

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Guilherme Queirolo Feijó

**O CONTROLE CONCORRENCIAL PRÉVIO NO BRASIL
À LUZ DA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA**

Porto Alegre

2012

Guilherme Queirolo Feijó

**O CONTROLE CONCORRENCIAL PRÉVIO NO BRASIL
À LUZ DA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior.

Porto Alegre

2012

Agradecimentos

Acima de tudo, agradeço aos meus pais, por todo o apoio, carinho e dedicação, sem os quais não apenas este trabalho não seria possível, mas todas as conquistas, acadêmicas e pessoais, realizadas ao longo de minha vida.

Agradeço a todos os meus familiares, pela confiança depositada e pelo apoio incondicional. Agradeço ao meu orientador, Prof. Augusto Jaeger Junior, pelos ensinamentos e pela atenção dedicada.

Agradeço, por fim, aos colegas Fernando René Graeff, Ricardo Leal de Moraes e Júlia Battistela Machado, pelo aprendizado, pelas contribuições e pelo suporte ao longo deste convívio duradouro.

RESUMO

O objeto do presente estudo consiste na análise do atual momento do Direito da Concorrência no Brasil, com o advento da Lei 12.529/2011, em vigor desde maio de 2012, cujo objetivo é reforçar o sistema do controle *ex post* de condutas anticoncorrenciais e, acima de tudo, viabilizar um sistema de controle de estruturas mais eficaz e que imponha menores custos de transação aos agentes do mercado, realizado de forma prévia. De fato, as alterações introduzidas pela nova lei alinham o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ao modelo de Direito da Concorrência da União Europeia, consolidado pelas reformas operadas em 2004, as quais representaram uma evolução em termos de eficiência e segurança jurídica, estabelecendo o controle *ex post* de condutas anticoncorrenciais paralelamente ao controle *ex ante* de estruturas e promovendo um ambiente concorrencial. A aproximação entre os sistemas decorre de tendência mundial observada no direito da concorrência. Todavia, a experiência no âmbito da União Europeia nestes últimos anos demonstrou que a consolidação das duas formas de controle foi acompanhada de mecanismos e ferramentas próprias à sua respectiva finalidade e adequadas a mitigar os riscos e as deficiências inerentes a cada um deles. Diante disto, a introdução do controle prévio de estruturas no Brasil deverá também observar a efetivação de mecanismos, principalmente para afastar o risco de não apreciação dos atos notificados em lapso temporal razoável, o que poderia entravar a atividade empresarial e desestimular investimentos estrangeiros.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Antitruste. Nova lei antitruste brasileira. Lei 12.529/2011. Controle prévio. Controle de estruturas. Controle de condutas anticoncorrenciais. Reforma. Evolução. Eficiência. Segurança jurídica.

ABSTRACT

This study's object is to analyze the current moment of the Competition Law in Brazil, with the enactment of Law 12.529/2011, in force since May 2012, whose aims are to strengthen the *posteriori* anticompetitive practices control and, most of all, to enable a more effective structures control, requiring less transaction costs to the economic agents, performed prior to the transactions consummation. In fact, the changes introduced by the new Law line the Brazilian System of Competition Defense to the European Competition Law model, consolidated by the reforms operated in 2004, which represented an efficiency and legal certainty evolution, by establishing the *ex post* control of anticompetitive practices in parallel to the *ex ante* structures control and promoting an antitrust environment. The rapprochement between the two systems is a result of global trend in the Competition Law. However, the enforcement experience in the European Union demonstrated that the consolidation of these two means of competition protection was accompanied by mechanisms suitable for their purposes and tools able to reduce the risks and weaknesses related to each of them. Therefore, the implementation of the previous merger control in Brazil must also develop mechanisms, especially to avoid the risk of non appreciation of notified acts within reasonable time, what might paralyze the commercial activity and discourage foreign investments.

Keywords: Competition Law. Antitrust. New Brazilian Antitrust Law. Law 12/529/2011. *Ex ante* control. Structures control. Control of anticompetitive practices. Reform. Evolution. Efficiency. Legal certainty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. CONTROLE PRÉVIO NA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA.....	9
2.1. Sistema Anterior e Reforma	9
2.1.1. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia	9
2.1.2. Regulamentos nº 17/1962 e nº 4.064/1989	13
2.1.3. Críticas e necessidade de reforma dos Regulamentos nº 17/1962 e nº 4.064/1989.....	18
2.2. Novo Sistema e Experiência.....	22
2.2.1. Regulamentos nº 1/2003 e nº 139/2004.....	22
2.2.2. Resultados em quase 10 anos de vigência dos Regulamentos.....	26
2.2.3. Contribuições da experiência europeia a outras jurisdições	31
3. CONTROLE PRÉVIO NA REALIDADE BRASILEIRA	36
3.1. Nova Lei Antitruste Brasileira	36
3.1.1. Sistema anterior - Lei 8.884/1994	36
3.1.2. Necessidade de reforma.....	40
3.1.3. Lei 12.529/2011 e controle prévio.....	45
3.2. Perspectivas e Desafios do Controle Prévio no Brasil.....	50
3.2.1. Vantagens e dificuldades do sistema de controle prévio	50
3.2.2. Mecanismos de viabilização do novo sistema.....	54
3.2.3. Perspectivas e desafios de aplicação	60
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende realizar uma análise histórica do exercício do controle concorrencial prévio na União Europeia e no Brasil, com o objetivo de examinar os rumos seguidos por cada um destes sistemas de defesa da concorrência, bem como apontar possíveis contribuições do primeiro ao segundo e, ao final, observar algumas perspectivas e desafios acerca da aplicação do controle prévio de estruturas recentemente implantado no Brasil. Para tanto, realiza-se uma revisão histórica das reformas que consolidaram o sistema atualmente vigente na União Europeia e do sistema instituído pela nova lei antitruste brasileira.

Nos últimos anos, a partir do entendimento a respeito da existência de falhas naturais de mercado e dos benefícios, de ordem social, política e econômica, proporcionados pela promoção da liberdade de concorrência no mercado, o Direito da Concorrência vem adquirindo papel de grande relevância no cenário econômico brasileiro. A Lei 8.884/1994 consolidou um sistema institucional estável destinado à defesa da concorrência no território nacional, cuja consequência foi a melhor aplicabilidade das normas antitruste, atraindo a atenção das comunidades empresarial e acadêmica.

No entanto, a experiência da aplicação do direito concorrencial no Brasil neste período demonstrou a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de controle como passo evolutivo da promoção da livre concorrência, notadamente em termos de eficiência e segurança jurídica. Neste compasso, o advento da Lei 12.529/2011, que passou a disciplinar a defesa da concorrência no País desde maio de 2012, teve como principal novidade a modificação do momento de exercício do controle de estruturas de mercado, a ser realizado de forma prévia.

De outro lado, a União Europeia experimentou evolução gradual de seu ordenamento antitruste, mediante a edição de regulamentos pelo Conselho, até atingir o estado atual de aplicação. Nesta evolução, ganham particular importância as reformas introduzidas em 2004, as quais consolidaram os parâmetros gerais de seu sistema de promoção da concorrência. A experiência do sistema introduzido nestes quase dez anos, avaliadas em relatórios anuais elaborados pela Comissão Europeia, permite uma boa perspectiva da evolução, apta a orientar o aperfeiçoamento do controle concorrencial no Brasil.

Neste contexto de avaliação dos resultados obtidos na experiência da União Europeia no considerável período de quase uma década e de recente reforma substancial no Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil, insere-se e justifica-se o presente estudo. Com este estudo,

pretende-se também difundir a novel legislação e possibilitar um exame crítico e prospectivo acerca dos destinos do Direito da Concorrência no caso brasileiro.

No mais, o presente estudo é aprofundado a partir das distintas faces da proteção à concorrência, previstas em ambos os ordenamentos, quais sejam, o controle de estruturas no mercado e o controle de condutas anticoncorrenciais, sobretudo no que tange ao momento do exercício destas formas de controle em relação à consumação e aos efeitos dos atos no mercado. Destarte, objetiva-se dar forma ao caráter preventivo e ao caráter repressivo do direito concorrencial, os quais se somam ao viés educativo, compondo os três pilares da promoção da concorrência.

Nessa toada, o trabalho é estruturado em duas partes. A primeira refere-se à experiência do controle concorrencial no âmbito da União Europeia, mormente em relação ao momento de exercício dos controles de condutas e de estruturas. Nela, inicia-se com o sistema anterior, apresentando sua evolução até o exame do quadro atual, com a devida perspectiva acerca dos resultados obtidos nesse período de experiência. Na segunda parte, passa-se à experiência do controle concorrencial brasileiro, novamente sob o prisma do momento de exercício dos controles de condutas e de estruturas. Para tanto, traça-se linhas sobre a evolução do sistema concorrencial brasileiro, que culminou na Lei 12.529/2011. Após, realiza-se balanço acerca da viabilização do controle prévio de estruturas, tecendo-se breves considerações prospectivas a partir das análises anteriores.

A análise da Lei 12.529/2011, contudo, é realizada em linhas gerais, sem pretensão de exaurir suas implicações, haja vista que o enfoque reside no momento do exercício do controle concorrencial. Ademais, a avaliação da nova lei encontra limitação em seu pouco tempo de vigência, bem como na restrita doutrina acerca do tema até então. Desta sorte, afora os pontos aqui traçados, os desafios e as perspectivas do controle concorrencial prévio no sistema brasileiro certamente ainda contarão com novos parâmetros e reviravoltas, de modo que o presente estudo não poderia ambicionar uma análise exaustiva, por sua prematuridade.

Por fim, cumpre ressaltar que não se desconhece as contribuições do sistema concorrencial norte-americano ao modelo brasileiro. Entretanto, o presente estudo cinge-se à avaliação da experiência e das contribuições do sistema europeu, justamente pela consolidação de seu ordenamento nos últimos anos e pela noção de concorrência como instrumento, comum aos sistemas brasileiro e europeu, fornecendo as diretrizes para a aplicação do direito antitruste.

2. CONTROLE PRÉVIO NA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

2.1. Sistema Anterior e Reforma

2.1.1. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

A defesa da concorrência na União Europeia (UE) foi fortemente influenciada pela descartelização realizada na Alemanha no segundo pós-guerra, a qual se obrigou a adotar medidas para prevenir nova centralização da economia no maquinário de guerra. No âmbito do então direito comunitário, as preocupações concorrenciais surgem como decorrência lógica da tentativa de implementação de um mercado comum regional, com o objetivo de evitar o reestabelecimento de barreiras entre os mercados nacionais¹. Acordos privados e outras práticas abusivas podiam constituir barreiras nesse sentido, sendo a sua eliminação condição inafastável para garantir a livre circulação de fatores econômicos no mercado comum. Para tanto, tornava-se importante também a mitigação do protecionismo estatal existente em muitos países².

Desta forma, aliado a um modelo econômico liberal³, o direito concorrencial na UE adquiriu, desde o princípio, claro e importante papel instrumental na integração entre os Estados e na consecução do ideal de mercado comum⁴. CAMPELLO vislumbrava duas principais funções nas normas concorrenciais. Para a autora, “a primeira é a de garantir o correto funcionamento de um sistema de economia de mercado, (...); o segundo [sic] é o de contribuir para a formação do mercado único”⁵.

¹ Segundo MOUSSI, “[...] o estabelecimento das condições normais da concorrência era necessário para se chegar à supressão de todas as protecções que serviam de obstáculo às trocas comerciais e que fragmentavam a economia europeia. Estas condições normais de concorrência exigiam, primeiramente, regras e processos com vista a corrigir o efeito das intervenções dos Estados ou das situações de monopólio e em segundo lugar, regras que se impusessem às empresas a fim de evitar que os duplos preços tivessem o mesmo efeito que os direitos aduaneiros [...]” MOUSSI apud ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 47-48.

² JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 49-50.

³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 89.

⁴ AMARAL, Marcelo Quevedo do. Análise da evolução do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência à luz da experiência internacional. In: BRASIL: Ministério da Fazenda e Secretaria de Acompanhamento Econômico. **II Prêmio SEAE**: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica de 2007. Brasília: SEAE, 2009. p. 682.

⁵ CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu**: uma contribuição ao Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 31.

Nesse sentido, a primeira expressão de acordo supranacional de proteção à concorrência foi o Tratado da Comunidade Econômica Européia do Carvão e do Aço (CECA), de 1951, cujo objetivo primordial era a promoção de um mercado comum no âmbito dos recursos de carvão e aço, sem barreiras e entraves concorrenciais, o que implicava a necessidade de controle dos comportamentos das empresas atuantes.

Ainda exclusivamente no campo econômico, a experiência da CECA influenciou o surgimento de novos tratados, visando a expandir a integração obtida em relação ao aço e ao carvão para outras áreas. Assim, em 1957, foram assinados o Tratado da Comunidade Econômica Europeia para a Energia Atômica (CEEa) e o Tratado da Comunidade Econômica Europeia (TCEE), conhecido como Tratado de Roma. O primeiro representava uma extensão dos termos da CECA à utilização de energia atômica, enquanto o segundo não se limitava a um setor econômico específico, uma vez que abrangia todos os ramos da economia, precedendo um verdadeiro mercado comum europeu⁶.

Após, o TCEE acabou substituído pelo Tratado da Comunidade Européia (TCE) e a Comunidade Econômica Europeia cedeu lugar à denominada Comunidade Europeia, ampliando os objetivos para além do âmbito econômico, perfazendo integração também política⁷. Mais recentemente, em 2009, paralelamente à adesão de novos Estados-membros, o TCE foi substituído pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), atualmente vigente⁸. O TFUE disciplina as regras de concorrência em seus arts. 101 a 106 (antigos arts. 81 a 86 do TCE). Para a finalidade deste estudo, o enfoque reside na sistemática de aplicação das normas comunitárias de direito material antitruste, notadamente dos arts. 101 e 102 do TFUE (antigos arts. 81 e 82 do TCE, respectivamente), a partir do que serão examinados os procedimentos adotados no controle da defesa da concorrência.

⁶ Ao contrário do TCECA, o TCEE tinha suas disposições aplicáveis somente em caso de afetação do comércio entre Estados-membros, permitindo a coexistência das normas comunitárias com as nacionais. Significa dizer que os Estados signatários não abdicaram inteiramente de sua soberania neste ato. ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da concorrência nas comunidades européias**. 2. ed, atual. e ampl.. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 22-23.

⁷ Segundo CAMPOS, o Tratado de Maastricht, que deu forma à Comunidade Européia, “visou instituir a tão proclamada *União Europeia*, definindo-lhe os *objectivos políticos* e os *instrumentos da realização desses objectivos* [sic]”. CAMPOS, João Luiz Mota de; CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. 4. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 650.

⁸ Sobre a evolução dos tratados fundacionais da União Europeia, ver JAEGER JUNIOR, Augusto. **Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais**. p. 49-58.

O art. 101 do TFUE declara, em seu n° 1, serem proibidos⁹ acordos, decisões de associações e práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que têm por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Tais atos, segundo o art. 101, n° 2, seriam nulos. Inobstante, segundo previsão do art. 101, n° 3, (i) caso contribuam para melhorar a produção ou distribuição dos produtos ou (ii) para promover o progresso técnico ou econômico, os atos arrolados no n° 1 podem ser permitidos, desde que (iii) uma parte equitativa do lucro resultante seja reservada aos utilizadores, (iv) não sejam impostas restrições que não indispensáveis à consecução desses objetivos e (v) não seja possível a eliminação da concorrência relativamente a parte substancial dos produtos em causa.

Por sua vez, o art. 102 do TFUE prevê a proibição de atos que configurem exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou em parte substancial deste, na medida em que suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros. O dispositivo ainda apresenta rol exemplificativo de práticas abusivas.

Tais normas regulam especificamente condutas anticoncorrenciais¹⁰, seja na forma de acordos, decisões e práticas concertadas entre empresas¹¹ (art. 101), seja na forma de abusos de posição dominante (art. 102), de modo que o TFUE não prevê qualquer forma de controle estrutural do mercado¹²⁻¹³. Somente o TCECA havia estabelecido expressamente um controle de operações de concentração, mediante notificação e prévia autorização pela CECA (art. 66 do TCECA), restrito, todavia, aos mercados de carvão e de aço.

A ausência deste controle originou uma situação totalmente contraditória: um acordo de cooperação entre empresas que pudesse afetar a concorrência deveria ser previamente autorizado, segundo o Regulamento n° 17/62 (como se verá adiante); porém, a reunião destas empresas por meio de ato de concentração, ainda que com os mesmos objetivos ou efeitos daquele acordo, não estaria subordinada a qualquer espécie de controle. Em razão disto, em

⁹ Tal proibição possui caráter de nulidade de pleno direito, sendo diretamente aplicável. CAMPOS, João Luiz Mota de; CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. 4. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 618-619.

¹⁰ CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu**: uma contribuição ao Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 179.

¹¹ Nesse sentido, SALOMÃO FILHO assevera que “No sistema europeu esse dispositivo é aplicável com exclusividade às formas de cooperação empresarial. As concentrações nunca foram por ele disciplinadas”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 321-322.

¹² SANTA MARIA, Alberto. **Diritto Commerciale Comunitario**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 1995. p. 317.

¹³ CALVO CARAVACA distingue entre “derecho de la competencia stricto sensu”, correspondente a um controle *ex post* de condutas, e “derecho desregulador ou liberalizador”, equivalente a um controle preventivo. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 90.

um primeiro momento, tal lacuna no controle concorrencial teve que ser suprida com a utilização dos mecanismos existentes à época.

Inicialmente, a proibição do art. 102 foi aplicada para exercer um controle das operações de concentração¹⁴, posicionamento firmado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) no caso *Continental Can* e consagrado pela Comissão no Memorando sobre a Concentração no Mercado Comum, de 1965. Tal se deu uma vez que o art. 101 limitaria por demais a aplicabilidade às hipóteses nele descritas¹⁵. Posteriormente, tendo em vista algumas dificuldades de aplicação exclusiva do art. 102, foi modificado o entendimento inicial acerca da inaplicabilidade do art. 101, passando-se a utilizar ambos dispositivos para controle de concentrações. Nesse sentido, foi emblemático o caso *Philip Morris*¹⁶, cuja doutrina foi ratificada pela Comissão em seu Relatório da Concorrência de 1988¹⁷. Com isto, a Comissão pretendeu intervir nas estruturas do mercado comum, por meio de um controle de operações de concentração.

O TFUE assentou normas concorrenciais de direito material, sendo bastante sucinto no trato de questões formais, delegando ao Conselho competência para editar as normas procedimentais necessárias para aplicação do direito material. Também a Comissão, apesar de sua função precipuamente executiva, está autorizada a emitir regulamentos (de execução), mediante delegação do Conselho, a fim de complementar a execução das regras dos regulamentos base¹⁸.

¹⁴ CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu**: uma contribuição ao Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 180.

¹⁵ ANDRADE arrola cinco problemas de aplicação do art. 101, a saber: (1) dificuldade de aplicação em países com legislação própria e distinta; (2) impropriedade dos critérios de autorização do art. 101, nº 3, a concentrações; (3) incompatibilidade do caráter temporário das autorizações do art. 101, nº 3, com as concentrações; (4) inaplicabilidade da sanção de nulidade às concentrações; e, (5) não incidência sobre operações que não por um dos meios previstos no art. 101, nº 1. ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 90-91.

¹⁶ EUROPEAN UNION: **Commission. Case 730/79 - Judgment of the Court of 17 September 1980: Philip Morris Holland BV v. Commission of the European Communities. - Aid to a cigarette manufacturer.** Luxembourg: European Union, 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0730:EN:HTML>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

¹⁷ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 1988**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 1989.

¹⁸ Os regulamentos base são aqueles de natureza geral e abstrata, cuja competência para expedição é exclusiva do Conselho. São considerados regulamentos de execução aqueles destinados à execução das regras do regulamento base, podendo ser emitidos pela Comissão, mediante delegação do Conselho. Sobre a distinção entre regulamentos base e regulamentos de execução, ver CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu**: uma contribuição ao Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 188/190 .

Assim, afora as fontes primárias, o ordenamento jurídico comunitário contempla, ainda, fontes normativas secundárias, previstas no art. 249 do TCE¹⁹, dentre as quais os regulamentos, normativas de caráter geral, obrigatórias em todos os seus elementos e de aplicabilidade direta²⁰. Nessa seara, a primeira normativa procedimental de aplicação dos arts. 101 e 102 do TFUE (antigos arts. 81 e 82 do TCE) foi o Regulamento n° 17, de 1962, que tratou de definir a forma de exercício do controle de condutas anticoncorrenciais, não havendo, naquela época, um controle próprio de estruturas.

2.1.2. Regulamentos n° 17/1962 e n° 4.064/89

Ao disciplinar a execução das normas concorrenciais, o Regulamento n° 17/62 instituiu uma competência concorrente entre a Comissão e as autoridades nacionais para aplicação dos arts. 101, n° 1, e 102 do TFUE. De acordo com tal normativa, as autoridades nacionais eram competentes para declarar proibidos acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, e que possuíssem por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Da mesma forma o eram em relação à exploração abusiva de posição dominante no mercado referido ou em parte substancial dele. Para evitar sobreposição de competências, as autoridades nacionais tornavam-se incompetentes com a abertura de procedimento por parte da Comissão, o que indicava, já naquele momento, uma prevalência do direito comunitário sobre o direito nacional²¹.

O principal aspecto do Regulamento n° 17, entretanto, dizia respeito à forma de aplicação da isenção contida no art. 101, n° 3, segundo o qual era possível afastar a proibição do art. 101, n° 1, a acordos, decisões ou práticas que contribuíssem para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reservasse uma parte equitativa do lucro resultante. Tal isenção poderia ser conferida através de um regulamento de isenção por categoria, que autorizava certas espécies de acordos de antemão, ou por uma decisão de isenção individual com fundamento no n° 3 daquele dispositivo.

¹⁹ O referido dispositivo prevê também diretivas, decisões, recomendações e pareceres.

²⁰ CAMPOS, João Luiz Mota de; CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. 4. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 318 e seguintes.

²¹ Sobre a supremacia do direito comunitário, ver CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 373 e seguintes.

Todavia, a concessão de isenção era de competência exclusiva da Comissão, razão pela qual juízes e autoridades nacionais não eram autorizados a declarar a não aplicação do art. 101, n.º 1 em razão do art. 101, n.º 3²². Destarte, o Regulamento n.º 17 estabelecia um “sistema de notificação centralizada”²³ para a concessão de isenções. Dispunha o aludido regulamento que um acordo que infringisse o artigo 101, n.º 1, e não fosse amparado por um regulamento de isenção por categoria, deveria ser notificado à Comissão para requerimento de uma isenção individual. Ou seja, a autorização contida no art. 101, n.º 3, dependia de uma decisão prévia, configurando forma de controle *ex ante* de acordos e práticas concertadas no âmbito comunitário.

Cabe ressaltar que a notificação não era obrigatória, de modo que a empresa poderia optar por não a realizar. Neste caso, evidentemente, a legalidade da conduta seria verificada *a posteriori* pela autoridade competente, após a consumação do ato, com a instauração do processo administrativo competente e a aplicação de sanções às empresas envolvidas, o que significava outro modo de controle. Por outro lado, uma vez notificado o acordo, a Comissão era obrigada a proferir uma decisão. Com a notificação, a empresa era beneficiada por imunidade em relação a multas, pelo menos até a prolação de uma decisão formal pela Comissão²⁴, o que servia como forte incentivo às empresas para notificação prévia, restando poucos atos para controle *a posteriori*. Assim, em que pese teoricamente híbrido do ponto de vista do momento do controle, na prática, o sistema de controle de condutas era majoritariamente prévio.

O exercício da notificação prévia com requerimento de isenção ensejava quatro possibilidades distintas de decisões²⁵: (a) a declaração de inaplicabilidade do art. 101, n.º 1, do TFUE, em razão da aplicação do art. 101, n.º 3²⁶; (b) a emissão de um certificado negativo

²² MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. P. 395.

²³ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na comunidade europeia: a reforma do regulamento n.º 17/1962 pelo de n.º 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 19, p. 69-83, nov. 2004. p. 69.

²⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 317.

²⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na comunidade europeia: a reforma do regulamento n.º 17/1962 pelo de n.º 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 19, p. 69-83, nov. 2004. p. 70.

²⁶ Conforme explica ALVES, “Na decisão de isenção constata-se que determinado comportamento das empresas é ilegal face ao n.º 1 do art. 85 [atual art. 101 do TFUE], viola o n.º 1 do art. 85. No entanto, porque tem aspectos positivos, porque se verificam todas as condições positivas e negativas do n.º 3 do art. 85, o n.º 1 é inaplicado por Decisão da Comissão, após pedido dos interessados”. ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da concorrência nas comunidades europeias**. 2. ed, atual. e ampl.. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 100.

de ilegalidade da conduta, atestando sua compatibilidade com o TFUE²⁷; (c) a emissão de uma *comfort letter* à empresa notificante; e, (d) a rejeição do ato notificado.

Para requerimento de uma isenção individual, realizado através do formulário AB, era dever da empresa notificante fornecer todos os elementos e informações relativos ao acordo e à estrutura do mercado relevante geográfico e material necessários para um exame completo e detalhado pela Comissão. O não fornecimento ou o fornecimento de informações incompletas retardaria o procedimento de isenção ou poderia ensejar mesmo uma decisão negatória por parte da Comissão.

A possibilidade de isenção pode ser vista como reflexo do caráter instrumental da concorrência na UE²⁸, na medida em que, apesar de prejudicial à concorrência, o ato pode ser autorizado, com base na promoção de outros objetivos, sociais e econômicos, institucionalizados, tendo-se em conta inclusive, mas não somente, a eficiência econômica produzida pelo ato. Determinados cartéis eram inclusive desejados pela Comissão naquela época, justamente por seus efeitos benéficos no fortalecimento e no desenvolvimento da economia interna²⁹. A autorização, no entanto, sempre continha limitação temporal, não se prolongando indefinidamente³⁰, o que permitia sua reavaliação futura.

Já o certificado negativo diferenciava-se da isenção individual por atestar a legalidade do ato, enquanto a isenção pressupunha uma ilegalidade. Segundo JAEGER JUNIOR, “era o mesmo que dizer que para se beneficiar de uma declaração de isenção, o acordo devia ser ilegal”³¹. O maior benefício do certificado negativo consistia, portanto, na certeza e na segurança jurídica da declaração de legalidade.

A terceira possibilidade, a emissão de uma *comfort letter*, em verdade, não era senão mero procedimento administrativo surgido na prática da Comissão. Consistia na comunicação escrita de que a mesma havia decidido não continuar o procedimento de análise

²⁷ Na definição de ALVES, “o certificado negativo, nos termos do art. 2 do Regulamento n.º 17, é a constatação da ausência de infração. (...). A decisão que concede o certificado negativo, na sua fundamentação, aprecia os factos, partes no acordo, o mercado, verifica que a restrição da concorrência não é sensível, ou que a coligação não tem por objecto ou por efeito afectar a concorrência”. ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da concorrência nas comunidades europeias**. 2. ed, atual. e ampl.. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 101.

²⁸ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 198-199.

²⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 319.

³⁰ SANTA MARIA, Alberto. **Diritto Commerciale Comunitario**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 1995. p. 324.

³¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 323.

da notificação, determinando o seu arquivamento ao invés de adotar uma decisão de mérito³². Por não se tratar de decisão formal e, portanto, não possuir caráter vinculativo em relação às autoridades nacionais, as *comfort letters* não produziam a segurança jurídica desejada às empresas e tampouco representavam um controle efetivo das condutas anticoncorrenciais. Não obstante, na prática, eram muito utilizadas para aliviar a carga de trabalho da Comissão³³.

Embora tais procedimentos se destinassem a orientar o controle de condutas, a lacuna do ordenamento levou a Comissão a utilizar o art. 102 (que previa a proibição do abuso de posição dominante) e o art. 101 do TFUE (que previa a proibição de acordos, decisões e práticas concertadas) ao controle de concentrações, de modo que, por conseguinte, o mesmo também foi regulado pelos procedimentos do Regulamento nº 17. Contudo, como era de se esperar, nem a aplicação conjunta dos então arts. 81 e 82 do TCE e tampouco as normas procedimentais do Regulamento nº 17 estavam aptas a um controle de concentrações, ocasionando enormes dificuldades em termos de segurança jurídica e eficiência.

Primeiramente, tendo em vista que a notificação não era obrigatória, as concentrações não necessitavam de autorização prévia, o que não era desejado em um controle de viés preventivo³⁴. Na prática, estabeleceu-se um sistema informal de notificação prévia das operações, o que mantinha, todavia, elevado grau de insegurança jurídica relativamente a procedimentos e garantias processuais. Outrossim, a morosidade da sistemática de aplicação também não se mostrava compatível com o dinamismo necessário ao controle de concentrações, mormente pela inexistência de prazos destinados à Comissão.

Não bastasse isto, a principal problemática verificada refere-se à dificuldade de enquadramento das operações nas hipóteses legais. Isso porque o art. 101 exigia que o ato tivesse caráter de cooperação (e não de concentração), enquanto o art. 102 somente era aplicável em casos de abuso de uma posição dominante existente, o que criava uma brecha substancial na aplicação do sistema de defesa da concorrência. O *case Philip Morris*, acima de tudo, evidenciou a necessidade de regulamentação própria ao controle de concentrações³⁵,

³² CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 378.

³³ CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu**: uma contribuição ao Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁴ MARTELLINI alerta a dificuldade da possibilidade do controle ser *ex post*, concluindo que mais eficaz seria o controle prévio. MARTELLINI, Maria. **L'impresa tra regolamentazione e concorrenza**. Milano: Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè editori spa - EGEEA, 1990. p. 166.

³⁵ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 121.

o que somente ocorreu em 1989, com a edição do Regulamento nº 4.064 pelo Conselho, após período de significativo volume de concentrações³⁶. A demora na edição de normativa comunitária específica ao controle de concentrações deu-se tanto pela resistência dos Estados-membros em outorgar poderes à autoridade supranacional para intervir nas estruturas de seus mercados³⁷ quanto pelo interesse no fortalecimento das empresas europeias para competirem internacionalmente³⁸.

O Regulamento nº 4.064/89 era aplicável às operações de concentrações de dimensão comunitária. Suprindo lacuna importante, o Regulamento fornecia conceito de concentração, abrangendo as operações de que resultasse uma alteração duradoura da estrutura das empresas, excluindo do âmbito desta normativa, portanto, aquelas que tivessem por objetivo ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantivessem independentes³⁹, as quais seriam disciplinadas pelo Regulamento nº 17/62. Também as *joint ventures* cooperativas não eram submetidas ao Regulamento, uma vez que não constituam forma de concentração, sendo consideradas acordos de cooperação⁴⁰. Por sua vez, a dimensão comunitária da operação verificava-se através de parâmetros quantitativos de faturamento anual das empresas, o que trazia segurança jurídica por seu caráter objetivo.

O aspecto mais importante do controle de concentrações estabelecido foi o sistema de notificação prévia e obrigatória das operações⁴¹. A operação de concentração que preenchesse os critérios de dimensão comunitária deveria ser notificada à Comissão, pelo formulário CO, no prazo de uma semana após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de participação de controle, para análise do potencial prejuízo à concorrência. A operação ficava suspensa até que fosse apreciada e declarada a sua compatibilidade com o mercado comum, nos termos do art. 7º do referido Regulamento⁴².

³⁶ MARTELLINI identifica significativo movimento de concentrações no continente europeu na década de 1980, o que tornava ainda mais necessário um regulamento específico. MARTELLINI, Maria. **L'impresa tra regolamentazione e concorrenza**. Milano: Edizioni Giuridiche Economiche Azuendali dell'Università Bocconi e Giuffrè editori spa - EGEEA, 1990. p. 165 e 169.

³⁷ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 84-89.

³⁸ FORGIONI destaca o paradoxo enfrentado pela UE “ao ‘garantir a concorrência interna e aumentar a competitividade externa’”: “Buscando a competitividade internacional, está em harmonia com as disposições do TUE [TFUE] a política de concentração atuada pela Comissão e corroborada pela Corte de Justiça. Visa-se, como é óbvio, a propiciar ganhos para indústria europeia, (...)”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 174-175.

³⁹ Ver considerando nº 23 do Regulamento nº 4.064/89.

⁴⁰ SANTA MARIA, Alberto. **Diritto Commerciale Comunitario**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 1995. p. 431.

⁴¹ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 178 e seguintes.

⁴² O Regulamento nº 1.310/97 excluiu o prazo de três semanas para a suspensão que constava no texto original.

A suspensão da concentração era característica inerente ao controle preventivo, realizado *ex ante*, porquanto evitava que uma operação produzisse efeitos anticoncorrenciais de difícil reversão até a apreciação de sua compatibilidade com o mercado. Para a hipótese de a concentração já ter ocorrido, fosse pela ausência de notificação ou pelo descumprimento da suspensão, restava à Comissão a possibilidade de ordenar a “desconcentração” ou outra medida necessária ao restabelecimento da concorrência, além da aplicação de multas.

O Regulamento nº 4.064/89 disciplinava, de forma pormenorizada, os procedimentos de notificação e análise, o que novamente contribuía em termos de segurança jurídica, haja vista as garantias processuais e a transparência do processo. Foram expressamente atribuídos à Comissão poderes investigatórios para instruir os processos e obter as informações fundamentais para decisão, visando a um controle efetivo. Após a análise do ato notificado, a Comissão podia simplesmente aprová-lo, aprová-lo com condições ou reprová-lo. Caso a Comissão entendesse que a operação notificada não se tratava de uma concentração, havia a possibilidade de a mesma ser analisada como pedido de certificado negativo ou de isenção individual, aplicando-se os termos do Regulamento nº 17/62.

Por fim, foram definidos critérios específicos para autorização das operações de concentração⁴³, distintos daqueles do art. 101, nº 3, do TFUE, que se destinavam, como visto, ao controle de acordos, decisões e práticas concertadas.

2.1.3. Críticas e necessidade de reformas dos Regulamentos nº 17/1962 e nº 4.064/1989

Com o tempo, o fenômeno da globalização transformou significativamente a realidade e a ordem econômica nos Estados, resultando na expansão dos mercados nacionais a níveis internacionais e na integração entre mercados antes dissociados, bem como em forte incremento do volume de negociações realizadas. Devido a este novo cenário econômico mundial, aliado ao próprio sucesso da então Comunidade Europeia, o número de notificações de acordos e práticas concertadas com pedido de isenção foi aumentando progressivamente, atingindo patamares inviáveis de apreciação pela Comissão⁴⁴.

Em relação ao controle de condutas, como reflexo da elevada carga de trabalho na Comissão, que detinha o monopólio para concessão da isenção individual prevista no art.

⁴³ Sobre os critérios de apreciação das operações de concentração, ver ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 232 e seguintes.

⁴⁴ Ver considerando nº 2 do Regulamento nº 1/2003.

101, nº 3, a válvula de escape utilizada foi a emissão indiscriminada de *comfort letters*⁴⁵, o que por si só evidencia a fragilização do sistema em face dos novos desafios que se apresentavam, dada à precariedade do instrumento. Segundo dados da Comissão, 90% dos casos eram concluídos com este procedimento⁴⁶, sem a realização de um controle propriamente dito, de sorte que raras decisões formais eram proferidas.

Primeiramente, a concessão de *comfort letters* não era resultado de um controle concorrencial, mas sim forma de abdicação ou postergação do controle. A Comissão deixava de examinar os atos notificados e de produzir decisão acerca de sua compatibilidade com as normas concorrenciais naquele momento. Destarte, o sistema de notificação prévia não mais atendia ao objetivo de exercer um controle concorrencial efetivo, por conta de sua inaptidão para examinar as situações apresentadas e produzir os resultados esperados⁴⁷.

Em segundo lugar, o fato de a *comfort letter* não compor uma decisão formal e não vincular as jurisdições nacionais ensejava situação de insegurança jurídica às empresas, haja vista que a legalidade do ato poderia ser questionada posteriormente, inclusive com base na legislação de um Estado-membro⁴⁸. Tal incerteza constituía elevado ônus às operações econômicas, tanto em caso de aplicação posterior de pena pecuniária por prática estendida no tempo quanto na forma de custos de transação a serem absorvidos pelas empresas.

A consequência lógica da conjugação destes fatores é a desproteção da liberdade de concorrência e das empresas atuantes no mercado comum, enfraquecendo a própria economia de mercado. Em verdade, o sistema então vigente demandava muita atenção da Comissão em atos administrativos, impedindo que a mesma se concentrasse na análise efetiva dos casos mais complexos e passíveis de maior impacto anticoncorrencial⁴⁹. Ante a insuficiência de

⁴⁵ Conforme descreve JAEGER JUNIOR, “O fato de a Comissão deter o monopólio de aplicação da regra do art. 81, n. 3, com o incremento do volume dos atos das empresas, ocasionou um enorme volume de trabalho para si. Impossibilitada de dar vazão às notificações, desenvolveu mecanismos alternativos. Um destes era a concessão de *comfort letters*”. JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 327.

⁴⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na comunidade européia: a reforma do regulamento nº17/1962 pelo de nº 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 19, p. 69-83, nov. 2004. p. 71.

⁴⁷ KRUGER, Alessandra. **Cinco Anos da Reforma Modernizadora do Direito Comunitário da Concorrência**. 2008. 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 22.

⁴⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 378.

⁴⁹ O Comissário Mário Monti, em discurso datado de 2000, destacou que a proteção efetiva da concorrência dependia da concentração dos recursos da Comissão nos casos que apresentam ameaça real ao mercado, em detrimento dos consumidores, tais como cartéis e práticas de repartição de mercados. MONTI, Mario. **Speech made at the CBI Conference on Competition Law Reform**, London, June 12, 2000. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2000_008_en.html>. Acesso em: 20 sep. 2012.

recursos humanos e materiais da Comissão para exercício exclusivo de um controle *ex ante* de condutas de forma eficiente e os altos custos de transação gerados pelo sistema de notificações⁵⁰, o modelo passou a sofrer questionamentos, os quais convergiam na necessidade de facilitação do processo⁵¹.

Nessa toada, em 1999, foi elaborado pela Comissão o Livro Branco⁵² sobre a modernização das regras de aplicação dos arts. 85 e 86 do TCE (atuais arts. 101 e 102 do TFUE), no qual foram apresentadas diferentes alternativas de reforma⁵³, dentre as quais destacam-se o fortalecimento da participação dos Estados-membros no processo, a descentralização da aplicação do art. 101, nº 3, e a criação de uma autoridade europeia concorrencial (que seria responsável pelo controle de condutas e pelo controle de concentrações). Conforme asseverado pelo então Comissário Mario Monti, em discurso proferido em 2000, o objetivo principal da reforma era fortalecer e garantir a eficiência da aplicação das normas concorrenciais na UE, visto que um mercado competitivo acarretaria benefícios de ordem social e econômica não somente aos consumidores e à sociedade em geral, mas também à economia interna e à indústria europeia⁵⁴.

Naquele mesmo ano, a Comissão elaborou Proposta de Modernização para substituição do “regime de autorização prévia” por um “regime de isenção legal”, com aplicabilidade direta, extinguindo o sistema de notificações prévias. O novo sistema de controle de condutas restou consagrado no Regulamento nº 1, de 2003, cuja entrada em vigor deu-se no ano de 2004, em substituição ao antigo Regulamento nº 17/62. A necessidade da reforma nos moldes em que realizada, todavia, não era unânime na doutrina. Na visão de MONTI, a responsabilidade pela insuficiência do sistema não decorria do sistema de notificação prévia, mas sim do gerenciamento ineficiente por parte da Comissão. O autor afirma que a quantidade de notificações já vinha diminuindo nos últimos anos, de modo que

⁵⁰ MARTELLINI alertava acerca da imposição de elevados custos de transação como decorrência da intervenção estatal, a ponto de representar prejuízo maior que a própria falha de mercado a ser corrigida. No entanto, a autora ressalva não ser razão suficiente para se rejeitar a intervenção, mas sim para ponderá-la e adequá-la. MARTELLINI, Maria. **L'impresa tra regolamentazione e concorrenza**. Milano: Edizioni Giuridiche Economiche Azuendali dell'Università Bocconi e Giuffrè editori spa - EGEEA, 1990. p. 84 e seguintes.

⁵¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 325.

⁵² Documento oficial emitido pela Comissão Europeia contendo conjunto de propostas de ação comunitária em determinada área.

⁵³ Sobre as diferentes propostas de reforma, ver JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 339 e seguintes.

⁵⁴ Ver MONTI, Mario. **Speech made at the CBI Conference on Competition Law Reform**, London, June 12, 2000. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2000_008_en.html>. Acesso em: 20 sep. 2012.

seria mais adequado o aperfeiçoamento do sistema *ex ante*, ao invés de seu abandono, que, segundo sustenta, decorreu mais de pressão política do que de necessidade efetiva⁵⁵.

Na seara do controle de concentrações, o Regulamento n° 4.064/89 já havia sido alterado pelo Regulamento n° 1.310/97, com a finalidade precípua de esclarecer e definir conceitos e procedimentos, sem modificação do sistema de controle prévio. Isso porque o Regulamento n° 4.064 havia implantado um controle efetivo e de sucesso, com ótimos resultados em seus primeiros 10 anos de vigência⁵⁶. Não obstante, considerando o cenário de progressiva expansão da UE, bem como a recente introdução de sistemas próprios de controle de concentrações em diversos países membros, aproveitou-se para discutir também a modernização do controle de concentrações. Foram apresentadas considerações e propostas para reforma no Livro Verde⁵⁷ relativo à revisão do Regulamento n° 4064/89, de 2000.

Embora o número de notificações à Comissão não fosse extremamente alto, constatou-se que grande parte das concentrações era notificada às autoridades nacionais. A tendência era que este número somente viesse a aumentar. Tal situação demandava a revisão e a uniformização da sistemática de controle de concentrações. A reforma objetivava, portanto, otimizar ainda mais a utilização dos recursos pela Comissão, reduzindo encargos e conferindo maior segurança jurídica às partes envolvidas, de maneira a compatibilizar a efetividade do controle com o crescimento da UE⁵⁸.

Nesse contexto, foi elaborado o Regulamento n° 139/2004, que revogou o antigo Regulamento n° 4.064/89, compilando a disciplina do controle de concentrações, antes distribuída em mais de um diploma⁵⁹, em um único documento. Tal, todavia, não representou uma reforma tão profunda no sistema do controle de concentrações como o fez o

⁵⁵ MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 404 e seguintes.

⁵⁶ Dito balanço foi realizado no Livro Verde, consignando-se que “Nos seus primeiros 10 anos de aplicação, o Regulamento das concentrações mereceu grandes aplausos pela sua capacidade de proporcionar um controlo efectivo das concentrações a nível europeu. (...). A Comissão considera que o regulamento continua a constituir uma abordagem regulamentar adequada face à integração contínua de mercados em toda a Europa e em especial pela sua capacidade de adaptação constante à nova evolução económica, jurídica e política – na Europa e para além dela.” COMUNIDADE Europeia: Comissão. **Livro Verde relativo à revisão do Regulamento (CEE) n° 4064/89 do Conselho**. Bruxelas: Comunidades Europeias, 2000. p. 6.

⁵⁷ Documento emitido pela Comissão Europeia com o objetivo de organizar um debate aberto sobre determinado tema, na definição dos objetivos de interesse geral perseguidos.

⁵⁸ No período de 1990 a 2001, cerca de 1.800 notificações foram apresentadas à Comissão. Todavia, apenas no ano de 2000, o número de notificações apresentadas às autoridades nacionais responsáveis pela concorrência na UE foi de 3.021, enquanto 345 casos foram notificados à Comissão no mesmo ano. COMUNIDADE Europeia: Comissão. **Livro Verde relativo à revisão do Regulamento (CEE) n° 4064/89 do Conselho**. Bruxelas: Comunidades Europeias, 2000. p. 7-8.

⁵⁹ Regulamentos n° 4.064/89 e n° 1.310/97.

Regulamento nº 1/2003 no âmbito do controle de condutas, quando substituiu o Regulamento nº 17/62.

2.2. Novo Sistema e Experiência

2.2.1. Regulamentos nº 1/2003 e nº 139/2004

Como analisado, o Regulamento nº 1/2003, atualmente vigente, surgiu com o objetivo principal de viabilizar uma aplicação mais efetiva dos arts. 101 e 102 no controle de comportamentos anticoncorrenciais. Nesse compasso, destacamos dois⁶⁰ aspectos principais do novo regulamento: a substituição do sistema de reserva de autorização por um sistema de isenção legal; e a descentralização da aplicação do art. 101, nº 3.

A substituição da sistemática de notificação para concessão de isenção individual (autorização) aos atos que poderiam infringir o art. 101, nº 1, por sistema de isenção legal implicou nova forma de controle de condutas, em especial relativamente ao momento do exercício deste controle. Com o Regulamento nº 1/2003, o art. 101, nº 3, passou a ter incidência automática, sem necessidade de autorização prévia, de maneira que a isenção passou a ser decorrência direta da norma, e não de uma decisão da Comissão⁶¹. Destarte, foi abandonado o sistema majoritariamente *ex ante*, adotando-se um sistema de controle exclusivamente *ex post*, na medida em que as partes não mais devem requerer uma autorização prévia, liberando-se as empresas de custosas e burocráticas notificações⁶².

Caso se enquadre na hipótese de isenção do art. 101, nº 3, a operação é considerada automaticamente permitida pelas normas concorrenciais, justamente pelos benefícios dela decorrentes. Eventual ilicitude é averiguada pela Comissão *a posteriori*. Ou seja, após a prática do ato, tendo ele por objeto ou efeito uma restrição à concorrência, a Comissão possui

⁶⁰ No mesmo sentido GÓMEZ TRINIDAD, Sílvia. La evolución del ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de los artículos 81 y 82 Tratado CE: Del Reglamento 17/62 al Reglamento 1/2003 y algunas cuestiones sobre la finalización del procedimiento comunitario. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 172-187, nov. 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_22.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012. p. 184. Já CALVO CARAVACA destaca, além destes, outras duas ideias fundamentais do novo regulamento: (i) um sistema de repartição de competências apoiado na cooperação dos Estados-membros; e (ii) um sistema de prevalência e subsidiariedade da competência da Comissão em relação aos Estados-membros. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 425 e seguintes.

⁶¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 354.

⁶² JAEGER JUNIOR, Augusto. El derecho comunitario de concurrencia frente al nuevo reglamento n. 1/2003. **Revista Nova Tesis: doctrina y jurisprudencia**, Rosario, v. I, set.-dic. 2004.

competência para instaurar, de ofício ou mediante denúncia de terceiro interessado, processo administrativo para apurar a infração e, ao final, aplicar as penas previstas⁶³. Por conseguinte, consoante previsão do art. 2º do Regulamento, o ônus da prova da violação passa a pertencer à parte ou autoridade que a alega, enquanto o ônus da prova do enquadramento nos critérios de isenção pertence à empresa em causa.

Com efeito, tendo em vista que os acordos não mais seriam notificados pelas empresas, a nova sistemática exigiu a atribuição de amplos poderes investigatórios à Comissão, previstos no art. 17 do Regulamento nº 1/2003, permitindo a identificação e a apuração de práticas anticoncorrenciais. À Comissão também foram atribuídos poderes para proferir medidas provisórias urgentes, celebrar compromissos de cessação das infrações com as empresas e aplicar sanções pecuniárias, podendo impor inclusive remédios estruturais (art. 7º), com a finalidade de fortalecer o controle de condutas anticoncorrenciais no mercado comum.

O segundo aspecto apontado, a descentralização da aplicação do art. 101, nº 3, diz respeito à extinção do monopólio da Comissão para decidir com base naquela norma de isenção. Assim, os Estados-membros passaram a ser competentes para tratar da isenção conferida pelo nº 3 do art. 101, o que representava um maior envolvimento destes no controle concorrencial e um desafogo da Comissão para se concentrar nos casos mais relevantes⁶⁴, reforçando a aplicabilidade e a eficiência do controle *ex post*. Mesmo porque muitos dados relevantes poderiam ser melhor coletados pelas autoridades nacionais.

A reforma também possuía pontos considerados negativos. A possível dificuldade de aplicação nos Estados-membros que não possuíam tradição em defesa da concorrência e o risco de decisões conflitantes entre autoridades nacionais distintas ou entre um Estado-membro e a Comissão poderiam gerar ampla insegurança jurídica. Entretanto, diversos países haviam introduzido ou alterado recentemente seus sistemas concorrenciais, aproximando-os do sistema comunitário⁶⁵; e, para os faltantes, a Comissão continuaria competente. Ademais, foram adotados mecanismos para mitigação do risco de perda de uniformidade das decisões, consubstanciados principalmente em uma maior cooperação entre a Comissão e os Estados-

⁶³ Sobre o procedimento administrativo, ver CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 448 e seguintes.

⁶⁴ MONTI, apesar de seu posicionamento contrário, reconhece que o novo sistema permite à Comissão focar em suas prioridades. MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 409-410.

⁶⁵ Fenômeno denominado como a “europeização dos direitos nacionais” (tradução livre). MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 401 e seguintes.

membros. Dois mecanismos importantes consistiam na possibilidade de consulta à Comissão acerca da aplicação de determinada norma concorrencial⁶⁶ e na emissão de cartas informais de orientação. Afora este último mecanismo de orientação, semelhante às *comfort letters*, mas com eficácia propositadamente limitada e sem pretensão de pôr fim aos procedimentos de mérito, foram eliminados os modos informais de decisões⁶⁷, tornando o processo mais transparente e objetivo.

Deste modo, observa-se que, a fim de garantir um controle de condutas mais efetivo na forma *ex post* e preservar a segurança jurídica às partes envolvidas, o novo sistema adequou os procedimentos e instituiu mecanismos para tentar contornar dificuldades que dele poderiam advir, sem se descuidar dos riscos de perda de coesão e uniformidade no novo modelo de competências concorrentes com as autoridades nacionais⁶⁸.

De outro lado, com a edição do Regulamento nº 139/2004, o controle de concentrações não sofreu reforma tão significativa. Como afirmam os próprios considerando nºs 1 e 5, o Regulamento nº 139 é, em grande medida, fruto da preocupação em termos de clareza procedimental e adaptação do controle “aos desafios de um mercado mais integrado e de um futuro alargamento da UE”, dadas as alterações que já haviam sido introduzidas no antigo Regulamento nº 4.064/89 e algumas novas que se mostravam necessárias.

Ao contrário do controle de condutas, o controle de concentrações é realizado de forma exclusiva pela Comissão relativamente a operações de dimensão comunitária, situação em que os ordenamentos nacionais são inaplicáveis. Trata-se da conhecida regra da “barreira única” ou “guichê único”⁶⁹. Em relação à dimensão comunitária das concentrações, o Regulamento nº 139/2004 manteve o critério objetivo de faturamento anual das empresas envolvidas, introduzindo, no entanto, importante variação deste critério⁷⁰. Segundo o novo regulamento, em caso de necessidade de notificação da operação em três ou mais Estados-membros, reduzem-se significativamente os parâmetros monetários exigidos, desonerando as

⁶⁶ Consagrada no art. 11 do Regulamento nº 1/2003.

⁶⁷ GÓMEZ TRINIDAD, Sílvia. La evolución del ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de los artículos 81 y 82 Tratado CE: Del Reglamento 17/62 al Reglamento 1/2003 y algunas cuestiones sobre la finalización del procedimiento comunitario. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 172-187, nov. 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_22.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012. p. 180-182. GÓMEZ TRINIDAD vê na consulta prévia um resquício das *comfort letters*, mas sem a distorcida finalidade que tiveram estas ao longo da história.

⁶⁸ TORICES, Javier Berasategi. Modelos Descentralizados de Defensa de la Competencia. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 26, p. 69-77, nov. 2009.

⁶⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 376 e 402.

⁷⁰ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 149. Ademais, o Livro Verde relativo à revisão do Regulamento 4064/89 constatou grande quantidade de notificações múltiplas realizadas (item 24).

empresas do dever de prestar múltiplas e custosas notificações e contribuindo com a segurança jurídica. Em ambas as hipóteses, remanesce exceção para quando 2/3 da receita de cada empresa restringirem-se a um mesmo Estado, afastando-se a dimensão comunitária.

Especificamente no que diz respeito ao momento de controle, devido a seu caráter preventivo – em oposição ao caráter repressivo do controle de condutas –, o controle de concentrações permanece sendo exercido de forma prévia, devendo a operação de concentração que atinge dimensão comunitária ser obrigatoriamente notificada à Comissão. A ausência de notificação ou a prestação de informações insuficientes podem acarretar penalidades à empresa.

Segundo o art. 7º, uma operação de concentração não pode ter lugar antes de notificada e nem antes de declarada compatível com o mercado comum por uma decisão, ficando suspensa até então. Assim como previa o Regulamento nº 4.064/89, a suspensão pode ser derogada mediante pedido fundamentado e tendo-se em conta os efeitos às empresas envolvidas e o grau de ameaça à concorrência.

O Regulamento nº 139/2004 alterou, contudo, o prazo para notificação, podendo a mesma ser feita agora em dois momentos: (i) antes da realização da concentração ou (ii) após a conclusão do acordo, o anúncio de oferta pública de aquisição ou a aquisição de participação de controle. Do mesmo modo, os prazos da Comissão para análise sofreram alteração, uma vez que eram considerados muito extensos. O prazo para emitir parecer em processo prévio foi modificado de um mês para 25 dias e o prazo para decisão terminativa passou de 4 meses para 90 dias úteis. Transcorrido o prazo da Comissão sem uma decisão formal, a operação é automaticamente aprovada, consoante art. 10, nº 6, do Regulamento.

Embora não seja o objetivo do presente trabalho, o procedimento previsto pelo Regulamento nº 139/2004 apresenta, em síntese, as seguintes fases. A primeira abrange o exame preliminar da notificação e a prolação de decisão para declarar que a operação (i) não se trata de uma concentração ou não apresenta dimensão comunitária, não sendo abrangida pelo Regulamento; (ii) é compatível com o mercado comum, aprovando-a; (iii) é compatível com o mercado mediante restrições (como alienação de ativos, por exemplo); ou, (iv) suscita sérias dúvidas, iniciando-se procedimento para apuração de sua compatibilidade. Esta última hipótese enseja uma segunda fase, que consiste na instrução de procedimento para verificação da existência de entraves significativos à concorrência no mercado comum ou em parte substancial deste, em particular como resultado de criação ou reforço de posição

dominante, conforme art. 2º⁷¹. Ao final, resta à Comissão proferir decisão, declarando a operação (i) incondicionalmente compatível, (ii) compatível mediante condições ou (iii) incompatível com o mercado comum⁷². Os critérios para análise de operações de concentração não sofreram modificações no Regulamento nº 139/2004⁷³.

Destarte, com a edição do Regulamento nº 1/2003, o controle de condutas anticoncorrenciais passou a ser exercido de forma *ex post*, o que representou um novo paradigma na defesa da concorrência no âmbito comunitário, gerando, à época, incerteza quanto à sua aplicação no mercado comum. Por sua vez, no que se refere ao controle de concentrações, consolidou-se ainda mais um controle estrutural preventivo, *ex ante*, mediante autorização prévia da Comissão.

2.2.2. Resultados em quase 10 anos de vigência dos Regulamentos

Como forma de controle dos resultados dos Regulamentos nºs 1/2003 e 139/2004, a Comissão planejou a elaboração de relatórios sobre a aplicação de cada um deles quando os mesmos completassem cinco anos de vigência, em 2009. Complementarmente, os relatórios anuais da Comissão sobre a política de concorrência também contribuíram com importantes informações acerca do cenário concorrencial desenvolvido.

Segundo os relatórios, a substituição do sistema de notificações prévias trouxe ganhos concorrenciais em termos de efetividade do controle de condutas, uma vez que, no sistema anterior, as práticas com maior potencial lesivo requeriam postura pró-ativa da Comissão. E, mesmo quanto aos atos notificados, a Comissão não mais vinha conseguindo exercer um controle adequado, como visto. Todavia, para maior eficiência e segurança jurídica, o novo sistema de controle de condutas, realizado *a posteriori*, demandou mecanismos procedimentais adequados a esta finalidade.

Nesse compasso, a atribuição de amplos poderes investigatórios à Comissão teve papel de grande importância na identificação de práticas anticoncorrenciais no mercado comum⁷⁴, visto que os atos não mais eram informados pelas empresas. Ademais, a Comissão

⁷¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 418.

⁷² MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 249 e seguintes.

⁷³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009. p. 319.

⁷⁴ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2007**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2008. p. 11.

empregou esforços na promoção de incentivos para denúncias de cartéis e na adoção de sanções capazes não apenas de reprimir a prática condenada, mas também de desestimular novas práticas semelhantes⁷⁵, o que contribuiu no controle e na formação de uma cultura concorrencial. O Relatório sobre a Política de Concorrência de 2008 continha estimativa de que, para cada cartel identificado, cinco outros deixariam de ser constituídos⁷⁶. Outro mecanismo utilizado com êxito neste período foi o programa de leniência, o qual beneficia empresas que denunciem práticas anticoncorrenciais e forneçam elementos comprobatórios, essencial ao controle *ex post*⁷⁷.

Grande parte dos argumentos contrários ao abandono do sistema de notificação e autorização prévia no controle de condutas era fundamentada na insegurança jurídica que geraria às empresas, que não saberiam se sua atuação era compatível com o mercado comum até que a mesma fosse sancionada⁷⁸. Todavia, o empenho na promoção de cultura concorrencial no território europeu permitiu a adaptação das empresas à nova realidade e a consolidação de um corpo de precedentes, capaz de uniformizar o controle e conferir certa previsibilidade à atuação empresarial.

Além disso, a Comissão elaborou orientações e comunicações com o objetivo de fornecer às empresas o máximo de informações possíveis acerca dos contornos da legalidade de seus atos, bem como dos procedimentos e medidas que poderiam ser adotadas no curso do processo. Assim, criava-se um ambiente jurídico mais transparente e seguro. Exemplos recentes dessa forma de atuação são a edição do *Brochure Compliance Matters*⁷⁹ e a Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos arts. 101 e 102 do TFUE, ambas de 2011.

Apenas no ano de 2010, foram proferidas sete decisões relativas a cartéis, com aplicação de multas no valor total de 3 bilhões de euros, o que evidencia um verdadeiro

⁷⁵ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2006**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2007. p. 12.

⁷⁶ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2008**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2009. p. 5.

⁷⁷ Como bem ilustrou o relatório sobre a aplicação do Regulamento, “O programa de clemência modelo da REC[19] ilustra como a Rede pode conjugar os esforços de todos os membros para desenvolver conjuntamente uma nova abordagem, a fim de colmatar as insuficiências reais do sistema existente” COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 1/2003**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2009.

⁷⁸ MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 405.

⁷⁹ EUROPEAN UNION: Commission. **Compliance Matters: What companies can do better to respect EU competition rules**, Brussels: European Union, 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/>>. Acesso em: 19 out. 2012.

controle⁸⁰. No tocante ao controle de práticas abusivas, um relevante caso objeto de apreciação pela Comissão foi o caso *Telekomunikacja Polska*, referente à atuação de companhia de telecomunicações histórica no mercado⁸¹. Em 2009, a Comissão iniciou um processo com base no Regulamento n.º 1/2003, comunicando objeções ao acordo, por entender que a empresa detinha posição dominante e havia abusado dessa posição ao se recusar a fornecer aos operadores alternativos alguns produtos grossistas, impedindo, assim, o desenvolvimento da concorrência no mercado retalhista da banda larga na Polónia. Ao final, a Comissão proferiu decisão definitiva concluindo que o comportamento abusivo da empresa no mercado grossista era suscetível de restringir a concorrência no mercado retalhista, configurando infração única e continuada do art. 102 do TFUE. Tendo em vista o período e a gravidade da infração, foi aplicada multa de mais de 100 milhões de euros.

Trata-se de caso que demonstra a capacidade da Comissão para identificar e investigar, de forma pormenorizada, prática restritiva de concorrência no mercado, bem como para interrompê-la, consagrando um sistema efetivo de controle de condutas anticoncorrenciais. Especialmente no que se refere a atos com alto potencial restritivo e em mercados considerados fundamentais, como é o caso do ramo de telecomunicações, corroborando preocupação externada pela Comissão⁸². Com a aplicação de multa elevada, também se pretendia desestimular novos comportamentos semelhantes.

Em síntese, o sistema de controle de condutas *ex post* apresentou resultados eficientes, principalmente no tocante à repressão de cartéis, considerada a prática mais prejudicial à concorrência no mercado comum. O controle *ex post* permitiu que a Comissão concentrasse seus recursos na identificação de práticas anticoncorrenciais, na análise devida dos impactos gerados no mercado e na aplicação de sanções capazes de reprimir os comportamentos examinados e desincentivar novos. Outrossim, a nova sistemática demandou uma consciência concorrencial das empresas e seus advogados, o que proporcionou maior

⁸⁰ COMUNIDADE Européia: Comissão. Relatório sobre a política de concorrência 2010. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2011. p. 18.

⁸¹ UNIÃO EUROPEIA: Jornal Oficial. **Resumo da Decisão da Comissão de 22 de Junho de 2011 relativa a um procedimento de aplicação do artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Processo COMP/39.525 — Telekomunikacja Polska)**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:324:0007:0010:PT:PDF>>. Acesso em: 30 out. 2012.

⁸² O relatório sobre a aplicação do Regulamento apurou que “O Regulamento n.º 1/2003 marca uma evolução essencial na forma como o direito europeu da concorrência é aplicado. Permitiu melhorar claramente a aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE pela Comissão, que pôde desempenhar um papel mais proactivo, centrando-se na resposta a dar às insuficiências da concorrência em sectores-chave da economia”. COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a aplicação do Regulamento n.º 1/2003**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2009.

maturidade concorrencial ao ambiente no mercado europeu⁸³. A principal crítica sofrida pela nova sistemática imposta pelo Regulamento nº 1/2003 refere-se ao problema de uniformização da aplicação da norma de isenção conferida pelo art. 101, nº 3, entre os Estados-membros, o que ainda é fonte de alguma insegurança.

Os relatórios da Comissão permitiram uma visão crítica e detalhada também do exercício do controle de concentrações. A Comissão constatou um alto número inicial de notificações, reduzido a partir de 2009, com o advento da crise econômica. Todavia, a maior parte das operações notificadas não representava ameaça real à concorrência. A fim de que a Comissão pudesse se concentrar na análise de operações relevantes do ponto de vista concorrencial, e não dedicasse tantos recursos no trato meramente administrativo (como ocorrido no controle de condutas com a aplicação do Regulamento nº 17/62), os casos de menor impacto no mercado foram submetidos a procedimento simplificado, permitindo a autorização dos mesmos de forma ágil⁸⁴.

Já as operações de maior complexidade e relevância seriam objeto de análise profunda, podendo ser (a) aprovadas incondicionalmente, (b) aprovadas mediante condições ou (c) proibidas. A experiência demonstrou poucas proibições neste período, mas diversas aprovações com restrições⁸⁵. A Comissão, após minuciosa análise do mercado relevante e da operação pretendida, apontava condições para aprovação da mesma, tais como a venda de ativos e a cessão de marcas, reduzindo o potencial restritivo da concentração.

Recente caso de concentração analisado pela Comissão foi a aquisição da companhia norte-americana Monsanto, com atuação global, pela suíça Syngenta⁸⁶. A operação concentrava duas empresas líderes no mercado de sementes de girassol. Notificada a operação, nos termos do Regulamento nº 139/2004, a investigação da Comissão indicou que, na forma inicialmente prevista, a empresa resultante deteria elevada quota de mercado, combinada com limitada perspectiva de entrada de concorrentes no mercado espanhol e

⁸³ GÓMEZ TRINIDAD, Sílvia. La evolución del ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de los artículos 81 y 82 Tratado CE: Del Reglamento 17/62 al Reglamento 1/2003 y algunas cuestiones sobre la finalización del procedimiento comunitario. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 172-187, nov. 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_22.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012. p. 173 e 185.

⁸⁴ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 1/2003**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2009.

⁸⁵ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2008**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2009.

⁸⁶ EUROPEAN UNION: Commission. **Case COMP/M.5675: Syngenta/ Negocio Semillas Girasol Monsanto**. Brussels: European Union, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5675_20091112_201310_844145_EN.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

húngaro. A operação também permitiria a redução das atividades de intercâmbio e licenciamento de variedades de girassóis na UE, acarretando menor potencial de inovação, eliminação de concorrentes no mercado e redução de escolhas aos consumidores.

Com vistas a dissipar as preocupações concorrenciais espostas pela Comissão, a própria Syngenta propôs uma série de medidas para reduzir o potencial restritivo da operação e torná-la compatível com o mercado comum, tais como a alienação de ativos da Monsanto na Hungria e na Espanha e o compromisso de conceder direitos de utilizar as linhas parentais oferecidas e comercializar os híbridos resultantes. A Comissão considerou que os remédios propostos pela companhia garantiriam que a concentração não afetasse o desenvolvimento de novas variedades de girassóis, não gerasse aumento nos preços e tampouco reduzisse as alternativas dos consumidores na Espanha e na Hungria⁸⁷, concluindo pela sua aprovação mediante tais condições. O caso atesta a efetividade da adoção de acordos no âmbito do controle de concentrações, adequando a proteção da concorrência ao crescimento econômico, também um dos objetivos da política concorrencial comunitária⁸⁸.

Importa salientar que, no período, foram registradas desistências no curso dos processos⁸⁹, o que parece indicar que as empresas possuíam consciência dos efeitos da concentração que pretendiam. Tal situação sinaliza um quadro de previsibilidade dos atos administrativos – aspecto fundamental da segurança jurídica –, o que pode ser imputado à promoção de uma cultura concorrencial e à consequente adaptação das empresas ao sistema de defesa da concorrência como um todo. O Relatório sobre a aplicação do Regulamento n.º 139/2004, de 2009, nada referiu acerca do controle *ex ante*, mesmo porque já era objeto do antigo Regulamento n.º 4.064/89 e sempre se mostrou eficaz.

Uma das maiores dificuldades de implantação de um sistema de controle prévio eficiente reside no cumprimento dos prazos pela autoridade, porquanto as empresas não

⁸⁷ Conforme afirmado pela então Vice-Presidente da Comissão encarregado da Política de Concorrência, em comunicado à imprensa, a empresa Syngenta propôs a adoção de significativos remédios para garantir que a operação não prejudicasse a diversificação de girassóis na UE, não implicasse incremento no preço e não reduzisse as opções para o consumidor nos mercados da Espanha e da Hungria. EUROPEAN UNION: Press Release. **Commission clears Syngenta's acquisition of Monsanto's sunflower seed business, subject to conditions**, Mergers, Brussels, 17 nov. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1515_en.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

⁸⁸ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2009**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2010.

⁸⁹ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2009**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2010. p. 32.

podem aguardar uma decisão por tempo indeterminado⁹⁰. No entanto, não foi relatada qualquer demora significativa que pudesse afetar a eficiência do controle ou mesmo entravar a economia. Provavelmente pela disposição de aprovação automática das operações pela não apreciação no prazo.

Ante o exposto, conclui-se que o controle *ex ante* de concentrações apresentou, até o momento, bons resultados em termos de eficiência⁹¹, mediante a utilização de procedimento simplificado para operações inofensivas e de transações para aprovação dos atos⁹². Soma-se a isto o aperfeiçoamento dos parâmetros para repartição do trabalho entre a Comissão e os Estados-membros, o que evitava uma sobrecarga. Diante disto, as preocupações recentes da Comissão voltaram-se ao enriquecimento da cultura concorrencial na sociedade⁹³, bem como à manutenção da concorrência para um mercado estável e transparente, como resposta à crise econômica experimentada nos últimos anos, principalmente no mercado financeiro. Entende a Comissão que a estabilidade e a transparência de um mercado competitivo proporcionam previsibilidade à atuação dos agentes no mercado e um melhor desenvolvimento econômico em tempos de crise⁹⁴.

2.2.3. Contribuições da experiência europeia a outras jurisdições

A defesa da concorrência sempre esteve fortemente atrelada à política econômica adotada^{95,96}. Isso se deve em muito à premissa de que a concorrência não é vista só como um

⁹⁰ FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; TITO, Fabiana. Desafios e consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 15-21, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

⁹¹ Vide nota 56, supra.

⁹² COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2010**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2011.

⁹³ MONTI afirma que o Livro Branco de 1999, que propunha o regime atualmente vigente, baseava-se fortemente na criação de uma cultura concorrencial na então Comunidade Européia. MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. P. 396.

⁹⁴ RIVIÈRE MARTÍ vê na política de concorrência um importante instrumento social em época de crise e recessão da economia de mercado. Ver RIVIÈRE MARTÍ, Juan Antonio. Competition policy in times of global crises. **Boletim Latino-americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 29, jun. 2011. p. 85-95. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_27.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012. p. 94.

⁹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 159 e seguintes.

⁹⁶ Dentre as justificativas de influência da política industrial no direito concorrencial, SALOMÃO FILHO elenca a pesquisa tecnológica, o suporte a empresas em crise, o apoio às pequenas e médias empresas e os monopólios naturais. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 189-201.

fim em si mesma, mas também como instrumento⁹⁷ para realização de outros objetivos, econômicos, políticos e sociais⁹⁸. Não obstante, os sistemas de proteção da concorrência precisam levar em conta, dentre outros aspectos, a efetividade da proteção e a segurança jurídica. A efetividade do controle está intimamente ligada à necessidade e à importância do direito antitruste na proteção da concorrência e da livre iniciativa no mercado, consideradas essenciais para o desenvolvimento da economia e a proteção de liberdades fundamentais⁹⁹. A segurança jurídica, elemento que deve ser inerente a toda e qualquer norma jurídica, adquire principal relevância no direito concorrencial. Tratando do ordenamento jurídico brasileiro, ÁVILA define o princípio da segurança jurídica como aquele que “determina a busca de um ideal de confiabilidade pela estabilidade e pela previsibilidade do ordenamento jurídico, com base na sua inteligibilidade e na sua vinculatividade”¹⁰⁰. A estabilidade e a previsibilidade constituem requisitos fundamentais para a atividade empresarial (nacional e estrangeira) e o desenvolvimento da economia interna¹⁰¹.

Nessa toada, a edição do Regulamento nº 1/2003 e a consequente introdução de um sistema de controle de condutas exclusivamente *ex post* proporcionaram, como visto, maior efetividade na proteção à concorrência, em especial na identificação e repressão de cartéis¹⁰² – considerada a prática mais prejudicial à concorrência no mercado comum –, sem perder de vista o princípio da segurança jurídica. Os principais problemas verificados na aplicação do sistema anterior, sintetizados na excessiva carga de trabalho administrativo, que impedia a Comissão de se concentrar nos casos mais complexos e relevantes à política concorrencial comunitária, tiveram resposta contundente. O controle *ex post* mostrou ser mais adequado às condutas anticoncorrenciais, inclusive no que tange a acordos de cooperação entre empresas¹⁰³, em razão do caráter repressivo desta face da defesa da concorrência. Além disto,

⁹⁷ Os diferentes entendimentos do verdadeiro objetivo da defesa da concorrência encontram relação com as teorias das Escolas de Chicago, Harvard e Freiburg. Sobre as Escolas, ver MUNHOZ, Caroline Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

⁹⁸ Art. 3 do TFUE e arts. 170 e 173 da Constituição Federal de 1988.

⁹⁹ MUNHOZ, Caroline Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 93-95.

¹⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 624

¹⁰¹ O Livro Verde relativo à revisão do Regulamento (CEE) nº 4.064/89 do Conselho expressou constante preocupação com a segurança jurídica proporcionada às empresas atuantes no mercado.

¹⁰² COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 1/2003**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2009.

¹⁰³ SALOMÃO FILHO já chamava a atenção para a ineficácia de um controle prévio de acordos de cooperação: “A prática tem demonstrado ser impossível o controle preventivo de todos os acordos de cooperação e as autoridades têm sido tolerantes com relação a acordos não levados ao conhecimento dos órgãos de concorrência (tanto na Alemanha quanto na UE)”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 20.

os comportamentos empresariais puderam ser melhor avaliados em extensão e efeitos após praticados. Ainda mais no caso dos cartéis.

Todavia, a experiência comunitária europeia demonstrou a importância da utilização de ferramentas¹⁰⁴ adequadas à identificação e à repressão de condutas *ex post*, tais como a concessão de amplos poderes investigatórios à Comissão, o desenvolvimento do programa de leniência e a concentração de recursos nos casos mais relevantes do ponto de vista concorrencial, entre outros.

O controle de concentrações, por outro lado, demandou análise distinta, em decorrência de seu caráter preventivo. A tendência natural do mercado é a concentração econômica, considerada como efeito autodestrutível ou falha de mercado¹⁰⁵. Tal faceta do sistema de defesa da concorrência objetiva evitar o surgimento de entidades monopolistas indiferentes às condições naturais de mercado e capazes de afetar sensivelmente a concorrência¹⁰⁶. Trata-se de limitação à atividade empresarial em nome da liberdade de concorrência, que deve ser aplicada de maneira a minimizar os prejuízos ao desenvolvimento e à eficiência econômica que podem advir de concentrações, as quais apenas constituem infração na medida em que reforcem posições dominantes a ponto de afetar sensivelmente a concorrência no mercado.

Nessa seara, o controle *ex ante* de concentrações melhor se coaduna com a face preventiva da defesa da defesa da concorrência, na medida em que se evita a produção dos efeitos anticoncorrenciais decorrentes da operação e se permite intervenção estrutural que, após a consumação da operação, seria mais onerosa e menos eficaz. De outro lado, o controle prévio proporcionou também maior grau de segurança jurídica, quando aplicado de forma compatível com as exigências do mercado, não sujeitando as empresas ao risco de reprovação e “desfazimento” da operação após a sua consumação, o que seria lhe extremamente custoso e prejudicial ao mercado¹⁰⁷.

O sucesso deste sistema de controle prévio depende, entretanto, do cumprimento dos prazos pelas autoridades concorrenciais. Como ressaltado, uma empresa não pode ficar

¹⁰⁴ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2010**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2011.

¹⁰⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 394.

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 405.

¹⁰⁷ MONTI, ao tratar do controle de concentrações na UE, reprise comentário acerca da preferência em lidar com ovos ao invés de omeletes, pela dificuldade em se reconstituir situação anterior. MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 248-249.

indefinidamente no aguardo de autorização para operação desta magnitude, sob pena de se entravar a atuação empresarial e o desenvolvimento econômico. Justamente neste ponto residiu a imprestabilidade do controle de condutas na vigência do Regulamento nº 17/62, que, confrontado com esta dificuldade, acabava deixando de realizar um controle efetivo¹⁰⁸. A experiência comunitária europeia demonstrou a importância da simplificação dos procedimentos, bem como da celebração de acordos para aprovação da operação (aprovação mediante condições), tornando o controle mais célere e viabilizando benefícios às empresas, com vistas ao desenvolvimento.

Destarte, as faces preventiva e repressiva do sistema de defesa da concorrência da UE, em função de suas distintas finalidades, apontaram a necessidade de formas de controle diferenciadas, especificamente quanto ao momento de controle. Por conseguinte, cada forma de controle concorrencial demandou a instituição de mecanismos próprios que possibilitassem um controle efetivo e, ao mesmo tempo, segurança jurídica às empresas, mecanismos estes com o condão de compatibilizar a dinâmica da proteção da ordem concorrencial às necessidades do cenário econômico globalizado. O controle prévio exige a capacidade das autoridades para análise ágil das notificações, enquanto o controle posterior exige eficiência tanto na identificação quanto na repressão de infrações. Em ambos, os recursos devem ser concentrados aos casos mais relevantes.

Algumas particularidades das reformas e dos sistemas adotados pela UE na defesa da concorrência devem-se à supranacionalidade do controle, paralelo às jurisdições estatais. Dentre elas, encontram-se a cooperação entre os Estados-membros e a Comissão e o sistema de repartição de competências. Não obstante, o entendimento das reformas legislativas e de seu desenvolvimento pode beneficiar outras jurisdições em diversos pontos, sobretudo no que se refere à necessidade de distinção entre as formas de controle da concorrência e à utilização de instrumentos adequados à consecução dos objetivos de cada face deste controle, sem se olvidar das diferenças culturais e dos estágios evolutivos do contexto político-econômico entre o ordenamento paradigma e do ordenamento a ser beneficiado¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Segundo SALOMÃO, caso haja déficit no controle estrutural preventivo, ainda resta a intervenção através do controle de condutas para coibir a prática, o que não acontece neste último. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 20.

¹⁰⁹ ANDRADE e CORDEIRO alertam acerca da necessidade de cautelar na transposição de instituições estrangeiras. ANDRADE, Maria Cecília; CORDEIRO, Adriana Rocha. A reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Projeto de lei nº 6/2009. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 27-34, nov. 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_27.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012. p. 31.

Agora, passa-se a analisar a experiência histórica dos controles de condutas e de estruturas no Brasil, notadamente em relação ao momento de sua realização e aos mecanismos de reforço cada espécie de controle. A partir disto, será examinada a nova lei antitruste brasileira, que entrou em vigor em maio de 2012 e modificou toda a sistemática do controle de estruturas, bem como as perspectivas de sua aplicação para defesa da concorrência no País.

3. CONTROLE PRÉVIO NA REALIDADE BRASILEIRA

3.1. Nova Lei Antitruste Brasileira

3.1.1. Sistema anterior – Lei 8.884/1994

No Brasil, a Carta de 1934 foi a primeira a elevar a liberdade econômica a nível constitucional, enquanto a Constituição de 1937 consagrou a intervenção estatal com o objetivo de proteger e fomentar a “economia popular”¹¹⁰, legitimada a “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção”¹¹¹, preparando o caminho para o viés concorrencial da economia. A partir desta nova preocupação, foram editados decretos-lei¹¹² e leis¹¹³ acerca da repressão ao abuso do poder econômico, tratada inicialmente do ponto de vista penal. Dentre eles, merecem destaque o Decreto-lei 7.666/45 e a Lei 4.137/62, que previam, já naquela época, um controle prévio de estruturas, embora sem a precisão técnica desejada¹¹⁴. Tais normativas, todavia, tiveram aplicação e eficácia aquém do esperado.

A seu turno, a Constituição de 1988 enfim consolidou a livre concorrência como um dos princípios basilares da ordem econômica, igualmente prevendo a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Paralelamente à sua promulgação, na década de 1990, adota-se no Brasil novo conjunto de ações governamentais político-econômicas¹¹⁵, consubstanciadas no movimento de liberalização e abertura da economia, aliado ao controle da inflação.

¹¹⁰ Art. 141.

¹¹¹ Art. 135.

¹¹² Decreto-lei 869/38, de autoria de Nelson Hungria, que tratava ilícitos anticoncorrenciais como crimes contra a economia popular; e Decreto-lei 7.666/45, que criou órgão autônomo para cumprimento de suas disposições, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), vinculada ao Presidente da República. Sobre esta última normativa, ver OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 17 e seguintes.

¹¹³ Lei 4.137/62, em projeto de autoria de Agamemnon Magalhães, também autor do Decreto-lei 7.666/45.

¹¹⁴ Sobre a evolução histórica da legislação concorrencial no Brasil, ver BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. São Paul: Editora Singular, 2005.

¹¹⁵ MARTINEZ atribui o incremento da concorrência no mercado brasileiro mais ao conjunto de reformas institucionais que ao próprio diploma legal. MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**: teoria e prática dos atos de concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 21-22 e 32-33.

Neste novo cenário econômico liberal, em 1994, foi promulgada a Lei 8.884, alterando o enfoque de defesa da “economia popular” para defesa da concorrência propriamente dita¹¹⁶. Apesar de não prever expressamente, a lei deu forma ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto por três órgãos, conhecidos como os “três guichês da concorrência”: o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), transformado em autarquia; a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) do Ministério da Justiça; e, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda. Introdutoriamente, o art. 1º da Lei 8.884/94 estabeleceu regimes preventivo e repressivo das infrações à ordem econômica, em alusão às duas formas de defesa da concorrência já expostas neste trabalho.

Em seu art. 54, a lei determinava a submissão dos “atos, sob qualquer forma manifestados”, que pudessem limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, à apreciação do CADE. A notificação, nestes casos, era obrigatória, o que não significava que as operações não poderiam ser aprovadas pelo CADE, se (i) verificados ganhos de eficiência, arrolados no parágrafo 1º, (ii) que fossem equitativamente repartidos com os consumidores, e (iii) desde que o ato observasse os limites necessários aos objetivos perseguidos e (iv) não implicasse eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante¹¹⁷.

Deste modo, alargando o campo de atuação das autoridades concorrenciais¹¹⁸, o controle de estruturas recebia tratamento conjunto ao controle de determinadas condutas, como acordos de cooperação, os quais, apesar de não configurarem concentrações, também se enquadravam no art. 54, devendo ser notificados¹¹⁹, sob pena de aplicação de multa.

Paralelamente, as condutas anticoncorrenciais que tivessem por efeito ou objetivo a restrição da concorrência no território brasileiro estavam sujeitas a um controle repressivo, conforme previsão do art. 20 da Lei 8.884/94. O órgão responsável pelo monitoramento e acompanhamento das práticas de mercado era a SDE, que atuava com o objetivo de apurar

¹¹⁶ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 39.

¹¹⁷ Sobre os critérios para aprovação de concentrações e a análise de eficiências, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 155 e seguintes.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 190.

¹¹⁹ Para SALOMÃO FILHO, a redação do art. 54 aplicava-se, evidentemente, também a cartéis e acordos de cooperação. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 322.

infrações¹²⁰ concorrenciais, podendo proceder averiguações preliminares e instaurar processos administrativos em caso de indícios de infração.

Praticada infração de ordem concorrencial, cabia à SDE, de ofício ou mediante representação por terceiro interessado¹²¹, (a) abrir procedimento administrativo, quando os indícios fossem muito reduzidos, (b) promover averiguações preliminares, quando houvesse indícios da infração, a fim de fundamentar processo administrativo, ou (c) instaurar processo administrativo, quando os indícios fossem suficientes para tanto¹²². Caso não houvesse indícios suficientes, a SDE poderia concluir pelo arquivamento, o que implicava recurso de ofício ao CADE¹²³, órgão responsável pelo julgamento dos processos administrativos e pela penalização das práticas restritivas da concorrência.

A fim de conferir eficácia material à repressão das condutas, o CADE servia-se de instrumentos específicos ao controle *ex post*, dentre eles os Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) e os acordos de leniência. Os primeiros consistiam em acordos por força dos quais, diante de infração concorrencial, as empresas comprometiam-se a cessar imediatamente a prática, sem confessar ou reconhecer eventual ilicitude, enquanto a Administração abria mão do processo administrativo e, conseqüentemente, da penalização¹²⁴. Já o programa de leniência, também presente no âmbito do controle de condutas na UE, confere imunidade administrativa e criminal ou redução de penas para denúncia de práticas anticoncorrenciais, facilitando a identificação de seus autores e a obtenção de informações e documentos comprobatórios¹²⁵.

Desta forma, via de regra, o controle de condutas anticoncorrenciais, elencadas exemplificativamente no art. 21 da lei, era exercido *a posteriori*, mediante constatação,

¹²⁰ Segundo conceito de BAGNOLI, “(...) as infrações contra a ordem econômica são as condutas adotadas por agentes econômicos contrárias às relações da livre concorrência e capaz de alterar o equilíbrio em determinado mercado”. BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. São Paul: Editora Singular, 2005. p. 175.

¹²¹ Quanto à atuação de cada órgão do SBDC, OLIVEIRA e RODAS criticavam o progressivo alargamento da competência dada aos órgãos de governo (SDE e SEAE) em detrimento do órgão de Estado (CADE). OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24.

¹²² BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. São Paul: Editora Singular, 2005. p. 178. Alguns autores não distinguem a abertura de procedimento administrativo das averiguações preliminares. SAMPAIO apud OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 173.

¹²³ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 167.

¹²⁴ Sobre os compromissos de cessação, ver GRAU, Eros Roberto; Forgioni, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 232 e seguintes.

¹²⁵ Sobre os acordos de leniência, ver BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. São Paul: Editora Singular, 2005. p. 179.

apuração e repressão, no que eram utilizados instrumentos de eficácia do controle. Os comportamentos mais lesivos à concorrência, como cartéis e práticas abusivas, obviamente acabavam por ser objeto desta espécie de controle, por não serem notificadas.

No âmbito do controle de concentrações propriamente dito, o §3º do art. 54 definia os critérios de obrigatoriedade de notificação de atos de concentração, sendo eles (i) a participação de empresa ou grupo de empresas que detivesse 20% do mercado relevante ou (ii) a participação de empresa que houvesse registrado faturamento bruto anual de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no último balanço. Preenchidos tais requisitos, a operação deveria ser notificada para apreciação pelo CADE, que poderia aprová-la incondicionalmente, aprová-la mediante restrições ou reprová-la.

Quanto ao momento da notificação, a lei determinava que o ato deveria ser notificado previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis contados da “realização” do ato, entendida como a assinatura do primeiro documento vinculativo entre as empresas, conforme art. 2º da Resolução nº 15 do CADE. Ao contrário da legislação vigente na UE desde 1989, a notificação não possuía o condão de suspender os efeitos da operação, de modo que o mercado sofria de imediato os impactos dela decorrentes¹²⁶. A suspensão somente ocorria caso as partes acordassem a operação com cláusula de condição suspensiva.

Significa dizer que, diante da possibilidade de notificação da operação de concentração após a sua “realização” e da ausência de previsão de suspensão dos efeitos da operação até a prolação de decisão pelo CADE, a Lei 8.884/94 havia estabelecido um controle de concentrações *ex post*, contraditoriamente à finalidade preventiva externada em seu art. 1º¹²⁷.

Raras eram as notificações realizadas de forma prévia¹²⁸, sendo que mesmo estas não seriam apreciadas previamente, considerando o prazo de tramitação dos processos administrativos e a ausência de suspensão dos efeitos. O exercício *a posteriori* desta forma de controle obrigava o CADE a apreciar o ato posto na ordem econômica, haja vista que as

¹²⁶ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 309-311.

¹²⁷ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 311.

¹²⁸ Afirmam OLIVEIRA e RODAS que “com a atual legislação [Lei 8.884/94], os requerentes podem – e o fazem, na maioria dos casos – realizar o ato e somente após sua conclusão submetê-lo à aprovação pelo CADE”. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 116.

concentrações eram submetidas e analisadas já em plena eficácia¹²⁹. Na tentativa de mitigar os efeitos das concentrações e preservar as condições de mercado durante a apreciação das operações, dois instrumentos passaram a ser utilizados pelo CADE: os Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação (APROs), instituto que visava a evitar que as operações se tornassem irreversíveis, impondo condutas obrigatórias às empresas envolvidas, mediante cominações¹³⁰; e as medidas cautelares, desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com base na Resolução nº 28/2002 do CADE¹³¹ e no poder geral de cautela. Havia, ainda, a possibilidade de consulta prévia ao CADE acerca da legalidade de atos ou mesmo da necessidade de notificação¹³², com a qual o CADE pretendia apenas prestar esclarecimentos às empresas e ao público em geral¹³³.

Com efeito, apreciada a notificação, para viabilizar a aprovação do respectivo ato de concentração em razão dos benefícios dele advindos, podia a Administração, ainda, celebrar Termos de Compromisso de Desempenho (TCDs) com as empresas, os quais consistiam em acordos de caráter comportamental para assegurar a consecução das eficiências que autorizaram a aprovação do ato¹³⁴. Tratava-se de medida comportamental que visava a garantir a eficácia do controle de estruturas realizado *a posteriori*, impondo obrigações à empresa resultante, cuja conduta deveria passar a ser fiscalizada pelas autoridades.

3.1.2. Necessidade de reforma

É importante destacar a evolução da defesa da concorrência no Brasil nos últimos anos, amplamente reconhecida pela doutrina. FORGIONI chama a atenção para a sistematização da matéria antitruste e a consolidação dos controles de cartéis e de concentrações, assim como o aumento do respeito institucional do CADE neste período¹³⁵. A seu turno, MARTINEZ também acentua a maturidade institucional do SBDC e o avanço em

¹²⁹ DUTRA apud ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 310.

¹³⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 210 e seguintes.

¹³¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 203 e seguintes.

¹³² Apesar de o art. 59 haver sido revogado pela Medida Provisória 453/1995, foi aprovada, em 1998, a Resolução nº 18 do CADE, que dispunha sobre as consultas prévias, de modo que o CADE permaneceu aceitando e respondendo as consultas realizadas.

¹³³ Todavia, a consulta deveria ser feita antes de realizado o ato e antes mesmo da iminência de sua realização.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto; Forgioni, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 229 e seguintes.

¹³⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 121-122.

termos de efetividade do controle¹³⁶, expressados pelo aumento do número de atos de concentração examinados e pela redução do lapso temporal de análise observados ao longo da vigência da Lei 8.884/94. O ganho em *expertise* das autoridades concorrenciais refletiu análises econômicas mais técnicas e ferramentas¹³⁷ jurídicas e econômicas mais sofisticadas¹³⁸. Não obstante, diante da evolução do cenário econômico, críticas foram tecidas à Lei 8.884/94, que apresentava aspectos mercedores de aperfeiçoamento e reforma.

Inicialmente, o tratamento conjunto de parte do controle de condutas (acordos englobados pela redação do art. 54) com o controle de concentrações produzia insegurança jurídica às empresas e prejudicava a efetividade da intervenção das autoridades concorrenciais. Segundo SALOMÃO FILHO, no regime do art. 54, os cartéis estariam logicamente subordinados ao controle de estruturas¹³⁹. Independentemente da forma dos atos, o critério geral de notificação residia nos efeitos anticoncorrenciais da operação¹⁴⁰, cuja constatação muitas vezes somente era possível após a análise do ato pela autoridade. Mesmo porque as empresas naturalmente sustentariam a ausência de prejuízos à concorrência no ato em questão. Assim, havia grande incerteza sobre quais atos deveriam efetivamente ser notificados, reforçada pela ausência de um conceito satisfatório de concentração¹⁴¹.

Em relação à efetividade do controle, ANDRADE constatou que o tratamento conjunto e impreciso resgatava as dificuldades enfrentadas pela UE antes do Regulamento nº 4.064/89¹⁴². A dúvida sobre quais atos deveriam ser notificados fazia com que as empresas optassem pela notificação, a fim de evitar multas e, com isto, o CADE via-se diante de inúmeras notificações irrelevantes à ordem concorrencial. Tal situação caracterizava a alocação ineficiente dos recursos do SBDC, dispersos em aspectos procedimentais, como, por

¹³⁶ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 59.

¹³⁷ A título exemplificativo, cita-se a elaboração do Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal, em 2001, e a instituição do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), em 2009.

¹³⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111-112.

¹³⁹ Para o autor, “os acordos entre concorrentes são claramente sujeitos à disciplina das estruturas por força do art. 54 da lei concorrencial”, o que já havia se mostrado ineficaz no âmbito da União Europeia. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 20-21.

¹⁴⁰ Segundo o texto do art. 54 da lei, todo ato, sob qualquer forma, que produzisse efeitos restritivos de concorrência, deveria ser notificado.

¹⁴¹ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 55-56.

¹⁴² ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94**. São Paulo: Singular, 2002. p. 324.

exemplo, o exame de tempestividade das notificações. Enquanto isto, as condutas mais lesivas à concorrência não recebiam a atenção merecida. Enfim, mostrava-se necessária a adequação dos procedimentos de análise mais indicados a cada espécie de controle¹⁴³.

O controle das condutas independentemente de notificação (tais como cartéis e práticas unilaterais) exigia instrumental apto à identificação, à análise e à penalização eficaz das infrações. A repressão das práticas mais lesivas, notadamente os cartéis, demandava das autoridades concorrenciais uma atuação adequada à finalidade do controle repressivo, haja vista que tais práticas são geralmente sigilosas, de modo que certamente não seriam notificadas¹⁴⁴. Apesar de ainda necessitar de melhoramentos, em especial para possibilitar alocação mais eficiente de recursos na identificação e na análise econômica dos comportamentos no mercado, a sistemática de controle de condutas vem sendo constantemente aperfeiçoada através da implementação de ferramentas que lhe garantem maior eficácia, tais como o programa de leniência, introduzido em 2000, a utilização dos Termos de Compromisso de Cessação e o cruzamento de informações com outros órgãos.

Já a sistemática do controle *ex post* de concentrações, em razão da natureza preventiva da proteção estrutural do mercado, apresentava diversas consequências negativas no controle, limitando substancialmente a eficácia da atuação do CADE neste tocante¹⁴⁵. O fato de as concentrações notificadas já estarem a produzir efeitos fazia com que as análises realizadas pelo CADE devessem levar em consideração o impacto concorrencial já causado no mercado, o que representava imensas dificuldades ao reestabelecimento do *status quo ante* concorrencial¹⁴⁶. Nesse sentido, eventual necessidade de “desconcentração” seria demasiadamente custosa às empresas e ao mercado como um todo, dada a multiplicidade de operações derivadas da concentração consumada¹⁴⁷.

¹⁴³ Para ANDRADE, “Nesse ponto, a Lei de Defesa da Concorrência careceria de uma reforma, no sentido de buscar separar os autos que têm por efeito a alteração na estrutura das empresas e aqueles que visam apenas regular o comportamento das empresas no mercado, estabelecendo procedimentos de análise diferenciados e mais úteis para cada espécie”. ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 325.

¹⁴⁴ KRUGER, Alessandra. **Cinco Anos da Reforma Modernizadora do Direito Comunitário da Concorrência**. 2008. 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 19.

¹⁴⁵ O Relatório do CADE de 2003 já apontava tendência ao controle prévio. Ver BRASIL. **Relatório anual de gestão do CADE de 2003**. Brasília: CADE, 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f536f639c746c663fd44>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

¹⁴⁶ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**: teoria e prática dos atos de concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 47.

¹⁴⁷ OLIVEIRA e RODAS consignam que o controle de concentrações *a posteriori* permitiria que “o custo de uma eventual desconstituição se eleve em virtude da necessidade de desfazer um conjunto crescente de

Reconhecendo os riscos advindos da produção imediata de efeitos no mercado, o CADE chegou a determinar de ofício a suspensão dos efeitos no AC 08012.005846/99-12 (Fundação Antonio e Helena Zerrenner/Acap), com fundamento na medida cautelar prevista no Código de Processo Civil. Todavia, nem mesmo a utilização de medidas cautelares ou dos APROs foi capaz de dar resposta satisfatória a esta questão. Isso em razão da flexibilização destes instrumentos por parte do CADE, da dificuldade de monitoramento do cumprimento das obrigações impostas e do conseqüente descumprimento destes acordos pelas empresas¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. A assinatura de TCDs também sofreu diversas críticas em função da impropriedade e da ineficácia de remédios comportamentais a um controle de estruturas¹⁵⁰, apesar do que sua utilização era bastante frequente, dada à limitação do uso de remédios estruturais em um controle *ex post*¹⁵¹.

Ademais, inexistiam incentivos às empresas para fornecimento diligente das informações necessárias à apreciação das operações. Muito pelo contrário. Era prática comum as empresas protelarem o processo administrativo e acelerarem a consumação dos atos de concentração, de maneira que o decurso do tempo acarretasse a irreversibilidade da operação (fato consumado) e funcionasse como forte pressão para sua aprovação¹⁵². Neste período de análise, a concentração não estava impedida, o que colocava as empresas envolvidas em posição confortável durante o processo administrativo.

operações derivadas da transação original”. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 116.

¹⁴⁸ MARTINEZ aponta que “Na prática, contudo, nem sempre o APRO consegue solucionar a questão que se propõe a atacar, e há que se ter cuidado para que não se imponha ônus excessivo aos entes privados por todo o tempo em que tardar a análise”. MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 48.

¹⁴⁹ No mesmo sentido GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

¹⁵⁰ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 45.

¹⁵¹ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 45.

¹⁵² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

Todos estes problemas eram acentuados pela (e ao mesmo tempo acentuavam) morosidade das análises de concentrações pelas autoridades¹⁵³. Os longos períodos de espera por uma decisão definitiva, afora realçarem a ineficácia do controle, aumentavam a insegurança jurídica, visto que as atividades da companhia resultante permaneciam, de certa forma, limitadas no plano jurídico enquanto o ato se encontrasse pendente de aprovação. Além de extensos, os prazos para análise das concentrações raramente eram cumpridos, devido à complexidade do procedimento administrativo, à insuficiente integração entre os órgãos do SBDC e ao excesso de notificações desnecessárias, resultantes da incerteza acerca dos atos que deveriam ser notificados. Conforme observa MARTINEZ¹⁵⁴, a premente necessidade de tornar os procedimentos mais céleres e sofisticados à proteção da concorrência fez com que fossem adotados o procedimento sumário e a instrução conjunta pela SDE e pela SEAE, mediante portarias datadas de 2003¹⁵⁵ e 2006¹⁵⁶, respectivamente.

Outros aspectos do controle de concentrações previsto na Lei 8.884/94 demandavam revisão, como, por exemplo, a dificuldade de verificação do momento correto da notificação, o que acarretava alto número de multas por intempestividade. Além disto, a alegada subjetividade do critério de *market share* para obrigatoriedade de notificação sofreu críticas por também gerar incerteza nas empresas em relação a determinadas concentrações, principalmente por se tratar de dado que normalmente dependia de ampla análise do mercado relevante, que seria realizada no próprio processo administrativo. No sentido de evitar a aplicação de multas, portanto, as empresas optavam pela notificação, o que representava elevado ônus às mesmas e novamente impunha ao CADE o trato de inúmeras notificações despiciendas¹⁵⁷, tornando sua atuação mais lenta e menos eficaz.

O conhecido caso de aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé S/A¹⁵⁸, cuja notificação foi formalizada em 2002, evidenciou o insucesso do CADE na análise e na

¹⁵³ Conforme OLIVEIRA e RODAS, o controle *ex post* “(...) é tanto mais nocivo quanto mais moroso o exame pela autoridade (...)”. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 116.

¹⁵⁴ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 49-50.

¹⁵⁵ Portaria Conjunta SDE/SEAE 01, publicada no DOU em 19/02/2003.

¹⁵⁶ Portaria Conjunta SDE/SEAE 33, publicada no DOU em 05/01/2006.

¹⁵⁷ Em estudo datado de 2000, a OCDE destacou o fato da utilização de significativos recursos na análise de operações sem potencial lesivo à concorrência, havendo o CADE intervido em menos de 5% das fusões notificadas. OECD. **Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress report**. Paris: OECD, 2000. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/OECD_2000_Report.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012. p. 1-2.

¹⁵⁸ AC 08012.001697/2002/89.

implementação do controle em prazo razoável¹⁵⁹. Havendo considerado a operações restritiva de concorrência por impor excessivas barreiras à entrada de novos competidores no mercado, o CADE determinou a sua desconstituição. No entanto, a decisão não foi tomada dentro do prazo legal (ou mesmo em um prazo razoável), o que ensejou a proposição de ação judicial pelas empresas, processo ainda em trâmite, sem solução definitiva, dez anos após a operação.

Em síntese, inobstante a evolução da defesa da concorrência no Brasil nos últimos anos, alguns pontos do sistema concorrencial eram merecedores de reforma, principalmente no que diz respeito o momento do exercício do controle de concentrações. A ideia seria alinhar o controle a sistemas concorrenciais estrangeiros mais experimentados¹⁶⁰, conferindo-lhe maior eficácia e garantindo segurança jurídica, por meio de um controle prévio. Outros aspectos da Lei 8.884/94, como visto, careciam apenas de aperfeiçoamento, a fim de possibilitar a continuidade da evolução da defesa da concorrência no País.

3.1.3. Lei 12.529/2011 e controle prévio

Ante tais constatações, após amplo debate nas esferas doutrinária e legislativa, foi promulgada a Lei 12.529/2011, que entrou em vigor em maio de 2012, revogando a antiga Lei 8.884/94 e instituindo nova disciplina antitruste. Primeiramente, observa-se que a nova lei antitruste brasileira manteve a previsão, em seu art. 1º, dos vieses repressivo e preventivo. No mais, a Lei 12.529/2011, assim como antiga legislação, tem sua aplicação direcionada aos atos que produzirem efeitos, reais ou potenciais, no território brasileiro, o que acarreta consequências quando da apreciação de atos de âmbito mundial.

Antes de mais nada, cumpre ressaltar que o controle de condutas não sofreu grandes alterações. O art. 36 da nova lei reproduz quase que integralmente os arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94, com ligeiras alterações nos patamares de multas aplicáveis, aqui vistas superficialmente, visto que interessam de forma meramente acessória ao estudo do controle prévio. A base de cálculo passou a cingir-se ao faturamento da empresa “no ramo de

¹⁵⁹ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações economicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 48.

¹⁶⁰ OLIVEIRA e RODAS já informavam a tendência, em jurisdições estrangeiras, de obrigatoriedade de notificação de atos de concentração previamente à sua consumação. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 78.

atividade” em que ocorreu a infração¹⁶¹ e os patamares de multa, anteriormente definidos entre 1% e 30%, agora variam de 0,1% a 20%, representando redução significativa¹⁶². De outra banda, na esfera criminal, a pena para prática de cartel passa a ser de 2 a 5 anos de prisão e multa, ao invés de um ou outro, o que elimina a possibilidade de transação¹⁶³.

Como destaca FORGIONI, ao contrário da legislação da UE, o art. 36 consubstancia o controle de condutas em único suporte fático, tendo como elemento definidor da ilicitude os efeitos do ato, independentemente da forma. Assim, no Brasil, é dispensável, em um primeiro momento, a configuração de posição dominante para caracterização de infração concorrencial, mas apenas a restrição da concorrência¹⁶⁴.

O ponto crucial da nova lei antitruste brasileira residiu no estabelecimento do controle *ex ante* de estruturas, em oposição ao controle *ex post* previsto na lei anterior, perfazendo modificação substancial da sistemática da defesa da concorrência. O art. 88 da Lei 12.529/2011, em seu §2º, dispôs que “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”, prorrogáveis até o limite de 330 (trezentos e trinta) dias. Com isto, o Brasil deixou o limitado grupo de jurisdições que ainda contavam com controle de estruturas obrigatório e posterior, o qual integrava juntamente com Paquistão e Egito¹⁶⁵.

Segundo a nova lei, os atos de concentração sujeitos ao controle prévio não poderão ser consumados antes de apreciados, período no qual devem ser preservadas as condições de concorrência (§§3º e 4º do art. 88). O descumprimento do dever de não consumir a operação ou do dever de preservar as condições concorrenciais acarreta pena de nulidade e aplicação

¹⁶¹ FARINA e TITO apontam a necessidade de definição do termo “ramo de atividade”, a fim de se atribuir maior clareza e calculabilidade da pena às empresas. FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; TITO, Fabiana. Desafios e consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 15-21, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 19.

¹⁶² Grande parcela da doutrina critica a redução das multas aplicáveis, como se verá adiante.

¹⁶³ Para FARINA e TITO, “essas mudanças tem efeitos positivos sobre a aplicação da lei brasileira de defesa da concorrência, pois deixa [sic] claro que as condutas de cartel devem ser punidas com maior rigor [...]”. FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; TITO, Fabiana. Desafios e consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 15-21, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 20.

¹⁶⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁶⁵ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**: teoria e prática dos atos de concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 54.

de elevada multa de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), sem prejuízo da abertura de procedimento administrativo para controle das condutas das empresas no mercado. Trata-se de situação análoga à suspensão dos efeitos do ato de concentração, estipulada pelo Regulamento nº 139/2004 no âmbito da UE¹⁶⁶.

O projeto da nova lei previa, ainda, a possibilidade de aprovação de uma operação de concentração pela não apreciação por parte da autoridade concorrencial dentro do prazo legal, alinhado com o Regulamento nº 139/2004 na UE. No entanto, a referida disposição sofreu veto da Presidente Dilma Rousseff, sob argumento de desproporcionalidade da aprovação por descumprimento de prazo, considerando as possíveis implicações no mercado. Resultado disto é a inexistência de consequência à operação pelo descumprimento dos prazos, salvo a possibilidade de responsabilização pessoal¹⁶⁷. A comunidade empresarial reagiu com desconfiança ao veto presidencial, face ao receio de processos demasiadamente longos, durante os quais as operações não poderão ser consumadas¹⁶⁸.

A instituição do controle prévio veio acompanhada de melhor definição a respeito dos atos sujeitos à notificação à autoridade concorrencial, propiciando maior transparência ao procedimento e segurança jurídica às empresas. O art. 88 da nova lei torna obrigatória a submissão de “atos de concentração” em que pelo menos um dos grupos envolvidos tenha auferido faturamento bruto anual ou volume de negócios no país equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e um segundo grupo envolvido tenha registrado faturamento ou volume de negócios equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais). Embora os valores originais trazidos na nova lei fossem de R\$ 400.000.000,00 e R\$ 40.000.000,00, respectivamente, assim que a mesma entrou em vigor, foram alterados pela Portaria Interministerial 994/2012.

Primeiramente, observa-se que a utilização do termo “atos de concentração econômica” – ao invés de “atos, sob qualquer forma manifestados”, como fazia o antigo art. 54 – restringe e separa o controle de concentrações do controle de condutas. Nota-se que acordos de cooperação entre empresas passam a ser inequivocamente regidos pelo controle

¹⁶⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 419.

¹⁶⁷ Arts. 68 e 82 da lei 12.529/2011.

¹⁶⁸ Na visão de FERREIRA e ZUCCOLO, “the veto could create an insecure environment for investments in Brazil, as the companies will not have the certainty about the deadline to receive a final answer from the competition authorities”. FERREIRA, Ana Bátia Glenk; ZUCCOLO, Renata Fonseca. Introduction of pre-merger review system in Brazil: main changes and challenges. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 78-86, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 82.

de condutas, sem necessidade de notificação¹⁶⁹. Não significa que, com a nova lei, o enquadramento no controle prévio tenha passado a depender essencialmente da forma dos atos. Permanecem os efeitos anticoncorrenciais como elemento central, independentemente da forma do ato¹⁷⁰, mas há um referencial mais claro. A lei não traz o conceito de controle como elemento definidor de concentrações, como faz o ordenamento da UE, o que pode ser alvo de críticas¹⁷¹. Não obstante, o art. 90 especifica as operações que configuram atos de concentração para os efeitos da lei, cujo rol se assemelha bastante ao presente no Regulamento nº 139/2004, o que gera uma inevitável aproximação dos sistemas.

Em segundo lugar, nota-se a eliminação do critério de *market share* para obrigatoriedade da notificação, considerado demasiadamente subjetivo, pois dependente da definição do mercado relevante, o que dificultava a averiguação pelas empresas¹⁷². Não obstante, há quem defenda que tal critério, por pouco utilizado, não trazia prejuízos ao sistema e proporcionava ao CADE a possibilidade de análise de casos que, apesar de não atingirem os patamares de faturamento, poderiam ser prejudiciais à concorrência¹⁷³. Ponto inquestionavelmente exitoso da nova lei reside no critério de faturamento mínimo de um segundo grupo participante (de 75 milhões de reais), afastando a necessidade de notificação de operações de pouca relevância e permitindo a concentração de recursos do CADE nos casos mais complexos¹⁷⁴. Remanescem, portanto, apenas critérios objetivos de faturamento, assim como na UE, o que facilita a cognoscibilidade da regra de notificação. Em relação às

¹⁶⁹ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 55.

¹⁷⁰ Segundo ANDERS, “A expressão ‘qualquer meio ou forma’ corrobora o entendimento de que para a análise concorrencial de atos de concentração pouco importa a sua forma, o relevante é a análise dos efeitos concorrenciais a serem irradiados do ato que se pretende realizar e que serão projetados sobre os mercados afetados. CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 204.

¹⁷¹ ANDRADE e CORDEIRO vislumbram retrocesso da nova lei ao não centrar o controle de concentrações expressamente no conceito de controle, como é feito na UE. ANDRADE, Maria Cecília; CORDEIRO, Adriana Rocha. A reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Projeto de lei nº 6/2009. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 27-34, nov. 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_27.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012. p. 31.

¹⁷² FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; TITO, Fabiana. Desafios e consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 15-21, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 17.

¹⁷³ MORAIS, Rafael Pinho de; SALGADO, Lucia Helena. The new Brazilian Antitrust Law: beyond the basics. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31. p. 62-69, abr. 2012. p. 64.

¹⁷⁴ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 198.

concentrações não enquadradas na obrigatoriedade de notificação, a nova lei resguarda ao CADE a possibilidade de, no prazo de 1 ano a contar da consumação da operação, requerer a sua submissão para análise. Tal mecanismo confere ampla discricionariedade à Autarquia, em detrimento da segurança jurídica das partes envolvidas.

GABAN e DOMINGUES ressaltam que “a matriz normativa que estrutura o controle de estruturas no Brasil é bastante semelhante em ambos os diplomas legais [antiga e nova lei antitruste]”. Pequenas alterações foram realizadas nos critérios para aprovação. O requisito de benefícios aos consumidores teve sua redação modificada¹⁷⁵, afastando do formato da legislação da UE; assim como a proibição de eliminação da concorrência em parte substancial do mercado teve sua posição deslocada no texto da lei, o que suscitou algumas discussões e dúvidas na doutrina¹⁷⁶. Ademais, de forma inovadora, a nova lei definiu a primeira isenção antitruste do controle de estruturas, relativamente a contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* destinados a licitações¹⁷⁷, ainda longe da prática na UE¹⁷⁸. Outra alteração refere-se a adoção de critérios de proibição utilizados no Regulamento n. 139/2004, declarando proibidos atos que criem ou reforcem posição dominante no mercado. Todavia, como visto, no Brasil, a configuração de posição dominante não possui a mesma relevância normativa que na EU, o que dificulta a compreensão desta modificação¹⁷⁹.

Outro veto presidencial ao projeto da nova lei referiu-se ao art. 92 e respectivos parágrafos, os quais disciplinavam a possibilidade de celebração de acordos entre a Administração e as empresas envolvidas para aprovação de atos de concentração. No entanto,

¹⁷⁵ Na visão de MIRAGEM, a promoção da concorrência não pode se olvidar da proteção aos consumidores, que consiste em um dos objetivos daquela disciplina, fortemente relacionada com a disciplina consumerista. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 67 e seguintes. Por esta razão, a interpretação do novo dispositivo não poderia, em hipótese alguma, desproteger os consumidores.

¹⁷⁶ SCHNEIDER entende que o art. 88, §6, da lei 12.529/11 possibilita a autorização de atos de concentração que implique a eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, desde que respeitados os “limites estritamente necessário” e produzidos os benefícios arrolados na lei. SCHNEIDER, Andressa C. Aspectos do controle de atos de concentração e da tutela do consumidor: cotejo entre as Leis 8.884/1994 e 12.529/2011. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 69-77, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 75-76. Isso porque a disposição que previa a proibição da eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante foi reposicionada para antes da previsão de autorização, o que permitiria interpretação sistemática de que os requisitos de aprovação suplantariam tal proibição.

¹⁷⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122.

¹⁷⁸ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 206

¹⁷⁹ ANDRADE, Maria Cecília; CORDEIRO, Adriana Rocha. A reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Projeto de lei nº 6/2009. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 27-34, nov. 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_27.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012. p. 31.

as razões do veto o justificaram pela impropriedade de limitação de sua celebração à etapa de instrução dos processos, como previa o projeto, ressaltando a relevância dos acordos na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica¹⁸⁰. Desta feita, considera-se que tal ferramenta permanece presente no ordenamento brasileiro.

Por fim, a nova lei contempla a reestruturação do SBDC, com vistas a otimizar a alocação de recursos e a repartição de competências, bem como efetuar procedimentos mais céleres e eficazes. Ao invés da atuação paralela de três órgãos (CADE, SDE e SEAE), a nova estrutura concentra-se somente no (Super) CADE, o qual, por sua vez, divide-se em Superintendência Geral (SG) e Tribunal Administrativo. A primeira incorpora as funções das antigas SEAE e SDE na investigação de condutas e processamento e análise de atos de concentração, enquanto o segundo é o órgão responsável pelos julgamentos. A estrutura conta ainda com um Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Cumpre consignar que a SEAE não foi extinta, passando a se preocupar com a advocacia da concorrência.

A nova lei igualmente prevê duas formas de procedimento: (i) procedimento sumário, no qual a SG recebe a notificação, examina-a e profere decisão terminativa; e (ii) procedimento complexo, caso a SG entenda pela necessidade de diligências complementares, hipótese em que poderá concluir pela aprovação direta da operação, caso assim entenda, ou poderá impugnar a operação perante o Tribunal, caso entenda pela necessidade de restrições ou de veto da mesma. Nesta última hipótese, o Tribunal, após oitiva das partes e instrução complementar, analisará e proferirá decisão acerca da aprovação ou não da operação¹⁸¹. O objetivo é que apenas os casos de maior complexidade cheguem ao Tribunal Administrativo.

3.2. Perspectivas e Desafios do Controle Prévio no Brasil

3.2.1. Vantagens e dificuldades do sistema de controle prévio

O viés preventivo da defesa da concorrência, notadamente no âmbito do controle das estruturas de mercado, tem como objetivo impedir o efeito concentracionista, considerado como autodestrutível ou mesmo uma falha, na visão econômica de mercado. O impacto de

¹⁸⁰ Foi consignado nas razões de veto que “Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica.” Mensagem nº 536, de 30 de novembro de 2011, da Presidência da República à Presidência do Senado Federal.

¹⁸¹ Sobre o procedimento, ver GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125-126.

uma concentração que reforce posição dominante, eliminando ou restringindo a concorrência no mercado, pode ser devastador em uma perspectiva de médio a longo prazo, e sua reparação é extremamente complicada e custosa, quando não impossível, tendo em vista a rápida assimilação e as extensas consequências dela advindas no mercado. Nesse sentido, a experiência na UE demonstrou a aptidão do controle prévio para exercício desta face preventiva da defesa da concorrência¹⁸², justamente por impedir que a concorrência seja afetada até que seja analisada a compatibilidade da operação com o mercado¹⁸³.

Não se pode perder de vista, no entanto, a importância das concentrações no mercado, principalmente do ponto de vista do desenvolvimento de empresas para competição no mercado externo¹⁸⁴. Tal premissa demanda do controle preventivo atuação não tão flexível a ponto de autorizar o surgimento de estruturas indiferentes ao mercado e com capacidade de afetar a concorrência, nem tão rigorosa a ponto de impedir ou impor custos exacerbados à atuação empresarial, sob pena de prejudicar o desenvolvimento.

O grande risco de um sistema de controle prévio reside na possível incapacidade de absorção da demanda de notificações, sobretudo em face do complexo contexto econômico, o que implica operações cada vez mais volumosas e complexas. A atividade empresarial, notadamente os atos de concentração, exige dinamismo compatível com o mercado. Em decorrência disto, a incapacidade de se exercer um controle prévio eficaz e célere carrega sérios riscos de entravar sobremaneira as operações, e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia. Tal risco afeta significativamente as empresas nacionais que dependem das operações para serem competitivas no mercado, e também empresas e investimentos estrangeiros, haja vista a necessidade de um ambiente previsível de atuação.

Imagine-se, por exemplo, uma concentração de âmbito internacional com efeitos no Brasil. Tendo em vista que a lei antitruste brasileira é aplicável sempre que haja efeitos concorrenciais no território nacional, torna-se requisito a aprovação prévia da autoridade concorrential brasileira. Deste modo, a concentração poderia estar aprovada e produzindo

¹⁸² Regulamento nº 4.064/89.

¹⁸³ FARINA esclarece que “Do ponto de vista do administrado, a vantagem está no processo de tomada da decisão e em seu momento, evitando-se que incertezas e riscos econômicos ganhem contornos que o recurso posterior ao Judiciário desvirtua. À medida que decorre o tempo, a decisão passa a ser inadequada e inútil”. FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Apresentação prévia de atos de concentração. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XI, nº 263, edição especial: reforma da lei concorrential brasileira, p. 18, dez. 2007.

¹⁸⁴ Um exemplo recorrente deste paradoxo é o incentivo aos chamados “campeões nacionais”, empresas nacionais cujo crescimento é estimulado para que possam conquistar mercado internacional. Sobre este tema, ver TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Interfaces entre defesa de concorrência e política industrial: o desafio dos campeões nacionais no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, Brasília, v. 20, p. 297, jul. 2011. p. 297.

efeitos em diversos países e ainda aguardando apreciação do CADE para sua “consumação”. Trata-se do que foi chamado de “o risco de o Brasil parar o mundo” durante a tramitação do projeto da nova lei¹⁸⁵.

Embora evidentemente mais presente no controle prévio – uma vez que a operação não pode ser consumada durante o período de apreciação –, o risco acima exposto também se verifica em um sistema controle *ex post*. Isso porque a morosidade na apreciação de determinada operação, ainda que a mesma já esteja produzindo efeitos, coloca as empresas em situação precária e de incerteza, porquanto pode vir a ser determinado o desfazimento da concentração. A possibilidade de “desconcentração” e a aplicação de elevadas multas passado grande lapso de tempo também podem ser desastrosas para determinadas empresas.

Há também uma crítica de ordem principio lógica ao sistema de controle prévio, fundamentada na liberdade de comércio. Alguns autores sustentam que a intervenção prévia em concentrações inverteria a lógica de que, de acordo com os princípios da liberdade de iniciativa e da presunção de legalidade, os atos são permitidos até o momento em que efetivamente afetem a concorrência¹⁸⁶.

Todavia, a liberdade da concorrência compreende diversos outros princípios fundamentais, necessários ao desenvolvimento. No Brasil, assim como na UE, a concorrência é considerada instrumento para consecução de fins sociais, políticos e econômicos¹⁸⁷, o que justifica a intervenção estatal prévia em atos de concentração que possam afetar sensivelmente a concorrência. Em verdade, trata-se da correta delimitação do controle preventivo no contexto da defesa da concorrência, devendo se ter em conta a coexistência do controle repressivo de condutas, cada qual em seu âmbito de aplicação, de forma complementar e não invasiva. Desta forma, na medida em que os comportamentos empresariais são deixados ao crivo do controle de condutas, o controle prévio de estruturas,

¹⁸⁵ Consoante observou o Relator do Projeto de Lei, o Deputado Ciro Gomes, “Há o risco, no entanto, de o exame prévio implicar atrasos excessivos na liberação para a operação prosseguir, o que foi preocupação esboçada nas audiências públicas como o risco de o ‘Brasil parar o mundo’”. BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.937 de 2004**. Planalto: Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/3937%20final.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012. p. 46.

¹⁸⁶ Para MATTOS, “Na notificação *a posteriori*, o que se privilegia é a liberdade de iniciativa, a presunção de legalidade do ato e a boa-fé das partes, valores fundamentais em um Estado de Direito. Na notificação prévia é o contrário. Restringe-se a liberdade de iniciativa, presume-se que o ato é ilegal e, por isso mesmo, há que se pedir a bênção do Príncipe para realizá-lo”. MATTOS, Ubiratan. Apresentação prévia de atos de concentração. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XI, nº 263, edição especial: reforma da lei concorrencial brasileira p. 19, dez. 2007. p. 19.

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

fortalece também a repressão das práticas que apresentam maiores problemas concorrenciais¹⁸⁸, conforme demonstrou a experiência europeia.

Ante as experiências do Brasil na vigência da Lei 8.884/94 e da UE, percebeu-se que o controle prévio de estruturas permite maior eficácia e segurança jurídica na atuação preventiva das autoridades concorrenciais na defesa da concorrência, esta entendida como elemento imprescindível à própria noção de desenvolvimento¹⁸⁹. Tal conclusão dá-se tanto em razão da dificuldade de um controle *ex post* neste tocante, como demonstraram a experiência comunitária europeia e a própria experiência brasileira, quanto pelos benefícios advindos de um controle preventivo eficaz e razoável.

Por fim, o risco de intervenção em operações sem efeitos anticoncorrenciais pode ser bastante mitigado pela utilização de mecanismos jurídicos e econômicos. O próprio art. 88 da Lei 12.529/11, assim como fazia o art. 54 da lei revogada, prevê a aprovação dos atos de concentração mediante apreciação e ponderação de seus benefícios e prejuízos. O mesmo havia sido observado nos Regulamentos nº 4.064/89 e 139/2004 no âmbito da UE¹⁹⁰. A capacitação das autoridades para análise técnica do ponto de vista econômico e para processamento das notificações em prazo compatível com o mercado possibilitariam o controle sem entrar demasiadamente a atividade empresarial. Para tanto, mostram-se necessárias ferramentas que reforcem a eficácia do procedimento e o tornem mais célere.

Por outro lado, o controle prévio no controle de condutas mostrar-se-ia de difícil aplicação, tornando-se inócuo na maioria dos casos, tendo em vista que as práticas mais danosas à concorrência requerem iniciativa da autoridade concorrential para sua identificação, como é caso dos cartéis. MONTI defendia a manutenção do controle prévio de acordos, decisões associadas e práticas concertadas no âmbito da UE, justamente pela segurança jurídica proporcionada pelo sistema de notificações¹⁹¹. Todavia, em que pese a suscitada segurança jurídica proveniente do controle *ex ante*, a experiência brasileira

¹⁸⁸ Nesse sentido é o entendimento de FARINA e TITO: “Por fim, com todo o exposto pode-se dizer que, havendo uma maior efetividade na análise dos atos de concentração, os recursos poderão ser canalizados para controle de condutas, que é o ponto chave da política de defesa da concorrência”. FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; TITO, Fabiana. Desafios e consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 15-21, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 21.

¹⁸⁹ MUNHOZ, Caroline Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 93 e seguintes.

¹⁹⁰ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 1/2003**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2009.

¹⁹¹ MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 405-406.

demonstrou que a confusão entre o controle repressivo e o controle preventivo pode gerar incerteza quanto à forma de controle e à obrigatoriedade de notificação.

Em suma, o entendimento acerca da importância do sistema de controle prévio de estruturas e do controle posterior de condutas com diferentes finalidades pode ser considerado a principal contribuição da evolução do direito antitruste comunitário na UE a sistemas em aperfeiçoamento, bem como a utilização de instrumentos adequados a cada forma de controle.

3.2.2. Mecanismos de viabilização do novo sistema

Analisadas as linhas gerais do controle prévio de estruturas na defesa da concorrência – principal novidade na legislação antitruste brasileira –, observa-se que tal sistemática depende da adequação do quadro institucional e da implantação de “mecanismos” de controle, sobretudo a fim de reduzir os riscos de entrave desarrazoado da economia interna brasileira. A experiência da UE e as discussões havidas no âmbito da nova lei antitruste brasileira apontaram que a eficácia do sistema de controle prévio exige celeridade nos procedimentos por parte da autoridade concorrencial e análise eficiente das operações.

Primeiramente, um corpo institucional independente, capaz de conduzir os processos com celeridade e tecnicidade, é indispensável para a eficiência do sistema como um todo. A UE, no período de reforma do Regulamento nº 17/62, rechaçou a criação de uma autoridade concorrencial específica. O Brasil, por outro lado, alinhou-se ao sistema concorrencial norte-americano neste tocante¹⁹². Com efeito, a reestruturação do SBDC possui papel fundamental na implementação do controle prévio de estruturas, na medida em que a coexistência de três órgãos acarretava sobreposição de funções e morosidade no trâmite dos procedimentos. Com a centralização do controle em órgão único, o CADE, pretende-se a alocação mais eficiente de recursos na apreciação de operações de concentração e nas próprias identificação e análise de condutas anticoncorrenciais.

Todavia, a autoridade concorrencial brasileira necessita do incremento de recursos humanos e materiais¹⁹³ para exercer suas funções de forma eficaz e célere, principalmente o controle prévio de concentrações, razão pela qual a nova lei criou 200 (duzentos) cargos de

¹⁹² Em que pesem as contribuições do sistema concorrencial norte-americano ao ordenamento brasileiro, o mesmo não é objeto do presente estudo, o qual se restringe à análise da experiência concorrencial da UE.

¹⁹³ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. São Paul: Editora Singular, 2005. p. 161.

Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental para atuação na SEAE e no CADE¹⁹⁴. O crescimento da economia interna e da própria cultura concorrencial no Brasil nos últimos anos demanda maior investimento na defesa da concorrência, a fim de torná-la compatível com o desenvolvimento do mercado¹⁹⁵, o que, por outro lado, pode representar elevado custo no orçamento público, ao final das contas, às empresas.

Devido à diferença de sistemática entre os controles de condutas e de concentrações, a definição do conceito de “ato de concentração” pode ser considerada mecanismo de clareza e otimização do controle, delineando os âmbitos de incidência. O conceito de concentração, para fins concorrenciais, deve restringir a obrigatoriedade de notificação a atos que justifiquem a intervenção prévia do CADE¹⁹⁶. Um conceito demasiadamente amplo, afora o fato de gerar insegurança às empresas, enseja a notificação de operações sem relevância do ponto de vista concorrencial, travando a atividade empresarial e consumindo os limitados recursos da autoridade. Apesar de não conter conceito expresso de concentração, a nova lei antitruste brasileira limitou o controle de estruturas a “atos de concentração” e elencou operações compreendidas como tal, em rol bastante semelhante ao presente no controle comunitário de concentrações na UE¹⁹⁷, o que contribui para o sistema¹⁹⁸.

Do mesmo modo, os critérios de notificação constituem relevante filtro de operações submetidas à obrigatoriedade de notificação, constituindo mecanismo relacionado à relevância das operações apreciadas, com vistas a restringir a intervenção concorrencial prévia. A grande maioria das operações é de pequena monta, não constituindo uma ameaça à ordem concorrencial. Diante disto, os critérios devem ser elevados o suficiente a retirar da

¹⁹⁴ Segundo FARINA, a preocupação de que as análises não sejam realizadas em tempo hábil “deverá ser contornada com o incremento dos recursos da Autarquia e uma série de convênios que fechamos, de treinamento de pessoal (...)”. FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Apresentação prévia de atos de concentração. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XI, nº 263, edição especial: reforma da lei concorrencial brasileira, p. 18, dez. 2007.

¹⁹⁵ Nesse sentido, ver FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 124.

¹⁹⁶ MARTINEZ destaca a importância desta alteração legislativa: “Outra proposta pouco comentada à época, mas de suma importância, era a restrição do controle de estruturas a concentrações econômicas *stricto sensu*, eliminando as cooperações econômicas da obrigatoriedade de notificação (ao substituir a expressão ‘Os atos, sob qualquer forma manifestados’ por ‘Os atos de concentração, sob qualquer forma manifestados’). MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 55.

¹⁹⁷ Regulamento nº 139/2004.

¹⁹⁸ Melhor seria que a nova lei também houvesse expressamente fundado o sistema com base na noção de transferência de controle, mas a aproximação é inegável.

esfera de controle da autoridade concorrencial tais atos sem impacto no mercado e claros o suficiente a garantir segurança jurídica às empresas.

Ao contrário da lei anterior, que exigia faturamento mínimo de apenas um dos grupos envolvidos, a nova lei antitruste brasileira exige faturamento mínimo de ao menos dois. O estabelecimento deste segundo “filtro” justifica-se pelo fato de que não é toda a operação envolvendo apenas um grande *player* do mercado que será relevante do ponto de vista concorrencial¹⁹⁹. Outra novidade positiva é a autorização de alteração dos patamares de faturamento mínimo mediante portaria conjunta dos Ministérios da Fazenda e da Justiça, sem necessidade de reforma legislativa (art. 88, §1º). Tal possibilidade permite a constante adequação dos patamares de operações tidas como relevantes a partir da experiência do órgão, além de evitar que os mesmos deixem de representar a valorização monetária, como ocorrido na vigência da Lei 8.884/94, o que significava a exigência de análise prévia de atos cada vez menos relevantes.

No mais, critérios demasiadamente subjetivos prejudicam a análise, por parte das empresas, de quais atos devem notificar, e, na dúvida, sob risco de pesadas multas, tende-se a submeter atos que poderiam não o ser, pois irrelevantes. Nessa linha, correspondendo a anseio de parte da doutrina²⁰⁰, a nova lei eliminou o critério de *market share*, em função da controvérsia que envolve o dimensionamento do mercado relevante²⁰¹. Na visão de MARTINEZ, a “participação de mercado deve ser critério de análise e não de notificação”²⁰². Ou seja, tal critério deve ser considerado para determinar a aprovação ou reprovação das operações, mas não para torná-las objeto do crivo do CADE. A presença exclusiva de

¹⁹⁹ Segundo ANDERS, “O estabelecimento desse novo critério visa tentar evitar que negócios jurídicos irrelevantes sob o ponto de vista concorrencial sejam submetidos ao controle do Cade, em razão exclusivamente do faturamento de um dos grupos econômicos envolvidos. Pretende-se diminuir o número de negócios jurídicos sem aptidão a gerar efeitos negativos sobre a concorrência que é submetido ao Cade, possibilitando ao órgão dedicar-se aos atos que tenham potencial de gerar efeitos nocivos à concorrência”. CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 198. Nesse sentido também é o entendimento de TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira**: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 419.

²⁰⁰ Vide nota 172, supra.

²⁰¹ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 197.

²⁰² MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**: teoria e prática dos atos de concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 55.

critérios objetivos está em consonância com o exemplo da EU, operando como elemento de segurança jurídica.

Na seara procedimental, pode-se afirmar que a eficácia da análise de notificações está intimamente ligada com a regulação de procedimentos diferenciados e adequados ao grau de complexidade e potencial danoso dos atos. Esta constatação foi feita pela Comissão Europeia quando da edição do Livro Verde relativo à revisão do Regulamento n° 4064/89 do Conselho²⁰³. As estatísticas do CADE corroboram o fato de raras decisões de veto de concentrações terem sido tomadas nos últimos anos, não porque o controle não foi exercido, mas porque a grande maioria dos casos efetivamente não apresentava restrição concorrencial significativa²⁰⁴. Diante disto, depreende-se a importância da utilização do procedimento simplificado – instaurado em 2003 e aperfeiçoado na nova lei – como mecanismo para descartar operações mais simples, resguardando ao Tribunal Administrativo apenas os casos problemáticos, com contundente potencial restritivo. Trata-se de concentrar os recursos da autoridade em casos relevantes, assim como objetivou a UE com as reformas examinadas.

No mesmo sentido, a celebração de acordos, seja na forma de remédios comportamentais ou estruturais, comporta instrumento de eficácia do controle concorrencial. Em relação ao controle de condutas, subsiste na nova lei antitruste brasileira previsão de celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs), medida comportamental de eficácia do controle. O programa de leniência também remanesce como importante instrumento de facilitação na identificação de comportamentos anticoncorrenciais e na coleta de provas para embasamento de processo, que podem ser justamente as maiores dificuldades do controle de condutas²⁰⁵, para o que pode ser bastante proveitosa a cooperação de empresas. A Lei 12.529/2011 previu, ainda, a possibilidade de adoção de medida preventiva pelo CADE, em qualquer fase do inquérito ou do processo de apuração de condutas, quando verificado fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação, ou risco de ineficácia do resultado do processo. Devido ao longo tempo de trâmite de procedimentos complexos, emerge, por vezes, a necessidade de contenção imediata de danos que podem ser

²⁰³ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Livro Verde relativo à revisão do Regulamento (CEE) n° 4064/89 do Conselho**. Bruxelas: Comunidades Européias, 2000. p. 5.

²⁰⁴ Entre janeiro de 2004 e maio de 2011, apenas 0,1% das decisões proferidas pelo CADE em atos de concentração foram de reprovação. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

²⁰⁵ Conforme observa FORGIONI, “Não é fácil provar a existência de um cartel, ou seja, de acordo não escrito entre agentes econômicos, ainda mais se consideramos que o comportamento paralelo pode decorrer das próprias características do mercado”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 151.

irreversíveis. O controle de concentrações, por outro lado, não mais necessita deste instrumento, em face de seu exercício prévio.

No que se refere ao controle de concentrações, a nova lei, em seu art. 61, disciplinou a possibilidade de aprovação de atos de concentração com restrições. O rol de restrições previsto na lei evidencia a preferência por remédios estruturais, inequivocamente mais eficazes ao controle de estruturas, seja por sua aptidão para impedir os efeitos indesejados da operação imediatamente, seja pela fragilidade e pela dificuldade de fiscalização de remédios comportamentais²⁰⁶. A lista é meramente exemplificativa, autorizando inclusive a adoção de “qualquer outro ato ou providência necessários”. Desta forma, além de dotar o CADE de poderes suficientes para um controle efetivo, a presença de medidas exemplificativas fortalece seu uso e as torna menos contestáveis²⁰⁷.

De qualquer sorte, em que pese o veto presidencial, a celebração de acordos para aprovação de concentrações permanece presente no sistema brasileiro como mecanismo de compatibilização das operações à ordem concorrencial²⁰⁸. A experiência europeia demonstrou o efeito benéfico de acordos entre a Administração e as empresas, possibilitando economia de tempo e recursos e, ao mesmo tempo, o alcance do objetivo primordial de evitar danos à concorrência²⁰⁹. A nova lei antitruste brasileira, seguindo o exemplo europeu, preocupou-se em não limitar a possibilidade de celebração destes acordos a determinada fase procedimental, incentivando a sua utilização e, acima de tudo, munindo a autoridade concorrencial de amplas ferramentas aptas ao exercício da defesa da concorrência, mediante análise casuística.

A aplicação de multas adequadas também pode operar como exitoso mecanismo, por parte do CADE, na repressão de práticas e educação da sociedade²¹⁰, preocupando-se, igualmente, em não paralisar as empresas²¹¹. A partir deste entendimento, tendo-se em conta

²⁰⁶ MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 283.

²⁰⁷ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 333.

²⁰⁸ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 481.

²⁰⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 421.

²¹⁰ O Relatório de 2008 consignou que “O efeito preventivo da imposição de coimas extravasa o âmbito dos casos individuais. Com as coimas que inflige, a Comissão pretende encorajar uma cultura de respeito das regras da concorrência a todos níveis do grupo empresarial”. COMUNIDADE Europeia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2008**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2009.

²¹¹ Segundo ZIEBARTH, as multas no Brasil são proporcionalmente mais elevadas que em outros países, em razão da inexistência de cultura indenizatória em matéria concorrencial. Segundo o palestrante, em sistemas como o norte-americano, as multas aplicadas pela autoridade concorrencial representavam somente cerca de ¼ do prejuízo total das empresas condenadas, em razão de ações judiciais visando à indenização das partes

os efeitos educativos da penalização, a redução das multas aplicáveis pela nova lei brasileira vem sofrendo críticas, sob receio de que implique incentivo à prática de cartéis²¹². O mesmo vale para o controle prévio, em caso de descumprimento da obrigação de notificação ou de consumação da operação antes de aprovada, em que as multas devem ter viés repressivo e educativo, adequadas ao caso concreto.

O progresso do controle concorrencial na UE foi acompanhado por forte preocupação com promoção de cultura da concorrência nos âmbitos acadêmico, empresarial e da advocacia²¹³, sobretudo em época de reforma do sistema. O Relatório sobre a política de concorrência de 2011 observou que a compreensão acerca do exercício do controle concorrencial, por consumidores e empresas, permite a compatibilização da estratégia empresarial com a liberdade de concorrência no mercado²¹⁴. O caráter educativo das normas antitruste é mecanismo que possui particular relevância neste novo momento da defesa da concorrência no Brasil, de implantação do controle prévio de concentrações. A importância da promoção da concorrência coloca o CADE e a SEAE em posição fundamental para adaptação dos envolvidos à sistemática de controle prévio.

Em síntese, a nova lei brasileira adaptou mecanismos institucionais de reestruturação do sistema e incremento dos recursos da autoridade concorrencial, de critérios de definição das separadas formas de controle, de filtro de relevância das operações submetidas à intervenção prévia, além de mecanismos procedimentais voltados à cultura da concorrência. O sucesso destes mecanismos depende, todavia, de sua efetivação na prática e de sua aplicação adequada pela autoridade concorrencial.

prejudicadas. ZIEBARTH, José Antônio Batista de Moura. Uma nova lei antitruste no Brasil. 2012. In: **PALESTRA REALIZADA NA PONTIFÍCA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL** em 22 jun. 2012.

²¹² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 124.

²¹³ Segundo o Relatório sobre a política de concorrência de 2007, “A Comissão prossegue os seus esforços no sentido de disseminar uma cultura de concorrência para além das fronteiras da UE, o que implica a necessidade de assumir um papel de liderança em instâncias como a Rede Internacional da Concorrência e a celebração de acordos bilaterais com outras autoridades de concorrência e de acordos de comércio livre com os principais parceiros comerciais da UE”. COMUNIDADE Européia: **Comissão. Relatório sobre a política de concorrência 2007**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2008.

²¹⁴ COMUNIDADE Européia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2011**. Luxemburgo: Comunidades Européias, 2012. p. 25.

3.2.3. Perspectivas e desafios de aplicação

A impossibilidade de consumação de operações de concentração entre empresas pertencentes a grupos que atinjam faturamento bruto mínimo acarreta importantes consequências para as autoridades, a comunidade empresarial, o meio jurídico e a sociedade como um todo, de maneira a exigir a adaptação dos envolvidos e a promoção de ambiente institucional propício²¹⁵. Como identificado no projeto da nova lei, as atenções da autoridade devem se voltar ao risco de demora na análise de notificações e a consequente obstaculização da atividade empresarial, inclusive no que se refere a operações de dimensão global, o que remonta ao mencionado risco de que a autoridade brasileira impeça atuação de empresa apta a operar em diversas jurisdições, isto é, “o risco de o Brasil parar o mundo”.

O novo desenho institucional do SBDC é fruto da tentativa de simplificação do processo, de melhor alocação de tarefas e de otimização funcional, de maneira que se espera que o novo CADE deverá estar preparado a exercer um controle eficaz em todas as suas fases²¹⁶, utilizando-se de procedimentos adequados a cada operação, aperfeiçoando-se o processo de apreciação dos atos. Até o presente momento, os dados preliminares do CADE parecem apontar um início promissor do novo sistema²¹⁷, com a apreciação das concentrações no excelente prazo médio de 19 dias pelo rito sumário e de 48 dias pelo rito ordinário. Chegaram ao CADE, no regime da nova lei, 120 atos de concentração, dos quais 102 já foram concluídos, 98 deles pelo rito sumário²¹⁸, corroborando o que apontaram a experiência europeia e a doutrina nacional. Outro dado relevante em termos prospectivos constante do Balanço de 2012 indica que, no ano, a entrada de atos de concentração foi inferior à saída, o que implica a redução no estoque pendente da lei antiga.

²¹⁵ MUNHOZ afirma que “O sistema concorrencial de um país, no entanto, não se resume à legislação de concorrência em vigor. Isso é verdade principalmente em relação aos PEDs [países em desenvolvimento], que na maior parte das vezes não possuem um ambiente institucional propício à promoção de manutenção da concorrência no mercado”. MUNHOZ, Caroline Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 166.

²¹⁶ FERREIRA e ZUCCOLO sintetizam que “Crucial changes are being introduced – in particular in terms of institutional design – and should be praised”. FERREIRA, Ana Bátia Glenk; ZUCCOLO, Renata Fonseca. Introduction of pre-merger review system in Brazil: main changes and challenges. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 78-86, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 67.

²¹⁷ CRUZ, Patrick. Um Começo Promissor: em pouco mais de dois meses, o Supercade vence o ceticismo e estreia aprovando aquisições de empresas em tempo recorde. A economia brasileira agradece. **Revista Exame**, São Paulo, 5 set. 2012. Seção BRASIL: regulação, p. 52-54.

²¹⁸ BRASIL: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanço 2012**. Brasília: CADE, 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20CONSOLIDADO%202012.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Todavia, trata-se de avaliação bastante prematura, porquanto o novo sistema ainda não foi testado por ato de concentração realmente complexo e com forte impacto no mercado. Em 2011, o orçamento da Autarquia foi 11,11% inferior em relação a 2010²¹⁹, demonstrando preocupação aquém da necessária para com a promoção da concorrência. Já em 2012, o orçamento da Autarquia foi incrementado em mais de 100%²²⁰, o que leva à preocupação de como serão investidos estes recursos adicionais, a fim de se obter melhor dinâmica de atuação e melhores resultados do controle. Além disto, a diversidade e a crescente complexidade de operações no mercado certamente imporão desafios peculiares ao novo sistema de defesa da concorrência brasileiro.

À primeira vista, emergem alguns pontos do controle prévio a serem enfrentados pelo CADE nesta nova sistemática. O art. 88 da nova lei dispõe que os atos de concentração “não podem ser consumados antes de apreciados” (§3º) e que “deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas” (§4º), sob pena de nulidade do ato e de multa elevada. A resolução nº 1 do CADE determina, ainda, a manutenção das estruturas físicas e veda a transferência de ativos e a troca de informações concorrencialmente sensíveis. Qual seria, no entanto, o momento exato de “consumação” da operação e quais atos poderiam ser praticados antes da aprovação? Surge, assim, o fenômeno internacionalmente conhecido como *gun jumping*, enfrentado também pela UE. Entende-se por *gun jumping* a prática de atos de consumação da operação antes de sua aprovação pela autoridade antitruste²²¹. O problema exige cuidados das empresas que intencionem um ato de concentração desde o momento das primeiras negociações²²².

GABAN e DOMINGUES sugerem que as empresas se questionem: “o que vocêalaria ao seu concorrente, se não houvesse qualquer operação em andamento?”²²³ Na prática, entretanto, a linha divisória parece bastante tênue. Tamanha complexidade na definição deve constituir preocupação do CADE, sendo crucial a edição *guidelines* para fornecer às empresas referências dos atos que podem ser praticados, a fim de reduzir a insegurança

²¹⁹ BRASIL. **Relatório anual de gestão do CADE de 2011**. Brasília: CADE, 2012.

²²⁰ Passando de 9 para 23 milhões de reais. BRASIL: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanco 2012**. Brasília: CADE, 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20CONSOLIDADO%20%202012.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

²²¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

²²² BELLIBONI, Flávio Lemos. Apresentação prévia de atos de concentração. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XI, nº 263, edição especial: reforma da lei concorrencial brasileira. p. 18, dez. 2007.

²²³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

jurídica. Aliás, OLIVEIRA e RODAS, à luz de experiências estrangeiras, já indicavam a importância de roteiros de análise de atos de concentração como forma de garantir maior previsibilidade e possibilidade de planejamento pelo setor privado²²⁴.

Aponta-se a importância de familiarização das empresas com os parâmetros legais e com a jurisprudência da autoridade, bem como de celebração de *non disclosure agreements* e de compatibilização de eventual *due dilligence*²²⁵, na qual o câmbio de informações é indispensável. Unificação do centro de decisões, alocação de clientes e paralisação do marketing competitivo são exemplos de atos incompatíveis com a proibição²²⁶. Outrossim, pode afetar a concorrência a troca de informações confidenciais sensíveis, que encorajem vantagem competitiva, reduzam a concorrência em caso de não consumação da operação e outras não condizentes com a normalidade de uma *due dilligence* (como listas de clientes e de preços)²²⁷. Por outro lado, informações públicas gerais não implicariam infração à norma, tais como informações gerais (i) financeiras, (ii) gerenciais, (iii) sobre linhas de produção, (iv) sobre processamento de dados e (v) de recursos humanos²²⁸.

O veto presidencial da previsão de aprovação automática pela não apreciação do ato no prazo previsto também pode implicar séria dificuldade ao cumprimento dos prazos pela autoridade, incrementando os custos de transação envolvidos. Com vistas a contornar tal dificuldade, a doutrina chegou a sugerir a utilização do art. 59, § 1º, da nova lei, pelo qual pode o Conselheiro-Relator autorizar a operação, de forma liminar e precária, mediante restrições que preservem a sua reversibilidade, como meio de minimizar os danos advindos da espera²²⁹, de forma excepcional, sob pena de se inverter a lógica do sistema. Não obstante, independentemente do veto, o CADE, em seu Regimento Interno (art. 133), previu a aprovação automática pela não apreciação no prazo previsto, o que, apesar de aliviar a tensão criada com o veto, ainda pode suscitar questionamentos sobre sua aplicabilidade pela doutrina e pelos Tribunais.

²²⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 88.

²²⁵ VIGDOR, William R. (ed.). **Premerger Coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange**. Chicago: ABA Books, 2006. p. 186

²²⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

²²⁷ VIGDOR, William R. (ed.). **Premerger Coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange**. Chicago: ABA Books, 2006.

²²⁸ VIGDOR, William R. (ed.). **Premerger Coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange**. Chicago: ABA Books, 2006. p. 187-192.

²²⁹ FERREIRA, Ana Bátia Glenk; ZUCCOLO, Renata Fonseca. Introduction of pre-merger review system in Brazil: main changes and challenges. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 78-86, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 85.

Outra dificuldade que pode afetar as empresas no tocante à obrigatoriedade de notificação prévia e, mais especificamente, de fornecimento das informações necessárias para análise da operação, reside na identificação do grupo econômico da empresa envolvida. A Resolução nº 2 do CADE prevê que integra o grupo todas as empresas sob o controle comum ou em que estas empresas possuam 20% ou mais do capital social ou votante, o que pode significar considerável facilidade de preenchimento do patamar mínimo²³⁰. Porém, caso o critério não se mostre adequado ao sistema de controle, bastaria a alteração da Resolução.

Algumas espécies de operações também ganham particular relevância neste contexto de aperfeiçoamento da lei antitruste. Os fundos de investimento, em especial de *private equities*, têm atuado cada vez mais intensamente no mercado brasileiro²³¹, trazendo diversos benefícios em termos de inovação e desenvolvimento. Atualmente, conforme previsto na Resolução nº 2 do CADE, tais operações submetem-se ao controle de estruturas, em razão da interferência dos fundos no controle da companhia investida. Em voto proferido em maio de 2012, o Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, ao conhecer da operação realizada entre o fundo Rio Bravo Energia I e a Servtec Investimentos e Participações Ltda., destacou o fato de “[...] que tais fundos são constituídos para participarem no processo decisório da companhia investida”²³². Devido às peculiaridades desta espécie de operação, distintas de fusões entre concorrentes, é importante que o controle prévio lhes dedique tratamento diferenciado, evitando a imposição de excessivos custos de transação²³³, e análise técnica de seus efeitos.

Outra espécie de operação que merece atenção são as *joint ventures*, as quais podem ser classificadas em cooperativas e concentracionistas, conforme a relação mercadológica

²³⁰ Parte da doutrina entende que o critério de 20% poderia inviabilizar operações de mero investimento e aumento o número de atos sujeitos ao crivo do CADE, enquanto outra parte sustenta a necessidade de cautela em casos de empresas cujo planejamento sofre influência significativa de acionista comum. REVISTA CAPITAL ABERTO. **O gatilho de 20% determinado pelo Cade para definir participação relevante é adequado?** Ano 10, nº 111, Seção Antítese, nov. 2012.

²³¹ Em seu voto, o Conselheiro afirma que “[...] em 2007, os fundos de private equity estiveram presentes em 15,3% dos negócios realizados no Brasil, havendo um crescimento de 72% de participação em relação ao ano anterior, notando-se, ainda, que, de 2005 para 2006, esse crescimento foi de 146%”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis no Ato de Concentração nº 08012.009044/2011/39**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/temp/t2911201218441937.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012. p. 3.

²³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis no Ato de Concentração nº 08012.009044/2011/39**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/temp/t2911201218441937.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012. p. 4.

²³³ OLIVEIRA E RODAS já constatavam, mediante análise de jurisdições estrangeiras, justificada preocupação com o custo de implementação da defesa da concorrência e com o impacto do controle de estruturas no mercado. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 81.

assumida entre a *joint venture* e as empresas participantes²³⁴. Ambas as espécies merecem tratamento concorrencial, mas de formas distintas. Segundo SALOMÃO FILHO, operações concentracionistas afetam mais diretamente a concorrência, porquanto retiram concorrente do mercado, enquanto, nas cooperativas, a restrição depende da natureza do contrato. O autor adverte, entretanto, que uma *joint venture* cooperativa pode encobrir um cartel²³⁵.

Na UE, as *joint ventures* concentracionistas submetiam-se ao controle de concentrações do Regulamento nº 4.064/89, cuja verificação acabava sendo mais célere, enquanto as cooperativas eram objeto do então art. 81 do TCE (atual art. 101 do TFUE) e do Regulamento nº 17/62, através de processo moroso²³⁶. Assim, as *joint ventures* de natureza cooperativa, apesar de menos prejudiciais à concorrência, tinham aprovação demasiadamente custosa antes da edição do Regulamento nº 1/2003.

No Brasil, o problema verificado foi outro, na medida em que, apesar de suas consequências distintas na ordem concorrencial, ambos os tipos de *joint ventures* recebiam tratamento idêntico na vigência da Lei 8.884/94, como ficou evidenciado no Ato de Concentração 08012.007.871/97-79, em que, apesar do nítido viés de cooperação, devido à ausência de concentração de poder, a análise centrou-se em aspectos concentracionistas, não analisando outros fatores relevantes²³⁷. Todavia, o novo sistema, além de incluir as *joint ventures* no controle de estruturas, prevê a acertada aplicação de procedimento sumário às meramente cooperativas, facilitando sua apreciação e aprovação (Resolução nº 2 do CADE), sem alargar excessivamente o conceito de concentração.

Os desafios que a nova lei, diante do atual momento da economia brasileira, apresentará à autoridade concorrencial não são poucos. Mesmo assim, ante os instrumentos e ferramentas²³⁸ que acompanharam a instituição do controle prévio no Brasil, as perspectivas de eficiência do controle podem ser consideradas otimistas. ANDRADE e CORDEIRO visualizam na nova disciplina de concentrações forte inspiração do Regulamento n.

²³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 335.

²³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 333-337.

²³⁶ SANTA MARIA, Alberto. **Diritto Commerciale Comunitario**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 1995. p. 431

²³⁷ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 238-330.

²³⁸ Segundo dados do CADE, em 2012, o número de acordos de leniência celebrados foi o maior dos últimos 10 anos, contribuindo para a eficácia do controle de condutas. BRASIL: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanço 2012**. Brasília: CADE, 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20CONSOLIDADO%20202012.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

139/2004, que rege o tema na UE²³⁹. Alguns pontos, entretanto, ainda merecem melhor tratamento pelo CADE. O maior avanço do novo sistema é também o seu maior desafio, a instituição do controle prévio de estruturas²⁴⁰, que deve ser enfrentado como uma oportunidade de evolução. O modo como o CADE se comportará diante de operações situadas em área cinzenta entre os controles de estruturas e de condutas influenciará sobremaneira o sucesso do controle *ex ante* de concentrações, inclusive no que tange a operações que não constituam ameaça significativa à concorrência.

Neste momento de reforma, bastante semelhante do momento vivido pela UE em 2004, mostra-se imprescindível um corpo técnico numeroso e qualificado, com conhecimento de Economia e Direito²⁴¹, do mesmo modo que o recurso a resoluções, súmulas e guias de orientação será essencial para esclarecer as controvérsias que certamente surgirão. Outrossim, a promoção da cultura da concorrência, tanto no âmbito empresarial quanto no âmbito acadêmico, deverá receber atenção especial na adaptação do setor privado. Como bem acentuou MUNHOZ, o sistema concorrencial não se resume à legislação em vigor, sendo imperioso um ambiente institucional propício à promoção da concorrência, principalmente em países em desenvolvimento²⁴². A transparência dos procedimentos pode propiciar processos mais céleres, decisões mais técnicas e maior aceitação das decisões.

Primeiro, porque a autoridade concorrencial deverá estar apta a encaminhar e apreciar as notificações de forma eficiente e célere, a fim de não inviabilizar o desenvolvimento da economia interna, dados os efeitos muitas vezes benéficos e até necessários dos atos de concentração. Neste ponto, os objetivos da nova lei brasileira em muito se assemelham aos objetivos das reformas analisadas na UE, quais sejam, um controle concorrencial mais célere e eficiente²⁴³, sobretudo através da melhor alocação de recursos. Segundo, porque torna-se

²³⁹ ANDRADE, Maria Cecília; CORDEIRO, Adriana Rocha. A reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Projeto de lei nº 6/2009. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 27-34, nov. 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_27.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012. p. 30.

²⁴⁰ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**: teoria e prática dos atos de concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 59.

²⁴¹ Atualmente, o CADE é composto por conselheiros com formação em Economia e conselheiros com formação jurídica.

²⁴² MUNHOZ, Caroline Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 166.

²⁴³ Inferem COELHO e MAFRA que as mudanças objetivam principalmente acelerar e incrementar as decisões do CADE e garantir eficiência na análise dos casos, concentrando as funções em órgão único. COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. Antitrust Policy in Brazil: the changes and challenges of the new antitrust Law. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31. p. 103-108, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012. p. 108.

essencial a participação de profissionais capacitados em todas as fases da atividade empresarial, desde a etapa negocial, passando pelos primeiros documentos vinculativos e pela notificação ao CADE, até a consumação da operação²⁴⁴. Exemplo disto é a necessidade de cláusulas de alocação da responsabilidade por eventual não aprovação da operação, de cooperação para fornecimento de informações necessárias à aprovação e de responsabilidade pelos custos de notificação. Terceiro, porque a conscientização da sociedade acerca das práticas restritivas e do papel da concorrência pode fortalecer a aplicação do direito antitruste²⁴⁵ e sua compatibilização com o desenvolvimento.

Em face da maturidade institucional adquirida pela defesa da concorrência no Brasil, a nova forma de controle concorrencial, mais especificamente do controle de concentrações, deve ser harmonizada com a política econômica, sem que uma elimine os objetivos da outra. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a política econômica e a defesa da concorrência podem ser mecanismos complementares, com vistas à promoção da liberdade de concorrência, entendida tanto como valor quanto como instrumento voltado ao desenvolvimento.

²⁴⁴ VIGDOR, William R. (ed.). **Premerger Coordination**: the emerging law of gun jumping and information exchange. Chicago: ABA Books, 2006. p. 184 e seguintes.

²⁴⁵ No dizer de MUNHOZ, “É importante promover a conscientização não apenas dos agentes no mercado, mas também da população em geral, sobre o que constitui a concorrência, quais são os seus benefícios e as implicações de medidas que dificultam o processo competitivo”. MUNHOZ, Caroline Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 167.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento antitruste da UE há muito dispunha de controle prévio de concentrações, embora paralelamente a um controle de condutas também realizado de forma majoritariamente prévia por muito tempo. As reformas empregadas na década de 2000 foram de grande valia à evolução do tratamento do direito concorrencial, demonstrando destacada preocupação no que concerne à criação de um ambiente institucional propício à promoção da concorrência. Nessa toada, atualmente, o sistema de defesa da concorrência na UE consubstancia-se no controle prévio de estruturas e no controle de condutas *a posteriori*, cada qual sustentado por mecanismos específicos de aplicação e reforçado pela disseminação de cultura concorrencial.

Isso porque o controle *ex ante* de estruturas demonstrou possibilitar um controle preventivo mais eficaz, proporcionando, ao mesmo tempo, segurança jurídica às empresas. No mais, o controle preventivo de estruturas mostra-se de grande importância também para a eficácia do controle de condutas anticoncorrenciais, na medida em que, aplicado adequadamente, permite a concentração de recursos nos casos mais complexos e danosos, além de evitar o surgimento de empresas alheias às condições de mercado e com ampla capacidade de afetar a ordem concorrencial.

No Brasil, contraditoriamente à finalidade repressiva e preventiva prevista pela Lei 8.884/94, o antigo sistema antitruste fundava-se apenas no controle *ex post* de condutas e estruturas. Apesar da obrigatoriedade de notificação de atos prejudiciais à concorrência, inexistia previsão de suspensão dos atos notificados, de maneira que o controle era sempre realizado *a posteriori*. Além da previsão de controle *ex post*, a amplitude terminológica da exigência de notificação destinava tratamento semelhante a verdadeiras operações de concentração e acordos de cooperação entre empresas, inclusive cartéis, acarretando dificuldades práticas de aplicação da lei. A introdução do controle prévio de estruturas pela nova lei antitruste determina que os atos de concentração não possam ser consumados antes de aprovados pela autoridade concorrencial brasileira, o CADE. Já no que diz respeito ao controle de condutas anticoncorrenciais, a nova lei trouxe apenas pequenas modificações, mantendo o formato do sistema de controle *ex post*.

Destarte, em que pese por caminhos distintos, verifica-se a aproximação entre os sistemas de controle antitruste no Brasil e na UE. Atualmente, em ambos os sistemas, os comportamentos anticoncorrenciais são objeto de investigação e apuração posterior à sua

prática, visando à sua repressão e penalização. De outro lado, as operações de concentração tidas como relevantes sujeitam-se à obrigatoriedade de notificação e aprovação prévias, por parte das autoridades concorrenciais, para sua consumação.

Com efeito, o tratamento distinto às estruturas de mercado e aos comportamentos das empresas carece da definição do âmbito de incidência do controle de estruturas e do controle de condutas, o que passa necessariamente pelo conceito que se atribui ao termo “ato de concentração”. Também nesse tocante, a nova lei antitruste brasileira convergiu no mesmo sentido da experiência comunitária europeia, como se percebe do rol de operações consideradas como atos de concentração pelo art. 90 da Lei 12.529/2011, muito semelhante ao rol presente no Regulamento nº 139/2004 no ordenamento comunitário europeu.

Igualmente, a alteração promovida pela nova lei antitruste brasileira nos critérios exigidos para notificação dos atos de concentração eliminou o critério considerado demasiadamente subjetivo e sujeito à divergência, concentrando o filtro exclusivamente em critérios objetivos, a fim de assegurar maior segurança jurídica aos administrados, em consonância com o ordenamento europeu.

No entanto, o estudo da experiência europeia ao longo das reformas aponta que a implantação do sistema de controle prévio de estruturas depende de um ambiente concorrencial como um todo. A simplificação dos procedimentos de análise foi tema recorrente tanto nas reformas no âmbito da UE quanto na edição da nova lei antitruste brasileira. Nesse contexto, a reestruturação do SBDC e o novo desenho institucional adotado objetivam justamente a transparência e a celeridade dos procedimentos. Do mesmo modo, a utilização de procedimentos diferenciados – simplificado ou sumário – mostrou-se bastante eficiente na evolução da matéria na experiência da UE, razão pela qual recebe atenção especial da nova lei brasileira.

Ademais, a impossibilidade de consumação da operação de concentração antes da aprovação da autoridade demanda nova abordagem negocial e contratual pelas empresas interessadas, mediante documentos vinculativos que protejam as empresas, aloquem responsabilidades e evitem a consumação de atos ou o câmbio de informações que possam afetar a competitividade no mercado. Com isto, as empresas e os profissionais do Direito atuantes na área adquirem maior responsabilidade na promoção da concorrência, principalmente para a celeridade dos procedimentos, para o que devem estar preparados.

O escopo do presente estudo cinge-se, no entanto, à análise do panorama geral da instituição do controle prévio de estruturas no Brasil, bem como da respectiva necessidade de

promoção de um ambiente institucional completo para a evolução do trato da concorrência, de modo que o detalhamento acerca das origens e consequências de cada ponto específico da novel legislação possivelmente demandaria trabalho exclusivamente com esta finalidade.

Não obstante, pôde-se constatar que a promoção da concorrência não se esgota na legislação, sendo necessária a atuação compatível das autoridades concorrenciais e da política econômica governamental, de maneira complementar. A política econômica pode enfraquecer a defesa da concorrência ou reforçá-la, a depender de seu enfoque. A harmonização entre a proteção da ordem concorrencial e a política de eficiência econômica possui o condão de viabilizar e otimizar a liberdade de concorrência no mercado, instrumento fundamental ao desenvolvimento, entendido não apenas em sua dimensão econômica, mas também política e social, sobretudo em tempos de crise econômica internacional.

Somente o tempo poderá dizer sobre o sucesso do controle prévio de estruturas no Brasil. Resta, no entanto, a conclusão de que o alinhamento do sistema concorrencial brasileiro aos sistemas mais evoluídos e experimentados – como é o caso da UE –, mediante a instituição do controle prévio de estruturas, aliado ao reforço do controle posterior de condutas, pode contribuir significativamente com a defesa da concorrência em termos de efetividade e segurança jurídica. De qualquer sorte, exsurtem, desde logo, desafios à atuação das autoridades brasileiras, haja vista que tal sistemática apresenta exigências próprias e distintas da sistemática anterior, merecendo destaque o risco de entrave da atividade empresarial no País como decorrência da demora no processamento de notificações. Outros tantos desafios certamente surgirão com o amadurecimento da nova lei e a crescente complexidade de operações no mercado. A introdução de mecanismos de suporte e viabilização do exercício do controle prévio de estruturas pela nova lei antitruste brasileira terá vital importância nas perspectivas da defesa e promoção da concorrência, cujo sucesso certamente dependerá de árduo trabalho neste período de adaptação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da concorrência nas Comunidades Européias**. 2. ed, atual. e ampl.. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

AMARAL, Marcelo Quevedo do. Análise da evolução do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência à luz da experiência internacional. In: BRASIL: Ministério da Fazenda e Secretaria de Acompanhamento Econômico. **II Prêmio SEAE**: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica de 2007. Brasília: SEAE, 2009. p. 663-720.

ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitário e a aplicação do art. 54 da lei 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002.

_____; CORDEIRO, Adriana Rocha. A reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Projeto de lei nº 6/2009. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 27-34, nov. 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_27.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BELLIBONI, Flávio Lemos. Apresentação prévia de atos de concentração. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XI, nº 263, edição especial: reforma da lei concorrencial brasileira. p. 18, dez. 2007.

BRASIL: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Balanço 2012**. Brasília: CADE, 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%20CONSOLIDADO%202012.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. **Relatório anual de gestão do CADE de 2003**. Brasília: CADE, 2004.

_____. **Relatório anual de gestão do CADE de 2011**. Brasília: CADE, 2012.

_____. **Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis no Ato de Concentração nº 08012.009044/2011/39**. Brasília, 2012. p. 3. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/temp/t2911201218441937.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.937 de 2004. **Planalto: Comissão Especial de Defesa da Concorrência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/3937%20final.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPOS, João Luiz Mota de; CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. 4. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Tomo I. Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009.

COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. Antitrust Policy in Brazil: the changes and challenges of the new antitrust Law. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31. p. 103-108, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

COMUNIDADE Europeia: Comissão. **Relatório sobre a política de concorrência 2005**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2006.

_____. **Relatório sobre a política de concorrência 2006**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2007.

_____. **Relatório sobre a política de concorrência 2007**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2008.

_____. **Relatório sobre a política de concorrência 2008**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2009.

_____. **Relatório sobre a política de concorrência 2009**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2010.

_____. **Relatório sobre a política de concorrência 2010**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2011.

_____. **Relatório sobre a política de concorrência 2011**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2012.

_____. **Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 1/2003**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2009.

_____. **Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 139/2004**. Luxemburgo: Comunidades Europeias, 2009.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ, Patrick. Um Começo Promissor: em pouco mais de dois meses, o Supercade vence o ceticismo e estreia aprovando aquisições de empresas em tempo recorde. A economia brasileira agradece. **Revista Exame**, São Paulo, 5 set. 2012. Seção BRASIL: regulação, p. 52-54.

EUROPEAN UNION: Commission. **Case COMP/M.5675**: Syngenta/ Negocio Semillas Girasol Monsanto. Brussels: European Union, 2009. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5675_20091112_201310_84414_5_EN.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

_____. **Case 730/79 - Judgment of the Court of 17 September 1980:** Philip Morris Holland BV v. Commission of the European Communities. - Aid to a cigarette manufacturer. Luxembourg: European Union, 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0730:EN:HTML>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. **Compliance Matters:** What companies can do better to respect EU competition rules, Brussels: European Union, 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/>>. Acesso em: 19 out. 2012.

EUROPEAN UNION: Press Release. **Commission clears Syngenta's acquisition of Monsanto's sunflower seed business, subject to conditions**, Mergers, Brussels, 17 nov. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1515_en.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Apresentação prévia de atos de concentração. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XI, nº 263, edição especial: reforma da lei concorrencial brasileira, p. 18, dez. 2007.

_____; TITO, Fabiana. Desafios e consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 15-21, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

FERREIRA, Ana Bátia Glenk; ZUCCOLO, Renata Fonseca. Introduction of pre-merger review system in Brazil: main changes and challenges. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 78-86, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

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

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GÓMEZ TRINIDAD, Sílvia. La evolución del ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de los artículos 81 y 82 Tratado CE: Del Reglamento 17/62 al Reglamento 1/2003 y algunas cuestiones sobre la finalización del procedimiento comunitario. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 22, p. 172-187, nov. 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_22.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012.

GRAU, Eros Roberto; Forgioni, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

_____. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. El derecho comunitario de concurrencia frente al nuevo reglamento nº 1/2003. **Revista Nova Tesis: doctrina y jurisprudencia**, Rosario, v. I, set.-dic. 2004.

_____. **Mercado comum e interno e liberdades econômicas fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. 2004, um ano de reformas na comunidade européia: a reforma do regulamento nº17/1962 pelo de nº 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 19, p. 69-83, nov. 2004.

KRUGER, Alessandra. **Cinco Anos da Reforma Modernizadora do Direito Comunitário da Concorrência**. 2008. 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MARTELLINI, Maria. **L'impresa tra regolamentazione e concorrenza**. Milano: Edizioni Giuridiche Economiche Azuendali dell'Università Bocconi e Giuffrè editori spa - EGEA, 1990.

MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, Andre Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Editora Singular, 2011. p. 21-59.

MATTOS, Ubiratan. Apresentação prévia de atos de concentração. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XI, nº 263, edição especial: reforma da lei concorrencial brasileira p. 19, dez. 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MONTI, Mario. **Speech made at the CBI Conference on Competition Law Reform London**, June 12, 2000. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2000_008_en.html>. Acesso em: 20 sep. 2012.

MORAIS, Rafael Pinho de; SALGADO, Lucia Helena. The new Brazilian Antitrust Law: beyond the basics. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31. p. 62-69, abr. 2012.

MUNHOZ, Caroline Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

OECD. **Competition policy and regulatory reform in Brazil**: a progress report. Paris: OECD, 2000. p. 1-2. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/OECD_2000_Report.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIVIÈRE MARTÍ, Juan Antonio. Competition policy in times of global crises. **Boletim Latino-americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 29, jun. 2011. p. 85-95. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_29.pdf>. Acesso em: 3 dez 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SANTA MARIA, Alberto. **Diritto Commerciale Comunitario**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 1995.

SCHNEIDER, Andressa C. Aspectos do controle de atos de concentração e da tutela do consumidor: cotejo entre as Leis 8.884/1994 e 12.529/2011. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 31, p. 69-77, abr. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Interfaces entre defesa da concorrência e política industrial: o desafio dos campeões nacionais no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, Brasília, v. 20, p. 297, jul. 2011.

TORICES, Javier Berasategi. Modelos Descentralizados de Defesa de la Competencia. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 26. p. 69-77, nov. 2009.

UNIÃO EUROPEIA: Jornal Oficial. **Resumo da Decisão da Comissão de 22 de Junho de 2011 relativa a um procedimento de aplicação do artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Processo COMP/39.525 — Telekomunikacja Polska)**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:324:0007:0010:PT:PDF>>. Acesso em: 30 out. 2012.

VIGDOR, William R. (ed.). **Premerger Coordination**: the emerging law of gun jumping and information exchange. Chicago: ABA Books, 2006.

ZIEBARTH, José Antônio Batista de Moura. Uma nova lei antitruste no Brasil. 2012. In: **PALESTRA REALIZADA NA PONTIFÍCA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL** em 22 jun. 2012.