SBDC e da Defesa Comercial – Dec 1355/ 94 ;

4 O Direito Econômico da Concorrência: O SBDC;

4.1 Conceito de Direito da Concorrência e origens;

Clayton Act 1914 EUA

4.2 Previsão Constitucional (art. 173 CF/88 par. 4);

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros

4.3 Direito Antitruste no Brasil: da CADE ao CADE;

UNICURITUBA II CONBRADEC

5. ASPECTOS PONTUAIS DA LEI 12.529/2011

ÍNDICE DA LEI 12.529, DE 30/11/2011.

TÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

CAPÍTULO I - DA FINALIDADE

CAPÍTULO II - DA TERRITORIALIDADE

TÍTULO II - DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

CAPÍTULO I - DA COMPOSIÇÃO

CAPÍTULO II - DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE.

Seção I - Da Estrutura Organizacional do CADE

Seção II - Do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

Seção III - Da Superintendência-Geral

Seção IV - Da Procuradoria Federal junto ao CADE

Seção V - Do Departamento de Estudos Econômicos

CAPÍTULO III - DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO

UNICURITUBA

II CONBRADEC

TÍTULO III - DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PERANTE O CADE

**TÍTULO IV - DO PATRIMÔNIO, DAS RECEITAS E DA GESTÃO ADMINISTRATIVA,
ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA**

TÍTULO V - DAS INFRAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA

CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

CAPÍTULO II - DAS INFRAÇÕES

CAPÍTULO III - DAS PENAS

CAPÍTULO IV - DA PRESCRIÇÃO

TÍTULO VI - DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

**CAPÍTULO II - DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CONTROLE DE ATOS DE
CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA**

Seção I - Do Processo Administrativo na Superintendência-Geral

Seção II - Do Processo Administrativo no Tribunal

Seção III - Do Recurso contra Decisão de Aprovação do Ato pela Superintendência-Geral

UNICURITUBA

II CONBRADEC

CAPÍTULO III - DO INQUÉRITO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE
INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E DO PROCEDIMENTO
PREPARATÓRIO

CAPÍTULO IV - DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES
ADMINISTRATIVAS POR INFRAÇÕES À ORDEM
ECONÔMICA

CAPÍTULO V - DA MEDIDA PREVENTIVA

CAPÍTULO VI - DO COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

CAPÍTULO VII - DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

TÍTULO VII - DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

CAPÍTULO I - DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

CAPÍTULO II - DO ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

TÍTULO VIII – DA EXECUÇÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

CAPÍTULO I - DO PROCESSO

CAPÍTULO II - DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

TÍTULO IX - DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

LEI 12529/2011

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a **prevenção e a repressão** às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. **A coletividade é a titular** dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

OBS.: A repressão ao abuso do poder econômico está prevista no § 4º do art. 173 da CF/88 – A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

DA TERRITORIALIDADE

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.

§ 1º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§ 2º **A empresa estrangeira será notificada** e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

OBS.: Adota a **teoria dos efeitos**.

LEI 12529/2011

Art. 3º O SBDC é formado pelo **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda**, com as atribuições previstas nesta Lei.

Art. 4º O CADE é entidade julgante 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.

Da Estrutura Organizacional do CADE

Art. 5º O CADE é constituído pelos seguintes órgãos:

I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II - Superintendência-Geral e

III - Departamento de Estudos Econômicos.

OBS.: O CADE foi criado em 10/09/1962 pela Lei 4.137 e foi alterado pela Lei 8.884, de 11/06/1994.

O CADE não regula mercados e não fiscaliza agentes econômicos regulados, porém, compete-lhe decidir sobre matéria concorrencial, inclusive sobre matérias próprias de mercados regulados e financeiras.

O CADE tem competência no mercado financeiro: AC 08012.011303/2008-96 (Itaú e Unibanco), AC 08012.011736/2008-41 (BB e Nossa Caixa), AC 08012.00332/2011-28 (BB, Bradesco e Caixa Econômica Federal) e AC 08012.004996/2011-66 (Carrefour Comércio e Indústria Ltda e Cetelm Holding Participações S. A.).

LEI 12529/2011

DAS INFRAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

LEI 12529/2011

Art. 35. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

CAPÍTULO II: DAS INFRAÇÕES

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

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

OBS.: Mercado relevante é o espaço (geográfico ou em que é comercializado determinado produto) em que pode ocorrer o abuso de posição dominante.

LEI 12529/2011

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

LEI 12529/2011

- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

LEI 12529/2011

DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

- I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;
- IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
- V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e
- VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

LEI 12529/2011

DA MEDIDA PREVENTIVA

Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

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

§ 2º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo.

LEI 12529/2011

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 (Cartel) desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

§ 3º (VETADO).

Obs.: Acordos que não admitem a culpa tendem a demandar uma maior contribuição, próxima ao valor da punição, enquanto a admissão de culpa leva à imposição de menor valor ao representado, uma vez que o mesmo incorre em mais riscos, ao confessar – Dilema do Prisioneiro na Teoria dos jogos.

LEI 12529/2011

- § 4° A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.
- § 5° A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.
- § 6° A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.
- § 7° O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.
- § 8° O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.
- § 9° O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.
- § 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9° deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

LEI 12529/2011

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos.

§ 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

§ 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.

Obs.: Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de:

I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou

II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

LEI 12529/2011

DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

LEI 12529/2011

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Obs.: dosimetria da pena: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência.

LEI 12529/2011

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Obs.: Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990 – prática de cartel, observadas as revogações do art 116 da Lei 12.529.

Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993 – que institui normas para licitação e contratação com a Administração Pública.

Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, art. 288 – quadrilha ou bando

LEI 12529/2011

DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

CAPÍTULO I

DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

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

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

Obs.: Controle prévio do AC.

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

LEI 12529/2011

§ 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.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

OBS.: Eficiências de uma fusão:

Eficiência alocativa: combinação ótima de recursos, quantidades e preços que maximizem o bem-estar social;

Eficiência produtiva: menor custo médio possível através de economia de escala (no tempo e espaço), economia de escopo (produção simultânea de dois ou mais produtos) e sinergias (pela fusão e aquisição)

Eficiência dinâmica: própria do histórico da capacidade competitiva segundo evolução do enxugamento das curvas de custo, da qualidade de produtos; e

Eficiência transacional: pela redução dos custos de transações via negócios, contratos e (re) organização institucional.

LEI 12529/2011

§ 7º 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.

§ 8º 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.

§ 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei.

Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

LEI 12529/2011

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Obs.: Joint Venture, para o Cade, é formada quando uma nova empresa ou negócio é criado por um conjunto de dois ou mais empresas para realizar os objetivos estabelecidos em sua razão social. O que caracteriza a joint venture é o controle compartilhado para alcançar objetivos comuns. (...) Pode ser considerada, também, uma joint venture, uma empresa criada para executar certas atividades das empresas controladoras, como pesquisa e desenvolvimento; produção; distribuição; logística etc. Observe-se, que nesse caso há também a relação jurídica de propriedade conjunta, independente da participação acionária de cada um.

LEI 12529/2011

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Parágrafo único. Na hipótese referida no *caput* deste artigo, a falsidade ou enganiosidade será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), a ser aplicada na forma das normas do Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis.

LEI 12529/2011

Art. 59. Após a manifestação do requerente, o Conselheiro-Relator:

- I - proferirá decisão determinando a inclusão do processo em pauta para julgamento, caso entenda que se encontre suficientemente instruído;
- II - determinará a realização de instrução complementar, se necessário, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

§ 1º O Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.

§ 2º O Conselheiro-Relator poderá acompanhar a realização das diligências referidas no inciso II do *caput* deste artigo.

Obs.:É o conhecido “Apro às avessas” – Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação: *que conterà as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do AC, evitando o risco de tornar eficaz o resultado final do procedimento. (art. 139, § único do Regimento Interno do CADE).*

LEI 12529/2011

Pelo Apro, geralmente as partes restavam impedidas de

Alterar instalações físicas;

Transferir ou renunciar aos direitos e obrigações relativos aos seus ativos, marcas, patentes, carteira de clientes e fornecedores;

Alterar o serviço de logística, distribuição e comercialização;

Descontinuar a utilização de marcas e produtos;

Implementar mudanças administrativas, dispensando mão-de-obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos de produção, distribuição, comercialização e pesquisa;

Interromper projetos de investimentos pré-estabelecidos;

Modificar o estatuto social da empresa causando impactos concorrenciais;

Unificar a escrituração contábil das plantas;

Alterar investimentos em marketing; e/ou

Realizar reuniões entre as partes sem autorização do Cade.

LEI 12529/2011

Art. 119. O disposto nesta Lei não se aplica aos casos de *dumping* e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nos 93.941 e 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

Referências Bibliográficas.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método. 2012.

ANDERS, Eduardo Caminati, CORDOVIL, Leonor Augusta Giovanne e BAGNOLI, Vicente. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: RT. 2012.

TAUFICK, Roberto Domingos. *A nova Lei Antitruste Brasileira*. São Paulo: Forense. 2012.

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

Prof. Direito Econômico e

Análise Econômica do Direito

LEI 12529/2011

Conclusões:

O fair trade no âmbito internacional e a livre concorrência devidamente incentivada no comércio interno de um País levam ao desenvolvimento e à construção e uso racional e inclusor da riqueza.

Trata-se de vencer os egoísmos e protecionismos em busca de bem estar social permanente, expandido a todos e todas e próprio do atuar cidadão do empresariado que, ao final, sairá ganhando pela emancipação de seus negócios das cíclicas crises que assolam as economias mundiais.

Foi verdadeiro privilégio dividir com todos vocês esta manhã de reflexões. Muito Obrigado.

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Programa de Pós-Graduação em Direito da

Universidade Federal de Santa Catarina

A antítese de utopia e realidade pode, em alguns aspectos, ser identificada com a antítese Livre Vontade e Determinismo. O **utópico é necessariamente voluntarista**: acredita na possibilidade de, mais ou menos radicalmente, rejeitar a realidade, e substituí-la por sua utopia por um ato de vontade. Já o **realista analisa um curso de desenvolvimento predeterminado**, que ele é impotente para modificar. Para o realista, a filosofia, nas famosas palavras de Hegel no prefácio de sua “Filosofia do Direito”, “sempre chega tarde demais” para mudar o mundo. Por intermédio da filosofia, a antiga ordem “não pode ser rejuvenescida, somente conhecida”. **O utópico, fixando seus olhos no futuro, pensa em termos de criatividade espontânea; o realista, enraizado no passado, em termos de causalidade.** Toda a ação humana sadia, e portanto todo pensamento sadio, deve estabelecer um equilíbrio entre utopia e realidade, entre vontade e determinismo. O realista completo, aceitando incondicionalmente a sequência dos acontecimentos, se priva da possibilidade de modificar a realidade. O utópico completo, rejeitando a sequência causal, se priva da possibilidade de entender a realidade que está tentando transformar, ou os processos pelos quais ela pode ser transformada. **O vício característico do utópico é a ingenuidade; o do realista, a esterilidade.**[1]

[1] CARR, Edward Hallett. *20 anos de crise : 1939-1945. Op. cit. p. 23.*