



**Principais Modificações e Impactos para as Agências
Reguladoras decorrentes da Lei n.º 12.529/2011
(Lei de Defesa da Concorrência)**

**Coordenadoria de Defesa da Concorrência
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis**

Autor:
Douglas Pereira Pedra

Coordenadora de Defesa da Concorrência:
Lúcia Maria Navegantes de Oliveira Bicalho

10 de janeiro de 2013.

Principais Modificações e Impactos para as Agências Reguladoras decorrentes da Lei n.º 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência)¹

Douglas Pereira Pedra

I. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.529/2011 introduziu mudanças estruturais no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)², composto pelos órgãos responsáveis pela aplicação das normas de Defesa da Concorrência, estabelecendo alterações nos processos tanto de análises de atos de concentração, quanto de investigação de condutas anticompetitivas.

Tais alterações tiveram por objetivo principal minimizar os problemas referentes à lentidão e à burocracia dos processos, a análises desenvolvidas por mais de uma instituição e à notificação dos atos de concentração com efeitos pouco representativos no ambiente econômico.

Do ponto de vista organizacional, as principais mudanças podem ser resumidas a partir das atribuições de dois órgãos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que será composto (i) pela Superintendência-Geral responsável pela investigação e análise de atos de concentração e de práticas anticompetitivas, (ii) pelo Departamento de Estudos Econômicos responsável pela preparação de estudos e pareceres e (iii) pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, responsável pelo julgamento dos processos, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, a quem caberá a advocacia da concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade.

Do prisma do direito material e procedimental, mudanças importantes foram feitas afetando tanto as análises de atos de concentração (função preventiva), quanto de investigação de condutas anticompetitivas (função repressiva).

Do ponto de vista da relação com as agências reguladoras, a implementação do novo desenho institucional para a defesa da concorrência no Brasil, promovendo significativas mudanças estruturais nos órgãos responsáveis pela aplicação das normas de Defesa da Concorrência, tanto nos processos de análises de atos de concentração, quanto nos de investigação de condutas

¹ Originalmente elaborado como Nota Técnica nº 003/2013/CDC.

² O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sob a égide da Lei n.º 8.884/94 (antiga lei brasileira de Defesa da Concorrência) era composto por três órgãos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda.

anticompetitivas, traz implicações para as agências reguladoras setoriais, uma vez que tais regras exigem a negociação de acordos de cooperação entre as Agências e os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil.

O estabelecimento de um novo papel institucional para a SEAE gera impacto expressivo na relação com as agências reguladoras, uma vez que, segundo o modelo organizacional proposto, a função principal do novo CADE será de aplicar a Lei de Defesa da Concorrência e a função da SEAE estará centralizada na promoção da concorrência junto aos órgãos de governo e à sociedade, nos diversos setores da atividade econômica, com ênfase na análise dos mercados regulados.

A SEAE, entre outras atribuições, deverá: emitir opinião sobre as normas submetidas à consulta pública pelas agências reguladoras, nos aspectos concernentes à promoção da concorrência; elaborar estudos avaliando a situação de setores específicos (regulados ou não); e analisar, elaborar estudos e propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que afetem ou possam afetar a concorrência no País.

A presente Nota Técnica é composta por seis seções. Uma introdução, seguida da segunda seção que apresenta as principais modificações do ponto de vista organizacional e de funcionamento do SBDC. A terceira seção traz esclarecimentos acerca das modificações materiais e procedimentais no que tange aos processos tanto de análises de atos de concentração e de investigação de condutas anticompetitivas e seus impactos na relação com as agências reguladoras. A quarta seção aborda as novas atribuições da SEAE e seus impactos na relação entre este órgão e as agências reguladoras, em especial no exercício da advocacia da concorrência quando da análise de minutas de atos regulatórios das agências. A quinta seção contém pontos de interesse do CADE e da ANP relativos à elaboração de acordo de cooperação técnica decorrente da legislação vigente. Por fim, a sexta seção apresentará as conclusões preliminares.

II. A ESTRUTURA DO SBDC E SEU FUNCIONAMENTO

Do ponto de vista organizacional, a Lei 12.529/2011, institucionaliza a sistematização das atribuições e funcionamento dos entes públicos responsáveis pela aplicação das normas de Defesa da Concorrência no Brasil, por meio da estruturação legal do chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), nomenclatura que, embora de uso corrente, até então, não contava com previsão legal.

O Título II da nova Lei é dedicado ao SBDC e estabelece que sua composição é formada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

O CADE é entidade julgante com jurisdição em todo o território nacional e constitui-se em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça. Sua estrutura organizacional é composta por três órgãos, a saber: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) Superintendência-Geral; e (iii) Departamentos de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE) é órgão julgante da estrutura do CADE que funciona em regime de colegiado e tem como membros um Presidente e seis Conselheiros, com mandato de quatro anos, não coincidentes, sendo-lhes vedada a recondução, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal.

As atribuições do TADE encontram-se descritas no art. 9.º da Lei 12.529/2011, dentre as quais destacamos as seguintes: (i) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; (ii) decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; (iii) apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma da Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; e (iv) determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões.

Ao Presidente do TADE compete a representação legal do CADE, além de presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário, dentre outras atribuições previstas no art. 10 da Lei 12.529/2011. Aos Conselheiros do TADE competem as atribuições previstas no art. 11 da mesma Lei, das quais destacamos as de (i) emitir voto nos processos e questões submetidas ao Tribunal; (ii) proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores; e (iii) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias.

Em relação à estrutura organizacional estabelecida pela antiga Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94), o TADE exerce as funções que anteriormente eram atribuídas ao antigo CADE.

A Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE), por sua vez herdou as atribuições relacionadas à Defesa Econômica anteriormente acometidas

à Secretaria de Direito Econômico (SDE), acrescidas por um rol de novas atribuições que lhe atribui poderes mais amplos do que aqueles que detinha aquela Secretaria. Suas atribuições encontram-se descritas no art. 13 da Lei 12.529/2011, dentre as quais destacamos as seguintes: (i) zelar pelo cumprimento da Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; (ii) acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica; (iii) promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (iv) decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; (v) instaurar e instruir os processos e procedimentos administrativos previstos na Lei; (vi) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas; (vii) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas (viii) realizar inspeção na empresa investigada; (viii) requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (ix) adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário do TADE.

A SG/CADE é chefiada pelo Superintendente-Geral e conta com dois Superintendentes-Adjuntos indicados por aquele. O Superintendente-Geral, por sua vez, é nomeado pelo Presidente da República, após a obtenção de aprovação pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos, permitida a recondução por um único período subsequente.

O terceiro órgão que integra a estrutura do CADE é o Departamento de Estudos Econômicos (DEE/CADE) a quem compete elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

O DEE/CADE é chefiado pelo Economista-Chefe do CADE cuja nomeação será feita em conjunto pelo Presidente do TADE e pelo Superintendente-Geral.

Funcionam junto ao CADE, ainda, uma representação do Ministério Público Federal, cujo representante é indicado pelo Procurador-Geral da República, assim como uma Procuradoria Federal, chefiada por um Procurador-Chefe nomeado para um mandato de dois anos pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal.

O Superintendente-Geral, o Economista-Chefe, o Procurador-Chefe e o representante do Ministério Público Federal junto ao CADE poderão participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto.

Além do CADE, de acordo com a Lei 12.529/2011, integra o SBDC a Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão do Ministério da Fazenda cujas atribuições encontram-se descritas no artigo 19 daquela Lei e que passou a se dedicar essencialmente à promoção da advocacia da concorrência junto a entes públicos e perante a sociedade em geral.

III. MODIFICAÇÕES MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES REPRESSIVA E PREVENTIVA NA LEI 12.529/2011 E SEUS IMPACTOS PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS

No Brasil, as agências reguladoras têm atribuição legal de promover a livre concorrência no exercício de suas funções regulatórias e tal competência é exercida via de regra por meio da análise dos efeitos das normas regulatórias editadas pelas agências sobre a concorrência nos mercados regulados, bem como por meio do monitoramento dos comportamentos dos agentes regulados que detêm posição dominante, com vistas à prevenção regulatória de seu exercício abusivo.

O papel das agências reguladoras na defesa da concorrência, i.e. aplicação da Lei de Defesa da Concorrência é essencialmente de subsidiar o SBDC com dados, informações, análises e indícios de possíveis práticas infrativas da ordem econômica, auxiliando o CADE e a SEAE na persecução dos objetivos da Lei Antitruste.

A Lei 12.529/2011 trouxe modificações materiais e procedimentais relativas tanto à repressão quanto à prevenção das infrações contra a ordem econômica. Tais modificações, de diferentes maneiras, impõem às agências reguladoras e ao CADE desafios institucionais relacionados à sua implementação nos mercados regulados pelas agências, conforme será apresentado nas subseções a seguir.

III.1 O Exercício da Função Repressiva na Lei 12.529/2011 e seus Impactos para as Agências Reguladoras

Do ponto de vista material, a Lei 12.529/2011 trouxe poucas modificações em relação ao disposto na Lei 8.884/94. De fato, a tipificação da infração da ordem econômica manteve-se inalterada, encontrando-se a mesma descrita no *caput* do art. 36, e seus incisos de I a IV, conforme transcrito:

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

Houve, ainda, pequenas modificações no rol exemplificativo de condutas que podem constituir uma infração, descritas no § 3º do mesmo art. 36, sem que das mesmas decorram impactos jurídicos significativos, na medida em que as mesmas são tão somente exemplos de práticas às quais *a priori* não se pode atribuir caráter infrativo, sendo necessário, para tanto, que sejam verificadas as hipóteses do *caput* do art. 36.

No que diz respeito às penalidades previstas na Lei, merece destaque a redução dos parâmetros para o cálculo das penas de multa a serem aplicadas às empresas e aos seus administradores em caso de condenação por infração da ordem econômica, conforme estabelecidos no art. 37 da Lei 12.529/2011.

Sob a lei anterior (Lei n.º 8.884/94), a multa aplicável às empresas variava de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do faturamento bruto no Brasil do grupo econômico, no seu último exercício. A Lei atual prevê para a empresa multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, quando for possível sua estimação.

No caso dos administradores, a multa prevista na lei antiga variava entre 1% (um por cento) a 50% (cinquenta a por cento) do valor da multa aplicável à empresa, ao passo que o atual texto legal prevê multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa.

Como se vê, multa a ser aplicada a empresas e administradores passou a ser calculada por meio da incidência percentual sobre o faturamento não mais do grupo como um todo, mas sim sobre o faturamento do grupo econômico

no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, quando for possível tal estimativa. Tal fato exige das agências reguladoras, como órgãos a quem compete a gestão das informações econômicas das indústrias reguladas, um direcionamento de seus métodos de gestão informacional, de maneira a tornar possível a segregação de informações de comercialização pelos agentes econômicos por ramos de atividades e mercados relevantes, para assegurar a correta aplicação das penas de multa pelo CADE, bem como para garantir o direito dos agentes econômicos apenados à correta graduação das penalidades legais em que venham a incorrer.

Além disso, ao rol de penalidades extraordinárias que podem ser determinadas pelo CADE sem prejuízo da aplicação da pena de multa foi acrescida nova modalidade de penalidade ao administrador, contida no art. 38, VI, da Lei, que prevê a possível aplicação da pena de proibição de exercer o comércio³ em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

Diante da eventual aplicação desta penalidade, caberá às agências reguladoras, nos mercados por elas regulados, negar autorização aos pedidos de exercício de atividades reguladas feitos em nome de indivíduos que se encontrem proibidos de exercer o comércio por decisão do CADE, nos termos da Lei. Para tanto, a medida exige que as agências desenvolvam e detenham sistemas cadastrais voltados à autorização do exercício das atividades reguladas capazes de filtrar a presença de sócios ou representantes que se encontrem cumprindo tal penalidade.

Com relação aos aspectos procedimentais voltados ao exercício da função repressiva pelo CADE, a Lei 12.529/2011 inova ao modificar e ampliar o rol de tipos de procedimentos administrativos que podem ser instaurados pelo CADE no exercício de tal função, de modo que, em relação às análises de condutas anticompetitivas, a Lei prevê a implementação de três espécies de procedimentos administrativos⁴ aos quais se associam diferentes níveis de convicção quanto à presença de indícios de infrações concorrenciais, bem como diferentes conjuntos de consequências administrativas:

- 1) Procedimento preparatório de inquérito administrativo para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do SBDC: cuja análise destina-se a identificar os casos que necessitam de uma investigação formal e aqueles que se referem a denúncias sem fundamentos;

³ Implica proibição de participação na gerência ou na administração de sociedades empresariais, em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica.

⁴ Art. 48, I, II e III.

- 2) Inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica: etapa da investigação que definirá a necessidade de instaurar processo administrativo;
- 3) Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica: partes envolvidas serão notificadas pelo CADE e poderão exercer amplo direito de defesa.

Cabe destacar que a representação de agência reguladora, de alguma Comissão do Congresso Nacional (ou de qualquer de suas Casas), bem como da Procuradoria Federal junto ao CADE ensejará, imediatamente, a instauração de inquérito administrativo ou processo administrativo pela Superintendência-Geral, sem a necessidade de procedimento preparatório⁵.

A Superintendência-Geral tem como uma de suas atribuições o arquivamento de forma definitiva dos procedimentos preparatórios e dos inquéritos administrativos com base na inexistência de provas suficientes para investigar a conduta denunciada.

O texto legal, nesse caso, restringe a possibilidade de questionamento da decisão de arquivamento de inquérito administrativo à eventual avocação pelo Tribunal do CADE de inquérito arquivado pela Superintendência-Geral, apenas por meio de provocação de um de seus Conselheiros⁶. A ausência de previsão no texto legal da possibilidade de as agências reguladoras questionarem a decisão de arquivamento de inquérito administrativo que tenha por objeto mercado por ela regulado, pode restringir o acesso das agências reguladoras ao juízo revisor representado pelo TADE nos casos em que elas, com o intuito de proteger e promover a concorrência nos mercados por elas regulados, forem as autoras da denúncia ao CADE.

Nesse caso, faz-se necessário que, por meio de Acordos de Cooperação entre o CADE e as agências reguladoras, seja feita previsão de mecanismos de comunicação daquele a estas sempre que houver decisão do Superintendente-Geral de arquivamento de inquérito administrativo que cuide de mercado regulado por alguma agência reguladora, do contrário é possível que tal decisão não chegue ao conhecimento dos órgãos reguladores.

III.2 O Exercício da Função Preventiva na Lei 12.529/2011 e seus Impactos para as Agências Reguladoras

⁵ Art. 66, §6.º.

⁶ Art. 67, §1.º.

No que tange à prevenção da ocorrência de práticas infrativas da ordem econômica, a nova Lei de Defesa da Concorrência introduziu um conjunto significativo de modificações de natureza material voltadas para diminuir o tempo de análise pelo CADE das operações de concentração econômica que lhe são submetidas, bem como simplificar os procedimentos necessários para a tal submissão das operações.

Desse modo, busca-se a compatibilização entre o exercício da competência do Estado para prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, por meio da preservação das condições necessárias para a efetiva concorrência entre os agentes de um determinado mercado, com a possibilidade de as empresas buscarem ganhos de eficiência decorrentes das fusões e aquisições inerentes à dinâmica do ambiente econômico, sem que para tanto a burocracia estatal constituam óbice gerador de custos desnecessários.

Nesse sentido, foram implementadas mudanças nos critérios de notificação e nas condições para a realização efetiva de um determinado ato de concentração. As mudanças propostas que se referem aos processos de atos de concentração consistem, resumidamente, em: (1) a transação deverá ser notificada se um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400 milhões e se o outro grupo tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil equivalente ou superior a R\$ 30 milhões⁷; (2) as empresas devem submeter as operações antes do fechamento da transação⁸ e (3) os atos não poderão ser consumados antes de apreciados⁹ e as condições de concorrência entre as empresas envolvidas deverão ser preservadas até a decisão de final sobre a operação¹⁰.

No que diz respeito aos critérios para determinação da obrigatoriedade de notificação das operações, a Lei 12.529/2011 eliminou a detenção de percentual de mercado relevante como fundamento da referida obrigatoriedade passando a existir apenas o critério do faturamento dos envolvidos na operação a ser notificada, conforme artigo 88, transcrito abaixo:

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

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume

⁷ Art. 88, I e II.

⁸ Art. 88, §2º.

⁹ Art. 88, §3º.

¹⁰ Art. 88, §4º.

de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

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

Os valores de faturamento obtido pelos grupos econômicos envolvidos na operação, R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões, por estarem fixados de maneira arbitrária na Lei, podem representar valores excessivamente altos para mercados relevantes de pequeno porte, ou excessivamente pequenos para mercados relevantes de grande porte. Tal fato, pode redundar em falta de notificações de potencialmente lesivas à concorrência, no primeiro caso, bem como em excesso de notificação de operações potencialmente inofensivas à concorrência no segundo caso.

Tome-se como exemplo dois mercados relevantes regulados pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), o de revenda varejista de combustíveis automotivos líquidos e o de exploração e produção de petróleo. O primeiro possui dimensão geográfica circunscrita aos municípios, sendo, como regra, caracterizados pela propriedade local e individual dos postos revendedores, de modo que os valores previstos na Lei tornam improvável a subsunção de qualquer operação de concentração econômicas nesses mercados relevantes. O segundo possui dimensão internacional e é notabilizado pela presença de grandes grupos econômicos com faturamento muito superior aos que se encontram previstos na Lei. Nesse caso, espera-se, nesse mercado relevante, um excesso de notificações de atos de concentração potencialmente inofensivos à livre concorrência.

Para fazer frente a tal questão, a Lei estabelece, no §1º do art.88, a possibilidade de modificação dos parâmetros de faturamento estabelecidos, por meio de ato interministerial, a partir de iniciativa do Plenário do CADE. Os acordos de cooperação técnica a serem firmados entre agências reguladoras e o CADE devem contemplar espaço para que as agências possam provocar o CADE no sentido de identificar os parâmetros de faturamento que melhor se adéquam aos mercados relevantes por elas regulados.

Outra possibilidade trazida pela lei em comento para fazer frente à questão da não submissão de atos de concentração em mercados relevantes de pequeno porte encontra-se em no § 7º de seu art. 88 abaixo transcrito:

“§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”.

A prerrogativa descrita no enunciado legal traz a possibilidade de o CADE requerer a submissão de tais atos de concentração, desde que ocorridos nos últimos 12 (doze) meses. Nos setores regulados, este enunciado legal abre a possibilidade de a respectiva agência reguladora, sempre que julgar conveniente, vir a provocar o CADE no sentido de requerer a submissão à autoridade antitruste de ato de concentração potencialmente lesivo à concorrência que não se enquadre nos critérios de faturamento dos incisos I e II do *caput* do art. 88. A constituição de canal de comunicação entre agências reguladoras e CADE com tal fito deve ser contemplado no escopo de acordo de cooperação entre tais autarquias.

A nova Lei avança substancialmente na explicitação de quais operações devem ser consideradas atos de concentração para fins legais, ao estabelecer, em seu art. 90, que um ato de concentração se realiza quando:

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

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

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

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

O parágrafo único do mesmo artigo, esclarece ainda que os contratos associativos, consórcios e joint ventures, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, não serão considerados atos de concentração para efeitos no artigo em questão. Desse modo, estão excluídas da apreciação pelo CADE tais operações quando destinadas às licitações para contratação, junto às agências reguladoras, de serviços públicos ou de exploração de bens públicos.

O texto do parágrafo em questão traduz preocupação com as particularidades da aplicação da Defesa da Concorrência em leilões, licitações e ofertas públicas, quando se trata de operações realizadas com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

O tema é particularmente caro às agências reguladoras no que diz respeito a sua competência de promoção de licitações de outorga para concessão de serviços públicos e/ou exploração de bens públicos, além de outros leilões voltados às atividades-fim das agências, tais como os leilões públicos de compra de biodiesel promovidos pela ANP.

O dispositivo legal em comento, não excepciona, no entanto, da submissão ao CADE, na qualidade de atos de concentração, as operações que envolvam modificação na titularidade de tais contratos após sua assinatura, tais como cessões de direitos de qualquer natureza que tenham os mesmos por objeto.

O enquadramento das cessões de direito como atos de concentração, passíveis de submissão ao CADE desde que verificados os critérios de faturamento do art. 88, I e II, decorre do fato de tais cessões de direito enquadrarem-se na hipótese do art. 90, II (no caso, aquisição de ativos intangíveis), ao passo que o parágrafo único do art. 90 da Lei n.º 12.529/2011 excepciona da hipótese legal apenas os atos de concentração descritos no art. 90, IV.

Desse modo, faz-se conveniente estabelecer, no âmbito de acordos de cooperação técnica, a comunicação ao CADE pelas agências reguladoras de tais operações de cessão de direitos referentes a contratos firmados entre União e agentes regulados, sempre que as mesmas cheguem ao conhecimento dos órgãos reguladores.

A Lei n.º 12.529/2011 trouxe, ainda, importantes medidas procedimentais voltadas à maior celeridade no trâmite dos processos de ato de concentração.

Conforme estabelecido por este dispositivo legal, a notificação dos atos de concentração passou a ser prévia, ou anterior, à operação, de modo que as empresas devem submeter as operações antes do fechamento da transação e os atos não poderão ser consumados antes de apreciados, para que o CADE exerça o controle *ex ante* dos atos de concentração. Em decorrência, as condições de concorrência entre as empresas envolvidas deverão ser preservadas até a decisão de final sobre a operação. Sob o regime da lei anterior, as operações de concentração podiam ser submetidas após sua conclusão para análise pelo CADE.

Tal modificação exigirá do CADE um aperfeiçoamento permanente de seus procedimentos para lograr efetuar suas análises com rigor técnico em tempo compatível com o tempo econômico das atividades em mercados em que atuam as empresas envolvidas na operação, sob pena de a análise da autoridade antitruste vir a constituir um fator de elevação de custos burocráticos, econômicos e sociais para empresas e sociedade em geral.

Nos atos de concentração que envolvem mercados regulados por agências reguladoras, estas desempenham papel importante ao fornecer análises em pareceres técnicos acerca dos impactos concorrenciais das operações nos mercados por elas regulados, bem como por meio do fornecimento de dados e informações de mercado que cabe lhes cabe, por força de lei, obter e gerir.

Desse modo, a modificação trazida pela submissão prévia ao CADE dos atos de concentração, impõe às agências reguladoras o dever de otimizar seus mecanismos e processos internos de produção destes dados e informações, de modo a que esta sua função não venha a representar um gargalo no processo de avaliação pelo CADE de um ato de concentração.

Ademais, é preciso que os acordos de cooperação técnica entre CADE e agências contemplem a viabilização de um fluxo de processos e informações compatíveis com a necessária celeridade que deve ser conferida às análises conduzidas pela autoridade antitruste.

A Lei 12.529/2011 prevê também a possibilidade de aprovação sem restrições do Ato pela Superintendência-Geral, hipótese na qual não se faz necessária a manifestação do TADE¹¹. Nestes casos, a lei prevê que terceiros interessados e as agências reguladoras, quando se tratar de mercados regulados, poderão interpor recurso contra tal decisão perante o Tribunal¹².

Com o objetivo de melhor operacionalizar a legitimidade das agências reguladoras para interposição deste recurso, conforme estipulado na Lei em tela, é conveniente o estabelecimento, no âmbito de um acordo de cooperação técnica entre CADE e agências reguladoras, de mecanismo que preveja a comunicação de tais decisões da Superintendência-Geral às respectivas agências reguladoras nos casos que versarem sobre mercados regulados. A medida ora proposta assegura a plena eficácia do dispositivo do art. 65, pois estabelece a comunicação ao órgão regulador da decisão tomada pela Superintendência-Geral, decisão esta que, de outra forma, poderá não chegar ao conhecimento dos órgãos reguladores.

De um modo geral, as mudanças procedimentais introduzidas pela Lei n.º 12.529/2011 visam a agilizar as análises dos atos de concentração. A presente sugestão tem por objetivo garantir a eficácia da atuação dos órgãos reguladores no que se refere ao interesse público por elas perseguido em seus respectivos setores de atuação.

¹¹ Art. 54, I, e 57, I.

¹² Art. 65, I.

IV. ATRIBUIÇÕES DA SEAE E SEUS IMPACTOS NA RELAÇÃO COM AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como a finalidade primordial das matérias de defesa da livre concorrência e de regulação econômica consiste na repressão e na prevenção do abuso do poder econômico nos mercados de bens e serviços, a atividade regulatória das agências setoriais e as funções de defesa da concorrência guardam uma relação de complementaridade. Alguns instrumentos utilizados para a regulação econômica em um determinado mercado são também empregados para a regulação da defesa da concorrência: controle de entrada e saída das empresas (controle estrutural que equivale à prevenção antitruste) e controle de preços e da qualidade de bens e serviços (controle da conduta e do desempenho que corresponde a forma de atuação repressiva às práticas anticompetitivas).

De acordo com o modelo organizacional proposto, a função principal do novo CADE será aplicar a Lei de Defesa da Concorrência e a função da SEAE estará centralizada na promoção da concorrência junto aos órgãos de governo e à sociedade, nos diversos setores da atividade econômica, com ênfase na análise dos mercados regulados. A SEAE, entre outras atribuições, deverá: emitir opinião sobre as normas submetidas a consulta pública pelas agências reguladoras, nos aspectos concernentes à promoção da concorrência; elaborar estudos avaliando a situação de setores específicos (regulados ou não); e analisar, elaborar estudos e propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que afetem ou possam afetar a concorrência no País, conforme previsto no art. 19 da Lei 12.529/2011, a seguir transcrito:

“Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo”.

Para dar cabo de suas atribuições, à SEAE foram conferidos os seguintes poderes¹³: (i) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso; e (ii) celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

Do ponto de vista do relacionamento com as agências reguladoras, as atribuições conferidas à SEAE pela Lei n.º 12.529/2011 reforçaram a interface entre estes órgãos públicos, por meio de elaboração, pela SEAE, de pareceres analíticos concernentes às minutas de textos de regras regulatórias que são disponibilizados para consulta pública pelas agências reguladoras. Estes pareceres contêm questionamentos às agências em geral sobre os motivos e os impactos das regras que estão sob consulta pública. As agências respondem aos questionamentos e podem incorporar os questionamentos e sugestões da SEAE à redação final que venha a ser dada à regra regulatória em questão.

O desenho institucional atual, contudo, pode ser aperfeiçoado na medida em que ele torna disponível a minuta de regra regulatória para a SEAE

¹³ Art. 19, § 1º, I e II.

apenas quando a mesma é disponibilizada no sítio eletrônico das agências, a poucos dias da audiência pública correspondente em que são debatidas as contribuições. Com frequência, o parecer da SEAE é disponibilizado para as agências em data muito próxima às audiências, o que leva o corpo técnico das agências a produzir respostas em tempo reduzido em comparação com a complexidade dos temas comumente suscitados.

Para fazer frente a tais questões, propõe-se que, em sede de acordo de cooperação técnica entre SEAE e agências reguladoras, sejam estipulados mecanismos institucionais que permitam o intercâmbio informacional entre tais órgãos, bem como a discussão entre os mesmos das iniciativas regulatórias das agências, em momento anterior à consulta pública.

V. PONTOS DE INTERESSE DE CADE E ANP RELATIVOS À ELABORAÇÃO DE ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA DECORRENTE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

A seguir, estão elencados os principais objetivos do CADE e da ANP em relação às modificações da Lei n.º 12.529/2011, bem como em relação a dispositivos legais constantes das Leis n.º 9.478/1997 e n.º 9.847/99, para que possam servir de referência no âmbito do Acordo de Cooperação Técnica.

OBJETIVOS

1) Comuns a CADE e ANP:

- Assegurar, entre as duas autarquias, a qualidade, a acessibilidade e a celeridade no intercâmbio, produção e fornecimento de análises, informações e dados;
- Assegurar que os atos de concentração envolvendo empresas reguladas pela ANP sejam apreciados em prazo compatível com o tempo econômico, para que tal análise não se converta em custo burocrático para os agentes econômicos e a sociedade em geral;
- Promover, para os mercados relevantes regulados pela ANP, ajustes nos parâmetros de faturamento anual utilizados como critério para a obrigatoriedade de submissão dos atos de concentração (art. 88, I e II, e §1º), de modo a garantir que sejam examinadas pelo CADE as concentrações potencialmente lesivas à concorrência em mercados relevantes de menor porte (como os de revenda varejista, por exemplo, que hoje não seriam apresentadas por causa do pequeno porte dos grupos que atuam na revenda), assim como prevenir a excessiva submissão ao CADE de operações de concentração potencialmente inofensivas nos mercados relevantes de maior porte (como os de exploração e produção em que, por exemplo, pelos critérios atualmente na lei, praticamente todas as cessões de direito já estão obrigadas a serem submetidas ao CADE).

2) CADE:

- Assegurar a obtenção célere de pareceres em atos de concentração envolvendo agentes regulados pela ANP;
- Obter junto à ANP informação confiável de faturamento dos agentes regulados por ramo de atividade empresarial, para poder aplicar a nova regra de definição da pena de multa (art. 37, I);
- Contar com a ANP para tornar efetiva a penalidade aplicada a pessoa física de proibição de exercer o comércio (art. 38, VI);
- Contar com subsídios da ANP quando da proposta de revisão, nos mercados regulados pela ANP, dos parâmetros de faturamento que definem a obrigatoriedade de submissão de um ato de concentração (art. 88, I e II, e §1º);
- Obter da ANP, a partir do dever dos agentes regulados de comunicar alterações societárias, informações relativas a

potenciais atos de concentração não notificados ao CADE, inclusive, mas não apenas, cessões de direito em E&P (art. 90, parágrafo único).

3) ANP:

- Assegurar a produção e fornecimento célere de pareceres em atos de concentração envolvendo agentes regulados pela ANP;
- Ser informada pelo CADE sempre que houver qualquer condenação de agente regulado pela ANP (Lei 9.478/97, art. 10, parágrafo único e Lei 9.847/99, art. 10, V);
- Ser informada pelo CADE da aplicação da penalidade aplicada a pessoa física de proibição de exercer o comércio (art. 38, VI);
- Ser informada pelo CADE sempre que a Superintendência-Geral decidir pelo arquivamento de Inquérito Administrativo que tenha tido início por representação da ANP e contar com canal institucional para solicitar a avocação pelo Tribunal do referido inquérito, por intermédio de um de seus Conselheiros (art. 67, § 1º);
- Contar com canal para provocar a iniciativa e para participar ativamente de qualquer iniciativa do CADE voltada para a revisão, nos mercados regulados pela ANP, dos parâmetros de faturamento que definem a obrigatoriedade de submissão de um ato de concentração (art. 88, I e II, e §1º);
- Contar com canal para provocar o CADE no sentido de requerer a submissão de atos de concentração que não se enquadrem no disposto nos critérios de faturamento dos incisos I e II do caput do art. 88, quando julgar conveniente tal submissão (art. 88, §7º);
- Ser informada pelo CADE sempre que a Superintendência-Geral decidir pela aprovação sem restrições de um ato de concentração que abranja mercados relevantes regulados pela ANP, para que possa exercer o direito de recorrer ao Tribunal (art. 65, I).

VI. CONCLUSÕES PRELIMINARES

A presente Nota Técnica procurou apresentar as principais modificações legais e institucionais promovidas com a publicação da Lei nº 12.529/2011 (Nova Lei de Defesa da Concorrência), que reestrutura o Sistema

Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, alterando a Lei 8.884/94, dentre outras providências.

A nova lei implementou um novo desenho institucional para a Defesa da Concorrência no Brasil, promovendo significativas mudanças estruturais nos órgãos responsáveis pela aplicação das normas de Defesa da Concorrência, tanto nos processos de análises de atos de concentração, quanto nos de investigação de condutas anticompetitivas.

Tais modificações têm implicações para as Agências Reguladoras e, sem prejuízo das demais conclusões e sugestões apresentadas ao longo das demais seções desta Nota, conclui-se que as modificações ora em vigor exigem a negociação de acordo de cooperação entre as agências reguladoras e os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil.

Espera-se que as sugestões apresentadas nesta Nota Técnica possam servir de marco referencial para a discussão de tais acordos de cooperação técnica de modo a assegurar a harmoniosa interação entre as instituições competentes para tratar dos temas de regulação econômica e de regulação de defesa da concorrência (SEAE e novo CADE).