
A NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PRINCIPAIS MUDANÇAS ADVINDAS DO INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.529/2011

*MANDATORY NOTIFICATION OF MERGERS IN THE BRAZILIAN
COMPETITION POLICY SYSTEM: MAIN CHANGES
RESULTING FROM THE ENACTMENT OF LAW NO. 12.529/2011*

Daniel Gustavo Santos Roque

*Procurador Federal em exercício na Procuradoria Federal Especializada junto ao
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*

SUMÁRIO: 1 A Defesa da Ordem Econômica no Sistema Constitucional Brasileiro; 1.1 Princípios e Regras Constitucionais: uma distinção necessária entre duas espécies de Normas Jurídicas; 1.2 Os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica; 1.3 A Livre Concorrência, a Livre Iniciativa e a Intervenção Estatal; 1.4 O entendimento do STF sobre a intervenção do Estado na economia; 2 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:

principais alterações estruturais advindas da nova Lei nº 12.529/2011; 3 Da notificação dos atos de concentração: principais alterações oriundas da nova lei antitruste; 3.1 Do Conceito de Ato de Concentração Econômica; 3.2 Dos critérios utilizados pela legislação para a obrigatoriedade de notificação de um ato de concentração; 3.3 Do momento definido pela legislação para a apresentação do ato de concentração ao CADE; 3.4 Considerações Finais; Conclusão; Referências

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre as principais alterações, advindas da nova Lei nº 12.529/2011, na sistemática de notificação obrigatória dos atos de concentração econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Critérios. Notificação. Ato de Concentração Econômica.

ABSTRACT: This paper discusses the main changes arising from the new Law no. 12.529/2011 in the systematic of merger acts that are of mandatory report.

KEYWORDS: Criteria. Notification. Mergers.

1. A DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1.1 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE DUAS ESPÉCIES DE NORMAS JURÍDICAS

A proteção conferida pelo sistema jurídico à ordem econômica tem base constitucional. Nesse ponto, cumpre observar que a proteção a esse valor é feita, no âmbito constitucional, por meio de normas-regra e normas-princípio.

Enquanto as primeiras voltam-se para a definição de comandos mais concretos e específicos, os princípios são espécies de normas que objetivam consagrar os valores fundamentais de um determinado microsistema, de modo a servir tanto como fonte de orientação interpretativa quanto como referência para o ulterior desenvolvimento legislativo do instituto jurídico correspondente.

O ilustre pensador americano Ronald Dworkin¹, ao tratar da mencionada distinção, afirma que a diferença entre as regras e os princípios constitucionais situa-se na forma de resolução de suas antinomias. De acordo com o pensamento de Dworkin, as regras são válidas ou inválidas, submetendo-se à regra do “tudo ou nada”, tendo em vista que sua aplicação se dá mediante um processo de subsunção de seu conteúdo a uma dada condição fática por elas já previstas. Quanto aos princípios, esclarece o eminente pensador constitucionalista que eles devem ser analisados a partir de uma dimensão de peso ou importância que lhes é inerente, inexistindo referida distinção entre as regras.

A doutrina de Ronald Dworkin faz alusão a uma diferença fundamental no processo de compreensão das diferenças entre regras e princípios: enquanto as primeiras submetem-se à lógica do já mencionado “tudo ou nada”, na medida em que a aplicação de uma prejudica a validade daquela que com ela se mostre incompatível, os princípios ostentam diferentes dimensões de peso ou importância, visto que a permanência de dois princípios antagônicos em determinado caso concreto em nada tem o condão de prejudicar a sua vigência ou validade no sistema.

Isso porque, no caso dos princípios, a ponderação de valores deve ser objeto de análise em cada caso concreto, de modo que o princípio que apresentar maior dimensão de peso, à luz de um juízo de proporcionalidade, deve sobrepor-se naquele caso concreto específico, sem prejuízo à validade dos demais que com ele se encontram em conflito.

1 DWORIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 24.

Já Robert Alexy destaca que os princípios distinguem-se das regras por se apresentarem como mandados de otimização, na medida que sua implementação, em regra, não ocorre em um único momento, mas está sujeita à incidência de condições fáticas e jurídicas voltadas ao seu aperfeiçoamento na vida social².

Dessa forma, os princípios expressam mandados de otimização que devem ser realizados em favor de certos interesses, na maior medida possível, mediante as possibilidades fáticas e jurídicas que se lhes apresentem. Considera Alexy que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Já no que tange às regras, quando incidentes sobre um determinado caso, são aplicadas ou não. Estas, por conseguinte, não se submetem ao juízo de ponderação, tampouco a uma aplicação sucessiva.

Luís Roberto Barroso bem destaca a distinção entre regras e princípios constitucionais ao destacar que:

É, todavia, no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Exemplos: implementada a idade de 70 anos, o servidor público passa para a inatividade; adquirido o bem imóvel, o imposto de transmissão é devido. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos.

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Alguns exemplos: a livre iniciativa por vezes se choca com a proteção do consumidor; o desenvolvimento nacional nem sempre se harmoniza com a preservação do meio ambiente; a liberdade de expressão frequentemente interfere com o direito de

² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-87.

privacidade. Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível³.

Definida a distinção entre regras e princípios constitucionais, faz-se necessário, nesse ponto, desenvolver um pouco mais a importância dos princípios na construção do fenômeno constitucional, considerando a imprescindibilidade da Constituição principiológica no direcionamento da sociedade política.

O caráter fundamental dos princípios é bem destacado no seguinte conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello, citado por Roque Antonio Carraza:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo⁴.

Diante do exposto, destaque-se que o estudo dos princípios que regem a ordem econômica assume importância fundamental para a correta compreensão da defesa da concorrência como um valor fonte

3 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208-209.

4 CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33-34.

que, além de ostentar inegável dignidade constitucional, também atua como um mandado de otimização, em ordem a merecer desenvolvimento legislativo e instituições suficientemente estruturadas para a sua adequada proteção.

1.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

Ao tratar da ordem econômica, o artigo 170 do texto constitucional de 1988 estatuiu os seguintes princípios relacionados à matéria:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Vê-se, assim, que a Constituição acabou por garantir o livre desenvolvimento do sistema de mercado, ao consagrar em seu texto os princípios da propriedade privada, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica.

Por outro lado, e como todo e qualquer direito, tais princípios não ostentam caráter absoluto, mas possuem uma dimensão relativa de peso ou de importância, de modo que devem ser ponderados, no caso concreto, com os princípios da soberania nacional, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente, bem como da redução das desigualdades regionais e sociais.

Nesse ponto, vale ressaltar que, na qualidade de princípios, os valores acima enunciados devem ser submetidos à lógica da ponderação, de modo que, com base no juízo de proporcionalidade e de razoabilidade elaborados pelo intérprete, se possa chegar à solução mais adequada ao atendimento dos fins da norma.

No que se refere à proteção da ordem econômica, a atenta leitura do texto constitucional permite concluir que o constituinte de 1988 fez clara opção pela consagração de um modelo capitalista fundado na valorização do trabalho e na busca pelo pleno emprego⁵, de modo que os excessos do capitalismo e da busca pelo lucro não ocorra em prejuízo à

5 A respeito da evolução histórica da proteção à concorrência no Brasil, vale destacar que:

“A partir da Constituição de 1934, surgiram os primeiros rudimentos da política antitruste no Brasil, sob a influência de uma nova concepção de Estado de Bem-Estar Social. Foi pela Constituição de 1946, contudo, em seu artigo 1488, que se criou base para a promulgação de uma lei antitruste, sendo instituído o princípio da repressão aos abusos do poder econômico.

A Constituição Federal de 1946 dispôs que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, que tivessem por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando, arbitrariamente os lucros (Artigo 48). Em continuidade, foi editada, em 10 de setembro de 1962, a Lei 4.137, que conceituou as formas de abuso, atribuindo, para tanto, a competência ao Cade, regulamentando seu procedimento administrativo e o processo judicial.

Atualmente, desde o advento da Constituição Federal de 1988, houve previsão, em capítulo próprio, dos princípios da atividade econômica, consoante artigo 170. Verifica-se, assim, evidente conteúdo de predominância neoliberal, vez que exalta a livre iniciativa e a propriedade privada.

De acordo com Ramim (2005, p. 31), o artigo supracitado determina que a economia brasileira deve organizar-se segundo regras do livre mercado, respeitando-se a liberdade de iniciativa econômica. Diz ainda que, dentro de uma ordem capitalista do século 20, a norma constitucional busca conciliar valores antagônicos, apoiando a organização da economia brasileira tanto no capital como no trabalho, assumindo caráter normativo e conformador da realidade socioeconômica subjacente, planejando transformá-la a partir de políticas públicas.”

(STOLZ, Fernanda Paula; SCREMIN, Sônia Rodrigues; DAUDT, Simone Stabel. *A necessidade do controle a priori dos atos de concentração de empresas no Brasil*. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Portals/36/SA/2006/ANecessidadeDoControle.pdf>>. Acesso em: 29 abr 2012, 2006. p. 136-137).

dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, se apresenta como o princípio vetor de todo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, é importante ressaltar, ao menos para os propósitos do presente trabalho, o princípio da livre concorrência como um vetor normativo que se destina a garantir a proteção à economia de mercado.

No dizer de Luciano Sotero Santiago, a livre concorrência pode ser conceituada da seguinte forma:

A livre concorrência se caracteriza pela livre ação dos agentes econômicos, de forma que estes tenham liberdade para empregar os meios que julgarem próprios e adequados para conquistarem a preferência do consumidor. A livre concorrência se caracteriza, também, na liberdade em que os agentes econômicos, atuais ou potenciais, têm para entrar, permanecer e sair do mercado. A livre concorrência se caracteriza, ainda, pela liberdade de escolha para o consumidor.

Infere-se, pois, que a livre concorrência apresenta caráter dúplice: a) de um lado, na acepção de liberdade de acesso e de permanência, constitui mero desdobramento do princípio da livre iniciativa; b) de outro, entretanto, instrumentaliza o controle do exercício da livre iniciativa, o que basta ao reconhecimento de sua autonomia⁶.

Vê-se, assim, que a livre iniciativa não se confunde com a livre concorrência. Embora o texto constitucional garanta a ampla atuação dos agentes econômicos, por meio da livre iniciativa, é certo que a concorrência constitui um valor que deve qualificar essa atuação econômica, de modo que a economia de mercado também seja objeto de proteção.

Ao tratar da proteção à livre concorrência, Eros Roberto Grau, com inegável propriedade, afirma que:

A livre concorrência é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no art. 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como 'princípios da ordem econômica'. Trata-se, como já anotei, de princípio constitucional impositivo (Canotilho). A afirmação principiológica da livre concorrência no texto constitucional é instigante.

6 SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência – Doutrina e Jurisprudência*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 29.

De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O §4º do art. 173 refere ‘abuso do poder econômico’. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto, tendo-o reconhecido, soa estranha a consagração principiológica da livre concorrência. Para que tal não corresse, em presença da consagração do princípio, haveria o mencionado §4º de dispor: ‘A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica...’. O que, não obstante – repito – seria inteiramente em vão: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real – mundo do ser – a braçadas. [...] Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do §4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural⁷.

De tais considerações resulta a seguinte conclusão: a livre concorrência, embora inegavelmente ostente a natureza de um valor normativo consagrado pelo texto constitucional, não resulta naturalmente das forças do mercado, carecendo, assim, de certa intervenção estatal para sua garantia e efetiva concretização.

1.3 A LIVRE CONCORRÊNCIA, A LIVRE INICIATIVA E A INTERVENÇÃO ESTATAL

A proteção à livre concorrência constitui um vetor normativo direcionado a um dever-ser, ou seja, à conformação da realidade social a partir da força normativa do aludido princípio.

7 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 205-206.

Trata-se, assim, de um valor que deve ser objeto de contínua proteção estatal, seja por meio do adequado desenvolvimento normativo e densificação do referido princípio, seja através da consagração de instituições do aparato estatal voltadas à atribuição de defender a concorrência entre os agentes econômicos.

Partindo da premissa, assim, de que a concorrência está voltada à proteção do livre mercado, e não resulta de um processo natural deste, cumpre anotar o conceito de mercado ofertado pela doutrina.

Justamente em razão disso é que se costuma afirmar a existência de um certo compromisso entre a proteção ao mercado e o intervencionismo estatal. Quanto ao tema, vale ressaltar o magistério doutrinário de Luciano Sotero Santiago, para quem, em concordância com a postura de Eros Roberto Grau, o mercado atua como mecanismo de coordenação do processo econômico:

[...] o mercado subsiste, preservado, como um mecanismo de coordenação do processo econômico, pois é justamente no clima de mercado que se encontram as condições mais propícias de dinamização dos dois valores juridicamente protegidos fundamentais do capitalismo: propriedade privada dos bens de produção e liberdade de iniciativa econômica. Por isso mesmo é que afirmo a existência de um certo comprometimento entre intervencionismo econômico e mercado, eis que aquele está voltado à preservação deste. Desde tal visão, o mercado nutre-se do intervencionismo⁸.

Enquanto bem de proteção jurídica, é importante registrar que o mercado configura uma instituição social e jurídica que não pode se desenvolver a partir de suas próprias leis, sem qualquer regulação – chamado de mercado autorregulável – sob pena de se legitimar que a busca incessante pelo maior lucro possível acabe por minar a manutenção de um ambiente concorrencial entre os agentes econômicos que nele atuam, em prejuízo à defesa do consumidor, do meio ambiente e, em última análise, da dignidade da pessoa humana.

Dignas de nota são as conclusões tecidas por Eros Roberto Grau no que se refere ao papel do ordenamento jurídico como mecanismo de regulação das relações econômicas travadas no mercado:

8 SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência – Doutrina e Jurisprudência*. 1ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 25.

- (i) A sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhes são próprias;
- (ii) Essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma de Direito Positivo, Direito posto pelo Estado;
- (iii) Este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos⁹

Não se quer com isso – e nem esse é o propósito do presente trabalho – defender o intervencionismo desmensurado do Estado como solução para as naturais imperfeições e desníveis de poder econômico existentes no mercado. Ao contrário, a Constituição da República garante, conforme já mencionado, a livre iniciativa como um valor fonte a ser observado pela ordem jurídica brasileira. O que se quer afirmar é justamente a necessidade de, em certos casos, o aparelho estatal intervir com vistas a garantir a efetiva implementação das condições adequadas de concorrência dentro do mercado.

1.4 O ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

O Egrégio Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar a temática relativa à intervenção do Estado enquanto agente regulador da atividade econômica em inúmeras ocasiões.

Exemplificativamente, cumpre transcrever o posicionamento adotado pela Corte Suprema por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950-3, ocasião na qual se destacou que a livre iniciativa enquanto valor consagrado pelo texto constitucional não inviabiliza a atuação estatal como ente regulador da atividade econômica:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIN. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO.

9 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.

2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.

3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.

4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 1950, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 56-72 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 146-153).

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.512, a Corte Suprema novamente teve a oportunidade de enfrentar a temática relativa à intervenção estatal em um regime de livre iniciativa, como o consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO A LOCAIS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÕES DE SANGUE E COMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário.

2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.

3. *A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.*

4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue.

5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue.

6. *Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.*

7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3512, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00091 RTJ VOL-00199-01 PP-00209 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82) – grifo nosso.

Com efeito, o próprio texto constitucional de 1988 assegura a intervenção estatal, regulada pela legislação infraconstitucional, com vistas à proteção da concorrência.

Nesse sentido, eis a redação do § 4º o artigo 171 do texto constitucional de 1988:

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

De todo modo, a intervenção do Estado, embora garantida constitucionalmente, deve sempre compatibilizar-se com os demais princípios e valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Justamente em razão disso é que a Suprema Corte, por ocasião do recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 632644, teve a oportunidade de enfrentar o tema relacionado ao conflito entre livre iniciativa e intervenção estatal nos seguintes termos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL.

1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988.

2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: *As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em conseqüência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174.* Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que "O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado". *Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção não de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa.* Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que "As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela princiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do

trabalho e da livre iniciativa" (DIÓGENES GASPARINI, in Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64).

3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que "a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor." (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006).

4. In casu, o acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. LEI 4.870/1965. SETOR SUCROALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇOS PELO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ALCOOL – IAA. LEVANTAMENTO DE CUSTOS, CONSIDERANDO-SE A PRODUTIVIDADE MÍNIMA. PARECER DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. DIFERENÇA ENTRE PREÇOS E CUSTOS. 1. Ressalvado o entendimento deste Relator sobre a matéria, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de ser devida a indenização, pelo Estado, decorrente de intervenção nos preços praticados pelas empresas do setor sucroalcooleiro. 2. Recurso Especial provido.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 632644 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012) – grifo nosso.

Em conclusão, vale ressaltar que:

- a) O princípio da livre iniciativa restou expressamente consagrado pelo texto constitucional, o que simboliza a proteção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da economia de mercado;
- b) A livre concorrência também constitui princípio que ostenta inegável dignidade constitucional;
- c) A livre iniciativa é qualificada pela livre concorrência entre os agentes econômicos;

- d) A livre concorrência não resulta de um natural processo de autorregulação do mercado;
- e) Em muitas ocasiões, a intervenção estatal afigura-se necessária para assegurar a defesa da concorrência;
- f) O Supremo Tribunal Federal entende que a intervenção estatal afigura-se legítima no campo da ordem econômica, desde que em harmonia com os demais postulados consagrados constitucionalmente.

Ao discorrer sobre a defesa da ordem jurídica contra o abuso do poder econômico que prejudique a livre concorrência, o constituinte acabou por consagrar a necessidade de formulação de um microsistema legal e institucional voltado para a defesa da concorrência enquanto um valor fonte do ordenamento jurídico. Para tanto, fez-se necessário impor aos agentes que atuam no mercado a obrigatoriedade de promoverem a notificação dos atos de concentração econômica.

Com tais considerações, segue a análise do tratamento conferido pela legislação infraconstitucional à notificação obrigatória dos atos de concentração econômica ao SBDC.

2 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES ESTRUTURAIS ADVINDAS DA NOVA LEI Nº 12.529/2011

Para fins do adequado enfrentamento do tema relativo às principais alterações relacionadas à notificação obrigatória dos atos de concentração econômica, torna-se indispensável tecer algumas considerações preliminares sobre as alterações trazidas pela nova legislação à estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Trata-se de sistema que, integrado por vários órgãos, se destina a implementar a defesa da concorrência, de modo a atuar como estrutura estatal voltada para a densificação do artigo 170, inciso IV, c/c artigo 171, §4º, ambos da Constituição da República de 1988.

O referido sistema, até a entrada em vigor da atual Lei nº 12.529/2012, compreendia: a) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério de Estado da Justiça; b) a Secretaria de Direito Econômico – SDE, órgão vinculado ao Ministério da Justiça; c) a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

Como afirmado, tais órgãos, no regime da então Lei nº 8.884/94, atuavam em conjunto, como órgãos integrantes do aparelho estatal voltados para a implementação dos postulados constitucionais voltados para a defesa da ordem econômica, mais precisamente da livre concorrência.

A importância do SBDC resulta de sua própria finalidade. Com efeito, o referido sistema atua:

- a) no controle das estruturas de mercado;
- b) na repressão a práticas de atos anticompetitivos;
- c) na promoção da cultura da concorrência.

Primeiramente, em substituição à Lei nº 4.137/62, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, então órgão vinculado ao Conselho de Ministros, em autarquia federal vinculada ao Ministério de Estado da Justiça.

É o que resulta da análise do artigo 3º da Lei nº 8.884/1994:

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE órgão judicante com jurisdição em todo o Território Nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei.

Na conformação dada pelo referido diploma legislativo, o CADE, na qualidade de autarquia federal, passou a apresentar autonomia administrativa e financeira, de modo a tornar-se, no plano fático, não apenas um órgão de defesa da concorrência, mas sim uma verdadeira agência reguladora no que se refere à proteção e defesa da ordem econômica, notadamente da livre concorrência no mercado nacional.

A alusão feita pela redação do dispositivo legal a entidade judicante compreende a consagração da autarquia como ente dotado de competência para julgar os atos de concentração econômica e as infrações à ordem econômica. Também é importante registrar a referência feita pelo aludido dispositivo ao fato de o CADE deter não apenas sede, mas também foro no Distrito Federal, de modo a realçar a natureza de tribunal administrativo conferida pelo ordenamento jurídico à referida autarquia.

O Superior Tribunal de Justiça também já teve a oportunidade de ressaltar o caráter judicante da autarquia no seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI 8.884/94. DECISÃO PLENÁRIA DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.

1. "A nova lei antitruste, no art. 60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial à decisão do CADE. No sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, toda execução terá por base um título executivo que poderá ser de origem judicial ou extrajudicial.

No inciso VII do art. 585 do Código de Processo Civil, está estabelecido que são títulos executivos extrajudiciais, além dos enumerados nos incisos anteriores, 'todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva'. Assim, a disposição do art. 60 da Lei nº 8.884, de 1994, está em consonância com a lei que disciplina o processo comum.

‘[...] A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um ‘órgão judicante’. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.’ (João Bosco Leopoldino da Fonseca. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 312/313)

2. Na forma do art. 65 da Lei 8.884/94, qualquer ação que vise à desconstituição da decisão plenária do CADE, não suspenderá

a sua execução, ainda que referente às multas diárias, sem que haja a garantia do juízo.

3. O Plenário do E. STF indeferiu medida cautelar na ADIn 1094-8/DF, na qual se questiona a constitucionalidade, dentre outros, do art. 65 da Lei 8.884/94, concluindo pela improcedência de alegação de lesão à garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

4. O art. 60 da Lei 8.884/94 dispõe inequivocamente que as decisões plenárias do CADE, quer impondo multas, quer estabelecendo obrigações de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial.

5. Revelam-se deficientes as razões do recurso especial quando o recorrente não aponta, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados os dispositivos de lei federal, o que atrai a incidência da Súmula 284 do STF.

6. É inviável a apreciação, em sede de Recurso Especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF. Ausência de prequestionamento dos arts. 67 da Lei 8.884/94 e 128 do CPC.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 590.960/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 21/03/2005, p. 234)

Em 30 de novembro de 2011, foi publicada a Lei nº 12.529/2011, que reformulou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Como o período de “vacatio legis” fixado pelo legislador correspondeu a 180 (cento e oitenta) dias, tem-se que o início de vigência da nova lei correspondeu a 29 de maio de 2012.

A nova legislação objetivou tornar ainda mais eficaz a atuação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE tanto no que diz respeito ao controle de atos de concentração que alterem a estrutura dos mercados quanto no que se refere ao controle de condutas potencialmente anticompetitivas – as infrações contra a ordem econômica.

A nova lei, que representa um grande avanço na proteção à ordem econômica, também buscou atender às constantes transformações econômicas, sociais e políticas decorrentes de uma economia cada vez mais globalizada. Com efeito, a nova legislação resulta da percepção contemporânea relativa à importância da livre concorrência para a economia, notadamente em tempos de crise econômica, associada ao sentimento constitucional cada vez mais presente de que a concorrência constitui postulado fundamental da ordem econômica, conforme previsto pela Constituição de 1988.

A nova legislação implementou alterações substanciais na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o qual passou a ser integrado pelas pelo CADE e pela SEAE/MF.

Quanto ao tema, vale destacar que a SEAE/MF passou a deter suas atribuições quase que exclusivamente voltadas à advocacia da concorrência, conforme resulta da análise do artigo 19 da nova Lei nº 12.529/2011. Com isso, pode-se perceber que a disseminação da cultura da concorrência ganha destaque com a nova legislação, e tem como principal objetivo garantir efetividade ao comando inserto no artigo 170 do texto constitucional.

A advocacia da concorrência consiste, em suma, na promoção da cultura da concorrência entre os órgãos do governo e perante a sociedade. Trata-se de atribuição essencial para a consolidação do princípio da livre concorrência enquanto um direito fundamental, dotado de envergadura constitucional.

Conforme bem destacado por Konrad Hesse, a efetivação de um direito fundamental não pode dispensar a chamada “vontade de constituição”. Com efeito, ao discorrer sobre a força normativa da constituição, o referido doutrinador alemão manifesta o entendimento segundo o qual o texto constitucional deve incorporar o estado espiritual de seu tempo, assim como os elementos sociais, políticos e econômicos que são subjacentes ao corpo social¹⁰.

Nesse sentido, o fenômeno constitucional deve ser compreendido como um mecanismo complexo que envolve não apenas o direcionamento normativo dado pelo texto e voltado à conformação de determinada realidade social, mas também a constante busca do próprio ordenamento jurídico pela absorção dos valores presentes na sociedade.

Por via de consequência, não se pode esquecer a relação intrínseca existente entre a efetividade de uma norma e o sentimento constitucional

10 HESSE, Konrad. *A Força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 21.

existente em torno do tema, ou seja, da complementaridade entre texto normativo e realidade social subjacente.

Ao tratar do tema, Pablo Lucas Verdu ensina que o sentimento constitucional pode ser compreendido como:

Adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que esteja necessariamente um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência¹¹

O sentimento constitucional reflete-se no comprometimento do indivíduo ante as instituições e os valores propugnados pela Constituição, em ordem a conferir-lhe tanto legitimação quanto eficácia. A adesão da sociedade a determinado valor consagrado pelo texto, como é o caso do princípio da livre concorrência, acaba por legitimar a atuação estatal, reforçando-a sobremaneira a ponto de garantir a observância espontânea pelo próprio corpo social às regras que a disciplinam.

Disso resulta a importância cada vez maior de se despertar a sociedade em geral e os órgãos públicos em especial para o caráter fundamental da livre concorrência para a consagração de uma economia de mercado. A estrita relação entre disseminação social de um valor e a sua efetivação prática permite concluir que a nova legislação andou bem ao priorizar a advocacia da concorrência no atual contexto do SBDC.

Feitas as considerações relativas ao papel atribuído à SEAE/MF pela Lei nº 12.529/2011, cumpre, no presente momento, discorrer sobre a nova estrutura conferida pela nova lei ao CADE.

Como já afirmado, a referida autarquia também teve a sua estrutura reformulada, de forma que passou a ser constituído pelos seguintes órgãos: a) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; b) Superintendência-Geral; c) Departamento de Estudos Econômicos.

Ainda quanto ao tema, a análise do novo diploma legislativo permite concluir que as atribuições então conferidas tanto ao Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência – DPDC, órgão integrante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ, quanto à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF foram parcialmente assumidas pela Superintendência-Geral do próprio CADE.

11 VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 75.

A análise das atribuições definidas pela Lei nº 12.529/2011 à Superintendência-Geral, constante do artigo 13 da nova lei, bem revela a assunção de funções relacionadas primordialmente com a fiscalização e a instrução de processos administrativos a serem julgados pelo CADE, assim como com o monitoramento e acompanhamento das práticas comerciais dos agentes econômicos que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços.

Ao apreciar os atos de concentração econômica, compete à Superintendência-Geral atuar como órgão de instrução do feito, decidindo, inclusive, sobre o mérito da questão quando se tratar de aprovação de atos que envolvam menor complexidade.

Por sua vez, o julgamento dos processos administrativos relacionados à prática de infração contra a ordem econômica, assim como o julgamento dos atos de concentração de maior complexidade, especialmente quando envolverem a imposição de restrições a direito dos agentes econômicos, incluem-se na órbita de atribuições conferidas ao Tribunal Administrativo da autarquia.

Diante do exposto, pode-se perceber que, nesse novo contexto, o CADE passou a acumular funções instrutórias e fiscalizatórias com as já desempenhadas atribuições relacionadas ao julgamento e à efetivação dos acórdãos administrativos proferidos. A divisão de atribuições, portanto, passou a situar-se no âmbito de órgãos vinculados à estrutura da mesma autarquia, e não mais por órgãos integrantes de estruturas e Ministérios diversos.

Daí a recorrente alusão à instituição, pela nova lei, do Super CADE.

Firmadas as principais distinções entre a estrutura conferida ao SBDC pela Lei nº 8.884/94 e aquela definida pela atual Lei nº 12.529/2011, cumpre destacar, a partir do presente momento, as principais alterações advindas dessa nova legislação antitruste.

3 DA NOTIFICAÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES ORIUNDAS DA NOVA LEI ANTITRUSTE

3.1 DO CONCEITO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A expressão ato de concentração econômica constitui conceito jurídico indeterminado que está indissolavelmente relacionado ao controle das estruturas de mercado pelos órgãos de defesa da concorrência. Trata-se de instituto que pode ser compreendido como toda e qualquer operação econômica que vise a qualquer forma de concentração entre

agentes econômicos, seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou ainda qualquer forma de agrupamento societário.

Conforme ensina Leonardo Vizeu Figueiredo, os atos de concentração devem ser compreendidos da seguinte forma:

Por sua vez, os atos de concentração são todos aqueles que, no caso concreto, visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal, vertical ou conglomeração), seja por meio de fusão ou de incorporação de empresas, de constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação da empresa, ou do grupo de empresas resultante, igual ou superior a 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Por concentração horizontal entende-se a concentração que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante. Concentração ou integração vertical traduz-se na concentração que envolve agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços diversos, fazendo parte da mesma cadeia produtiva.

Conglomeração é a concentração que envolve agentes econômicos distintos, que igualmente ofertam produtos ou serviços diversos, podendo ou não ser complementares entre si, mas que, certamente, não fazem parte da mesma cadeia produtiva. Genericamente, uma conglomeração é saudável à competição, pois significa a 'entrada' de uma empresa em um determinado mercado de produto ou serviço. No entanto, uma conglomeração pode ter efeitos nocivos à concorrência quando houver complementariedade entre os produtos ou serviços envolvidos.

Em relação ao controle de estruturas, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência analisa preventivamente se os atos praticados entre empresas (fusões, aquisições, incorporações, etc.) representam uma concentração que pode causar efeitos prejudiciais à concorrência¹².

12 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições ao Direito Econômico*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2011. p. 195.

Nesse sentido, cumpre destacar que o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 disciplinava a matéria da seguinte forma:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de

empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º *Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae.* (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 7º *A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.* (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou

providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

Já a atual Lei nº 12.259/2011 esclareceu o que se deve entender por ato de concentração em seu artigo 90, que assim dispõe:

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

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

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

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

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

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

A regulamentação da matéria pela nova legislação deu-se nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

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

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

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

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

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

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

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

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

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

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

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

Apresentadas, portanto, as definições de ato de concentração econômica tanto no âmbito doutrinário quanto sob o prisma legal, cumpre, a partir do presente momento, discorrer sobre as principais alterações levadas a efeito pela nova lei quanto ao tema objeto do estudo.

3.2 DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA LEGISLAÇÃO PARA A OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO DE UM ATO DE CONCENTRAÇÃO

Não são todos os atos de concentração econômica que devem ser notificados ao SBDC.

Nem poderia ser diferente. O CADE não poderia se ocupar de toda e qualquer fusão ou aquisição societária, sob pena de tornar inoperante a própria atuação da autarquia. Dessa forma, estabeleceu o legislador critérios objetivos que, uma vez atendidos, tornam obrigatória a comunicação da operação à autoridade antitruste brasileira.

Nos termos da Lei nº 8.884/94, um determinado negócio jurídico dotado de repercussão econômica deveria ser objeto de notificação obrigatória à autarquia em duas hipóteses.

Na primeira hipótese, uma das empresas envolvidas teria de ter apresentado faturamento anual, no Brasil, igual ou superior a R\$ 400.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no ano anterior ao da realização da operação.

Uma segunda hipótese era trazida pela legislação antitruste então em vigor: bastava que da operação resultasse participação superior a 20% (vinte por cento) de um mercado relevante¹³, independentemente da configuração dos limites de faturamento acima enunciados.

Com o advento da atual legislação, houve uma opção política por restringir as hipóteses de notificação obrigatória do ato, de modo a submeter à apreciação do CADE apenas aqueles atos em que:

- a) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação,

13 O mercado relevante pode ser definido como o mercado sobre o qual incide a análise concorrencial, ou seja, aquele em que se travam as relações de concorrência. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, define o mercado relevante partindo do teste do monopolista hipotético, podendo ser conceituado como "o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um 'pequeno porém significativo e não transitório' aumento de preços". Trata-se, em suma, do mercado em que atua determinado agente econômico.

Com base nas considerações tecidas pelo próprio CADE por ocasião do julgamento do AC nº 08016.004372/00-70, o mercado relevante pode ser compreendido tanto na dimensão do produto quanto na dimensão geográfica. Na dimensão do produto ou serviço, o mercado relevante pode ser compreendido como aquele no qual se travam as relações de concorrência, ou mesmo onde atua o agente econômico que tem o seu comportamento analisado. Já a dimensão geográfica do mercado relevante pode ser compreendida como a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva.

equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais);

- b) concomitantemente, 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).

A par da alteração desses limites de faturamento, com vistas a restringir os casos de notificação obrigatória das operações à autoridade antitruste, também houve a supressão da exigência de apresentação do ato fundada em critério de participação no mercado relevante.

Ao discorrer sobre o critério de participação de mercado instituído pela Lei nº 8.884/94, e suprimido pela atual legislação, Joyce Ruiz Rodrigues Alves esclarece que:

Ressalte-se, por sua relevância, que em nenhum momento se afirmou que devem ser apresentados somente os atos que efetivamente prejudicam ou limitam a concorrência ou aqueles que resultam em dominação de mercados relevantes.

Afirmou-se, tão somente, que os atos que prejudicam ou limitam a concorrência e/ou resultam na dominação de mercados relevantes assim como aqueles que detêm o potencial de fazê-lo devem ser apresentados. E uma maneira, mesmo que preliminar, de atestar se um ato apresenta esse potencial lesivo ou concentrador é por meio da verificação das características dos agentes econômicos que o praticam. Por força da Lei 8.884/94, se os agentes econômicos se enquadram em um dos critérios objetivos, é possível presumir que seus atos deteriam o potencial de alterar a estrutura do mercado relevante em que atuam, sendo obrigatória a notificação daquele ato ao CADE. Somente após a análise do ato é que o CADE poderá concluir se, de fato, ele pode acarretar efeitos lesivos à ordem concorrencial.

Conclui-se, portanto, que todos os atos jurídicos lícitos praticados por autonomia da vontade privada que possam (i) limitar ou prejudicar a livre concorrência; ou (ii) resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços em que as partes observem um dos critérios objetivos são de notificação obrigatória.

Verifica-se, por conseguinte, que a Lei 8.884/94 apresenta um conceito bastante abrangente e fluído do que seria Ato de Concentração, sendo essencial considerar o que se pode depreender da doutrina e da jurisprudência, enquanto parâmetros ou, pelo menos, diretrizes que confirmam meios para o administrado tomar decisões relativas à apresentação de atos e contratos ao controle preventivo¹⁴.

Vale registrar ainda que a análise do preenchimento ou não dos critérios de *market share* envolvia, ao tempo da vigência da Lei nº 8.884/94, considerável complexidade, na medida em que a análise da questão envolvia a sensível análise do mercado relevante envolvido, ou seja, a prévia definição do mercado afetado com a operação.

Associado a isso, nem sempre há seguras informações relativas ao percentual de participação de cada um dos agentes econômicos em todos os mercados relevantes, de modo que a exigência de apresentação do ato em razão do grau de participação no mercado acabava por gerar maiores inseguranças às empresas envolvidas, com o incremento do risco de aplicação de multas pela autarquia por força da não apresentação de determinada operação, na forma exigida por lei.

Ademais, a existência de *market share* superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante acabava por atrair ao CADE a competência para analisar a prática de atos que não tinham o potencial de prejudicar a concorrência. Caso o mercado relevante, em sua dimensão territorial, correspondesse a um pequeno Município, por exemplo, a simples configuração de participação superior a 20% desse mercado já seria suficiente para fins de apresentação obrigatória ao CADE, mesmo que não houvesse qualquer potencial de lesão à concorrência.

Em razão disso, pode-se concluir que veio em bom momento a supressão desse critério para a fixação da obrigatoriedade de notificação do ato ao SBDC.

Quanto ao critério do faturamento, a jurisprudência do CADE consolidou-se no sentido de que os valores a serem apurados, para fins de notificação obrigatória da operação ao SBDC, referem-se àqueles obtidos pelo grupo econômico correspondente, e não pela empresa diretamente envolvida com a operação:

Ato de concentração. Operação de aquisição de 80% das quotas representativas do capital social da Chancellor Serviços de Lavanderia Industrial Ltda. pela Euro Chantley S.A. Hipótese prevista no §3º, do

14 ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. *Conceito Jurídico de Ato de Concentração*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/733/516>>. Acesso em: 16 maio 2012. p. 20-21.

artigo 54 da Lei 8.884/94, em razão do faturamento da Adquirente pertencente a grupo econômico com faturamento superior a R\$ 400 milhões. Apresentação tempestiva. Mercado relevante de serviços de lavanderia hospitalar utilizando o ozônio. Integração vertical. Inexistência de efeitos anticoncorrenciais. Aprovado sem restrições.

(Ato de concentração nº 08012.006325/2000-87. Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Data do julgamento: 23/05/2001).

Ato de concentração. Aquisição da Centrais Eólicas do Paraná Ltda. pelo Grupo COPEL. Faturamento do grupo adquirente, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões. Concentração horizontal no mercado de geração de energia elétrica. Pareceres favoráveis da SEAE, SDE e ProCADE. Contrato firmado ad referendum do Conselho de Administração. Apresentação intempestiva. Reincidência por parte do grupo econômico, mas não da empresa participante individualmente considerada. Aprovação sem restrições, com aplicação de multa por intempestividade.

(Ato de concentração nº 08012.012246/2007-81. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Data do julgamento: 27/02/2008)¹⁵.

Para fins de inclusão do faturamento percebido por todo o grupo econômico, não se faz necessário o controle acionário sobre a empresa controlada envolvida na operação. Isso porque a constatação de que o grupo econômico exerce influência relevante sobre as decisões tomadas pela empresa já se mostra suficiente para a inclusão de todo o faturamento do grupo para fins de caracterização do ato como sendo de notificação obrigatória ao SBDC.

A influência relevante pode ser conceituada, ainda que de forma simplificada, como *“a possibilidade de um agente econômico fazer uso de uma participação societária minoritária, ou mesmo de uma simples relação contratual, para intervir no processo de decisão da sociedade alvo dos investimentos, afetando, por conseguinte, as ações e estratégias empresariais desta.”*¹⁶

15 Posteriormente, a multa por intempestividade foi retirada por ocasião do julgamento de embargos de declaração recebidos como pedido de reapreciação.

16 Ato de Concentração nº 08012.009529/2010-41, Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia.

A construção jurisprudencial desse conceito pelo CADE voltou-se primeiramente à análise do âmbito de alcance do conceito de “grupo econômico” referido no §3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Por ocasião da análise do AC nº 08012.010293/2004-48, o CADE teve a oportunidade de destacar a insuficiência do conceito de “grupo de empresas” a partir do direito societário, razão pela qual se fez necessária a construção de um sentido próprio ao termo a partir da perspectiva de análise própria do direito antitruste.

Nesse sentido, vale registrar o seguinte trecho do voto proferido na ocasião pelo Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva:

“O cerne da questão está em determinar o alcance da expressão ‘grupo de empresas’ referida no §3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Como se sabe, os conceitos e normas do direito societário nem sempre são coincidentes com aqueles do direito antitruste. No direito societário, a lei é voltada para proteger os interesses de acionistas minoritários e credores e o poder decisório é visto como aquele capaz de controlar o destino dos resultados da atividade (patrimônio). Já para o direito concorrencial, a lei se volta para concorrentes e consumidores, e, quanto ao poder decisório, mais importa determinar aquele que possa controlar ou influenciar as decisões mercadologicamente relevantes, como fixação de preços, estratégias econômicas, etc.

Assim, a análise antitruste pressupõe não apenas o exame das formas societárias, mas da realidade econômica. Isto nos leva à noção de influência relevante. Constata-se ‘influência relevante (ou significativa) do ponto de vista concorrencial’ sempre que, a partir da união dos centros decisórios em áreas específicas e estratégicas, seja possível presumir um comportamento cooperativo entre as empresas, o qual não pressupõe a titularidade da maioria das ações votantes (...)”.

Assim, considerando que as Requerentes não possuem o faturamento, nem a participação de mercado para o conhecimento da presente operação, não possuindo também acionista que de alguma forma exerça algum tipo de controle nas sociedades, acompanho o Conselheiro Roberto Pfeiffer, no sentido de que, *constatada a inexistência de agrupamento societário, considera-se afastada a necessidade de se analisar seus faturamentos e participações de mercado, inclusive de seus grupos, para fins de subsunção, com base no art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94.* (grifo nosso).

A preocupação em torno da verificação da existência ou não de “influência relevante” também esteve diretamente relacionada à identificação das empresas integrantes do mesmo grupo econômico por ocasião da análise dos seguintes Atos de Concentração, dentre outros: AC nº 08012.000476/2009-60; AC nº 08012.008415/2009-41 e AC nº 53500.012487/2007. A título elucidativo, vale transcrever o acórdão proferido pelo Plenário do CADE por ocasião do julgamento do AC nº 08012.008415/2009-41:

Ato de Concentração. Aquisição da Tecnicópias pela Log & Print, do Grupo SOBRAPAR. Setor envolvido: serviços gráficos. Apresentação tempestiva. Taxa recolhida. Conhecimento da operação depende de considerar se a Energisa S.A. integra o Grupo adquirente. Discussão sobre grupo econômico. Precedentes do CADE. Influência relevante. Revisão do tema. Ausência de influência relevante é suficiente para constatar que a empresa não integra o grupo econômico. Ressalva no sentido de que ausência de influência relevante não é suficiente para esgotar preocupações concorrenciais. Participações entre rivais. Não conhecimento da operação.

(Ato de Concentração nº 08012.008415/2009-41. Conselheiro: Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Data do Julgamento: 10/02/2010).

Embora não se tenha conhecido da operação no caso em apreço, vale ressaltar que o voto proferido na ocasião pelo Conselheiro Relator é bastante elucidativo quanto aos critérios que deverão nortear o Tribunal para a definição acerca da existência ou não de influência relevante por parte do sócio do grupo econômico em cada caso:

[...]

13. Em suma, reconheceu-se que a noção de grupo como um conjunto de sociedades agrupadas sob um controle comum, noção essa mais afeita ao direito societário, era insuficiente para abarcar o objeto de preocupação do direito concorrencial. Os precedentes do CADE evidenciaram, corretamente, que a participação societária de um agente em outro, a depender do caso, pode ser suficiente para influenciar decisões estrategicamente relevantes do ponto de vista concorrencial, mesmo ante à ausência de controle isolado. Nesse sentido,

fixou-se o posicionamento de que, no âmbito da Lei Antitruste, uma empresa faz parte do grupo econômico não apenas quando este detém o controle dessa empresa, mas também quando detém influência relevante sobre as decisões da sociedade.

14. Segundo defendido pelo Conselheiro Ricardo Cueva, ‘constata-se influência relevante do ponto de vista concorrencial sempre que, a partir da união dos centros decisórios em áreas específicas e estratégicas, seja possível presumir um comportamento cooperativo entre as empresas, o qual não pressupõe a titularidade da maioria das ações votantes’. Embora tenha reconhecido inexistirem critérios estritamente objetivos para aferir o exercício de influência relevante por parte de um sócio, o Conselheiro indicou que a identificação dessa influência relevante poderia ser feita pelo exame, no caso concreto: (i) do interesse do sócio em intervir na atuação da empresa no mercado e (ii) da possibilidade e efetividade dessa intervenção. Tal análise deveria levar em conta diversos fatores, como a possibilidade de eleger membros do Conselho de Administração e da Diretoria, a dispersão das ações, a predominância nas Assembléias Gerais, a existência de acordo de acionistas e as previsões estatutárias, dentre outros.

[...]

19. O entendimento aqui aplicado, com base nos precedentes do Conselho, é bom o suficiente para a formação de um conceito de ‘grupo’ que atenda ao direito concorrencial, e para fins do exame do *conhecimento* de operações notificadas ao CADE.

20. Assim, quando se está analisando se uma empresa faz ou não parte de um grupo econômico, com vistas a averiguar se esse grupo preenche ou não o critério de faturamento de R\$ 400 milhões, verificar se esse grupo possui influência relevante sobre as decisões da empresa me parece um critério suficiente, por tudo quanto já exposto na jurisprudência do CADE a esse respeito, e até porque, está se tratando de casos que, necessariamente: (i) não implicam participação de mercado superior a 20%; e (ii) envolvem grupos pequenos, já que, a não ser por

participação minoritária e passiva em uma empresa de faturamento maior, o faturamento dos grupos adquirente e adquirido é inferior a R\$ 400 milhões.

O conceito de influência relevante, diretamente relacionado à aquisição de participações societárias minoritárias, sem poder formal de controle, tem sido adotado pela jurisprudência do CADE para fins de determinação da extensão e amplitude de um determinado grupo econômico, de modo a permitir a inclusão ou não do faturamento das demais empresas componentes de um determinado grupo econômico na operação realizada por uma de suas empresas.

Ademais, vale observar que, com a nova lei antitruste, a exigência de um limite mínimo de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) de faturamento de outra empresa envolvida na operação objetiva excluir da apreciação do CADE aquelas operações sem potencial anticompetitivo, como costumemente ocorria em procedimentos submetidos pela autarquia ao rito sumário tão somente por força do faturamento de uma das empresas envolvidas.

Reservou-se ao CADE, portanto, o julgamento de questões mais complexas, circunstância que tem o condão de promover maior eficiência ainda à atuação da autarquia. Com efeito, as alterações promovidas pela nova lei também permitem à autarquia centrar maiores atenções à investigação de condutas potencialmente lesivas à infração contra a ordem econômica.

Vale ressaltar que, com a recente publicação da Portaria Interministerial nº 994/2012 no Diário Oficial da União, fundada no §1º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, o CADE passou a ter de analisar fusões e aquisições que envolvam valores de faturamento bruto anual equivalente a R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões, respectivamente.

Dessa forma, o limite máximo de R\$ 400 milhões passou para R\$ 750 milhões, ao passo que o de R\$ 30 milhões passou para R\$ 75 milhões.

Com vistas a restringir ainda mais as hipóteses de conhecimento das operações, evitando, assim, o conhecimento de operações mais simples, e com irrelevante impacto concorrencial, a Resolução nº 02/2012 do CADE estabeleceu alguns critérios que tornam obrigatória a notificação obrigatória a partir do percentual de controle ou de participação societária obtido entre concorrentes ou não como decorrência do ato de concentração.

Nesse ponto, cumpre transcrever os artigos 9º, 10 e 11 da referida resolução, que tratam do tema:

Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei 12.529/2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:

I – Acarretem aquisição de controle;

II – Não acarretem aquisição de controle, mas preencham as regras *de minimis* do artigo 10; ou

III – Sejam realizadas pelo controlador, na hipótese disciplinada no artigo 11.

Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confirmam ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:

I – Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida;

b) Aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

II – Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social;

b) Última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida.

Parágrafo único. Para fins de enquadramento de uma operação nas hipóteses dos incisos I ou II deste artigo, devem ser consideradas: as atividades da empresa adquirente e as atividades das demais empresas integrantes do seu grupo econômico conforme definição do artigo 4º dessa Resolução.

Art. 11 Nos termos do artigo 9º, III são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador quando a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

Diante do exposto, vê-se que, após a edição da Lei nº 12.529/2011, o único critério adotado para a notificação obrigatória de um ato de concentração passou a ser o do faturamento dos grupos econômicos envolvidos na operação, restando suprimida, a partir de então, o critério de participação no mercado. Ademais, a resolução do CADE acima referida trouxe novos critérios, relacionados ao grau de controle e de participação societária decorrentes da operação, as quais também são levadas em consideração pelos agentes econômicos para fins de identificação da obrigatoriedade ou não de sua apresentação ao SBDC.

3.3 DO MOMENTO DEFINIDO PELA LEGISLAÇÃO PARA A APRESENTAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO AO CADE

Nos termos da Lei nº 8.884/94, os atos de concentração econômica podiam ser notificados ao CADE após a sua realização, circunstância apta a caracterizar o nosso país como um dos poucos do mundo que adotava um controle posterior desses atos.

Com efeito, o direito concorrencial brasileiro, embora inspirado no sistema europeu, adotou o modelo de controle “*a posteriori*” dos atos de concentração, de modo que havia expressa permissão legislativa para que os agentes econômicos promovessem a notificação da operação no prazo de 15 (quinze) dias úteis contados de sua realização.

Paula Forgioni bem destaca a distinção entre o modelo americano e o europeu de apreciação dos atos de concentração econômica:

Nos Estados Unidos, a *Premerger notification* foi instituída pelo Hart-Scott-Rodino Act, de 1976, para certas concentrações de

empresas. Prevê-se, também, período de espera (*waiting period*) para viabilizar que as autoridades antitruste colem e apreciem as informações sobre a operação. Nesse espaço de tempo, a operação não pode ser implementada. De qualquer forma, escoado o termo, na hipótese de as partes seguirem adiante, as autoridades administrativas, caso pretendam bloqueá-la, devem socorrer-se do Poder Judiciário.

Na Europa, antes da entrada em vigor da nova regulamentação, a obrigação de notificação poderia ser cumprida até sete dias após a concretização da operação ou do anúncio da oferta pública destinada a aquisição do controle. Os Regulamentos 139, de 20.01.2004, e 802, de 07.04.2004, facultam que a operação de concentração seja notificada antes ou após sua celebração; de qualquer forma, sua eficácia ficará suspensa até a aprovação da Comissão. O sistema europeu baseia-se no 'princípio da notificação obrigatória das concentrações previamente à sua realização. Por um lado, a notificação tem importantes consequências jurídicas favoráveis para as partes na concentração projectada', por outro, o descumprimento da obrigação de notificação acarreta imposição de multas e 'consequências negativas para as partes em termos de direito civil'¹⁷.

No caso do sistema brasileiro, conforme já informado, os atos de concentração poderiam, ao tempo da vigência da Lei nº 8.884/94, ser apresentados tanto de forma prévia quanto posteriormente à sua realização.

As partes, após a notificação, poderiam dar início à operacionalização do negócio jurídico firmado mesmo antes do posicionamento final do CADE a respeito da questão.

No caso, a eficácia do ato retroagia à data de sua realização, caso aprovado.

Tratava-se, assim, de uma operação condicionada à aprovação pela autoridade antitruste brasileira, situação que acabava por gerar certa instabilidade no mercado, na medida em que determinada operação de fusão, por exemplo, embora efetivada e até mesmo divulgada para

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

o mercado e para a sociedade, poderia ser posteriormente até mesmo desfeita caso não fosse aprovada pelo CADE¹⁸ 19.

Justamente para minorar os riscos decorrentes da aprovação posterior é que o §7º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94 instituiu a sistemática de aprovação tácita dos atos de concentração, ao dispor que

18 Embora ostente caráter excepcional na jurisprudência do CADE, já houve situações em que a operação foi rejeitada pela autarquia. Foi o que aconteceu, por exemplo, no AC nº 08012.001697/2002-89, que tratou da incorporação da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda, em acórdão assim ementado:

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda. Hipótese prevista no artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/94. Concentração horizontal. Apresentação tempestiva. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação – APRO. Denúncias de descumprimento do APRO. Ausência de comprovação de descumprimento do APRO. Aprovação dos relatórios definidos no APRO pela CAD/CADE. Produtos relevantes: balas e confeitados sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas. Dimensão geográfica dos mercados relevantes: território nacional. Grau de concentração resultante: mercado de balas e confeitados sem chocolates: 2,7%; mercado de achocolatados: 61,2%; cobertura de chocolate: 88,5%; e chocolates sob todas as formas: 58,4%. Reduzidos danos à concorrência nos mercados de balas e confeitados e de achocolatados. Eliminação de um dos três grandes players dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações mostram que a operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo price standard às condições definidas no §1º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar dano e impedir aumento de preço. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do Ato.

19 Vale destacar a importância da modificação da sistemática anterior para a aprovação prévia dos atos de concentração, na forma prevista na atual Lei nº 12.529/2011:

“Muito embora o país conte com uma avançada legislação antitruste, ainda persistem alguns pontos que merecem correção. A legislação vigente possibilita a análise de fusões e aquisições *a posteriori*, isto é, as sociedades podem consumir a operação antes do julgamento pelo Cade. A autarquia tem analisado a possibilidade da concentração após sua efetivação. Esse procedimento causa sérios transtornos tanto aos investidores quanto à sociedade em geral. No momento em que o Conselho determina, por exemplo, que uma grande sociedade necessitará vender a empresa que adquiriu, a investidora sofre um prejuízo, pois o valor empregado não renderá frutos. Realizada a concentração, a sociedade investidora toma providências, como a contratação de novos funcionários, ampliação e abertura de novas unidades de fabricação, entre outras medidas.

Com a determinação do Cade, para desconstituir o negócio, não mais será necessário que subsista a contratação de parte dos funcionários. Essa situação gera o desemprego e, muitas vezes, o fechamento de empresas, o que traz consequências negativas para a região em que a sociedade estava instalada. A tributação, os empregos, riquezas e serviços que seriam possíveis, caso a investidora permanecesse instalada, ou numa expansão, não se realizarão. Indiretamente, esses fatos provocam o subemprego, má qualidade de vida, marginalização, etc.. Por esses motivos, faz-se necessário a atuação prévia (controle *a priori*) da autarquia julgadora. Analisando-se previamente os atos de concentração, evitam-se as consequências elencadas e não há a necessidade de mandar no Judiciário, como constantemente ocorre, devido à insatisfação dos interessados e em razão dos prejuízos daí decorrentes”.

(STOLZ, Fernanda Paula; SCREMIN, Sônia Rodrigues; DAUDT, Simone Stabel. *A necessidade do controle a priori dos atos de concentração de empresas no Brasil*. Disponível em: <http://sites.unifra.br/Portals/36/SA/2006/A_NecessidadeDoControle.pdf> . Acesso em: 29 abr 2012, 2006. p. 142-143).

os atos seriam automaticamente aprovados caso não fossem apreciados no prazo de 60 (sessenta) dias pelo CADE.

Ocorre que a contagem os prazos ficava suspensa enquanto não fossem prestados esclarecimentos e/ou documentos tidos como imprescindíveis à análise do processo, desde que solicitados por quaisquer dos órgãos integrantes do SBDC (artigo 54, § 8º, da Lei nº 8.884/94). Assim, eventual necessidade de instrução do ato tinha o condão de suspender o andamento do prazo de aprovação, de modo a se retomar a contagem do prazo, portanto, após a apresentação dos esclarecimentos e/ou documentos requisitados.

Dessa forma, tem-se que, na prática, a aprovação de um ato pela autoridade antitruste brasileira poderia demorar razoável período de tempo, situação que, conforme já destacado, tinha a potencialidade de, em algumas ocasiões, gerar natural insegurança ou apreensão por parte do mercado em torno da decisão a ser tomada pela autarquia.

Outra questão tormentosa que surgiu ao tempo da vigência da Lei nº 8.884/94 dizia respeito à espécie de documento hábil a iniciar a contagem do prazo de 15 (quinze) dias úteis para apresentação dos atos ao SBDC. Isso porque, em muitas ocasiões, os atos de aquisição, fusão, incorporação, dentre outros, quando revestidos de maior complexidade, assumem a natureza de processos, de modo que se perfazem em etapas.

Com efeito, em algumas situações, há documentos preliminares (protocolos de intenções, por exemplo), seguidos da formalização do ato, o qual, por sua vez, pode ter a sua eficácia condicionada à implementação de condições suspensivas para o seu fechamento.

Surgida a dúvida relativa a qual desses atos deveria atuar como marco inicial de contagem do prazo definido pela Lei nº 8.884/94, o CADE, na tentativa de interpretar o significado do termo “realização”, constante do artigo 54, §4º, da referida lei, fixou o seguinte entendimento, consubstanciado nas súmulas nº 8 e 9 de sua jurisprudência:

Súmula nº 08, publicada no D.O.U. de 03 de novembro de 2010

Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva.”

Súmula nº 09, publicada no D.O.U. de 03 de novembro de 2010

“Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data de exercício da opção de compra ou de venda e não o do negócio jurídico que a constitui, salvo se dos correspondentes termos negociais decorram direitos e obrigações que, por si sós, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas.

Dessa forma, no entender da autoridade antitruste brasileira, a realização do ato de concentração na data em que firmado o primeiro negócio jurídico vinculante entre as partes, e não naquela em que se deu a implementação da condição suspensiva.

Nesse ponto, vale ressaltar que o entendimento adotado pela autarquia revelou-se acertado, na medida em que a implementação de condições afigura-se requisito necessário para garantir apenas a eficácia do ato, em nada interferindo sobre a sua validade ou eficácia.

Desde que presentes os elementos essenciais ao negócio jurídico, quais sejam, a fixação do preço, a existência de um consenso entre as partes e a definição do objeto do contrato, o ato deveria ser desde logo por realizado, de forma a disparar a contagem do prazo de 15 (quinze) dias úteis então previsto para a notificação compulsória do ato à autoridade antitruste brasileira.

Após intensa discussão sobre o tema, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça acolheu o entendimento adotado pela autarquia por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 615.628-DF, que restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APRESENTAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. ART. 54 DA LEI 8.884/1994 E ART. 2º DA RESOLUÇÃO 15/1998 DO CADE. PODER REGULAMENTAR DA AUTARQUIA.

1. Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Cade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em razão de multa imposta em acórdão proferido pelo Plenário do órgão no Ato de Concentração 08012.005572/99-99.

2. Discute-se a legalidade da sanção aplicada pelo Cade nos termos da Lei Antitruste. O órgão adotou a medida por considerar que a comunicação do ato de concentração ocorrera tardiamente.

3. Conforme disposição do art. 54 da Lei 8.884/1994, com vista à defesa da concorrência, os atos que importem concentração econômica deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE - Secretaria de Direito Econômico, que imediatamente enviará uma delas ao Cade e outra à Seae.

4. O Cade, em virtude de suas atribuições institucionais, deve examinar os atos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência.

5. O sentido do art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994 é prevenir efeitos prejudiciais à livre concorrência advindos de operações que possam resultar em concentração de mercado. O prazo estipulado no dispositivo legal decorre da necessidade de análise das operações em tempo hábil.

6. Com base no Poder Regulamentar, o termo inicial para a apresentação desses atos foi definido pela Resolução 15/1998 do Cade, que prevê, em seu art. 2º, que *"o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso"*.

7. O STJ tem entendimento segundo o qual os arts. 7º, XIX, e 51 da Lei 8.884/1994 autorizam a edição desse tipo de ato pelo Cade, em observância ao seu poder regulamentar. O art. 2º da Resolução interpretou o termo "realização", inserto no art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994, como "o primeiro documento vinculativo entre as requerentes". Inexiste, dessa forma, criação de novo prazo.

8. Além do mais, a Resolução era de todo desnecessária. Na sua ausência, o Judiciário ainda seria chamado a interpretar as expressões "atos, sob qualquer forma manifestados" e "de sua realização",

constantes originalmente do texto da Lei da Concorrência, não havendo o intérprete de fazê-lo de modo diverso, em virtude da razoabilidade da disposição.

9. Mais do que agente de repressão, o Cade é órgão de prevenção de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor, mais barato e eficiente do que remediar.

10. In casu, a recorrida adquiriu a Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte - Heavy Duty - da empresa Alstom France/SA, em 23.3.1999, e somente comunicou o ato de concentração em 25.6.1999.

11. No que se refere à aplicabilidade do caput do art. 2º da Lei 8.884/1994, o Tribunal de origem desconsiderou a informação contida no acórdão do Cade proferido no Ato de Concentração 08012.005572/99-99, que consignou: a) "as duas empresas (General Electric Company e Alstom France S/A) atuam no mercado de turbinas a gás de grande porte através de exportações"; e b) "participam com vendas no mercado brasileiro entre 8% e 9% cada uma" (fl. 219, e-STJ).

12. De acordo com o Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas - FGV/EASP, o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi.

13. A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado era, em 2003, de 40% para a GE e 15% para a Alstom.

Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que poderia repercutir no Brasil.

14. Recurso Especial provido para denegar a ordem.

(REsp 615628/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 04/05/2011)

No mesmo sentido, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça também decidiu pela legalidade da Resolução 15/98, a qual estabelecida que o primeiro documento vinculativo atuava como negócio jurídico hábil a disparar o prazo de 15 (quinze) dias úteis para a notificação obrigatória de um ato de concentração econômica, conforme acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO.DEFESADA CONCORRÊNCIA.OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APROVAÇÃO PELO CADE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. SENTIDO DA LEI Nº 8.884/94 (ART. 54, § 4º) E DA RESOLUÇÃO Nº 15/98 - CADE (ART. 2º). INOBSERVÂNCIA DO PRAZO.

INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DE NATUREZA FORMAL (ART. 54, § 5º), CUJA TIPICIDADE OU CONSUMAÇÃO INDEPENDEM DA LEGITIMIDADE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA OU DA APROVAÇÃO DA OPERAÇÃO PELO CADE. RECURSO PROVIDO.

(REsp 984249/DF, Rel. p/ Acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 29/06/2009)

Ainda a respeito do tema, dignos de registro são os votos proferidos pelos Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki, por ocasião do julgamento do recurso especial acima referido, e que bem exaurem a questão:

Voto Ministro Luiz Fux

Deveras, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em razão de suas atribuições institucionais, deve analisar os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência.

A ratio essendi do artigo 54, § 4.º, da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, é privilegiar a cautela e a prevenção com relação a efeitos possivelmente advindos de operações que venham a prejudicar o princípio constitucional da livre concorrência. Observa-se, assim, que o prazo estipulado no referido dispositivo legal decorre da necessidade de se analisar as operações em tempo hábil, ou seja, ante que eventualmente possam causar efeitos negativos no mercado.

Sob esse enfoque, a Resolução n.º 15/98, do CADE, em seu art. 2º, disciplinou o dispositivo acima, nos seguintes termos:

Art. 2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art.54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

Deveras, referidos atos deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE, sendo certo que a inobservância dos prazos de apresentação previstos [...] é punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo [...]. (Lei n.º 8.884/94)

O Poder Regulamentar, como cediço, é o que ostentam os chefes do Executivo para regulamentar a lei mediante decreto regulamentar. Desta sorte, o regulamento é servil ao detalhamento da lei.

A Resolução CADE n.º 15, de 19 de agosto de 1998, que disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, dispõe o seguinte em seu artigo 2.º:

Art. 2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art.54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

É que o controle é preventivo e o ato vinculativo é obrigativo desde logo, máxime quando irretroatável e irrevogável, o que conjura qualquer eiva de ilegalidade do ato normativo secundário.

O escopo preventivo conduz-nos a concluir que:

a) ao contrário do entendimento expresso no referido acórdão, observa-se que os artigos 7.º, inciso XIX, e 51, da Lei 8.884/94, autorizam a edição da Resolução CADE n.º 15/98, a qual somente explicitou o teor do artigo 54, § 4.º, da Lei 8.884/94, bem como foi elaborada em estrita observância dos limites do poder regulamentar;

b) o artigo 2.º da Resolução CADE n.º 15/98 apenas conferiu interpretação ao vocábulo "realização", insculpido no artigo 54, § 4.º, da Lei 8.884/94, como sendo "o primeiro documento vinculativo entre as requerentes", não havendo, portanto, criação de novo prazo, tendo a Resolução in foco apenas ofertado parâmetro para a segura interpretação da Lei 8.884/94;

c) desde o primeiro ato vinculado já se constata a realização de atos que produzem efeitos nas condições concorrenciais do mercado, possibilidade a ocorrência de abuso do poder econômico e de um possível prejuízo para inúmeros consumidores, de sorte que, se o ato passou a produzir efeitos imediatos no mercado, não se pode considerar data posterior para marcar o início do prazo do artigo 54, § 4.º, da Lei 8.884/94.

Exegese contrária importaria em infirmar a *ratio essendi* do artigo 54, § 4.º, da Lei 8.884/94. Ao revés, como sustenta o MPF, "[...] toda a coletividade estaria exposta a diversos efeitos negativos porventura decorrentes de grandes operações de concentração entre empresas que visam ao domínio do mercado, dentre os quais se destacam: abuso do poder econômico, lucros excessivos, restrições à entrada de novos concorrentes, prejuízos aos consumidores, e baixa qualidade dos produtos ou serviços". (fls. 540/541)..."

Voto Ministro Teori Albino Zavascki

"A questão central está em saber se o art. 2º da Resolução 15/98 (atual art. 98 da Resolução 45/07) do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ao definir o sentido do termo inicial do prazo para notificação dos atos que impliquem ou possam envolver domínio de mercado ou restrição da concorrência, extrapolou o disposto no § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94, que assim dispõe:

[...]

Conforme se percebe, são duas as formas de controle, pelo CADE, das operações de concentração de empresas: (a) a do controle preventivo,

quando os atos jurídicos são apresentados antes da sua "realização"; e (b) a do controle posterior, caso em que as empresas ficam obrigadas a apresentar os atos "no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE". *"Realização", aqui, tem o evidente significado de concretização jurídica, não de efetivação do resultado material do negócio. É que, independentemente do pleno exaurimento material (ou seja, da integral execução do ato negocial no plano da realidade), o só aperfeiçoamento jurídico do negócio produz (ou, pelo menos, tem aptidão para produzir) desde logo efeitos nas relações concorrenciais.*

Ora, a finalidade do controle desses negócios pelo CADE é, justamente, a de prevenir possíveis efeitos negativos nesse específico plano da concorrência. Assim, é inquestionável que a Resolução 15/98 andou bem quando adotou como momento da "realização" o da eficácia jurídica do negócio de concentração, ou seja, quando considerou realizado o negócio no momento em que há celebração de um ato juridicamente vinculativo. Nisso a Resolução não produziu qualquer inovação no mundo jurídico, nem houve, nesse ponto, extrapolação de limites entre norma regulamentadora e norma regulamentada. A Resolução nada mais fez do que explicitar o autêntico sentido da Lei 8.884/94, o sentido, que, conforme enfatizado, é o mais compatível com a finalidade da lei e com as funções institucionais do CADE, que são a defesa da ordem econômica e a preservação da livre concorrência. Realmente, no momento em que duas empresas estabelecem um concerto de vontade de caráter vinculativo, é evidente que ficam criadas as condições para que os efeitos desse negócio se façam sentir imediatamente, inclusive no que se refere à limitação ou à eliminação de concorrência nas relações de mercado.

Por outro lado, é preciso considerar que o desatendimento do prazo previsto no § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94 constitui infração administrativa de natureza formal (de mera conduta, segundo a linguagem do direito penal). Sua tipicidade e sua consumação, portanto, não guardam qualquer relação de dependência com a legitimidade ou não dos documentos apresentados, ou com a aprovação ou não, pelo CADE, do negócio de concentração neles ajustado. Trata-se de infração que se consuma com o decurso in albis do prazo legal para apresentar ao CADE a documentação representativa do negócio de concentração de empresas (§ 5º do art. 54 da Lei 8.884/94). O bem jurídico tutelado é a eficaz, mas rápida,

atuação do CADE nessas relações de ordem privada. Se, por um lado, tem o CADE o poder/dever de, em nome do princípio constitucional da livre concorrência (CF, art. 170, IV), velar pela legitimidade das operações de concentração, tem, por outro lado, o dever jurídico de não protrair, nem prolongar mais do que pelo tempo necessário, sua intervenção no livre exercício da atividade econômica das empresas, o que também é um predicado explícito nas normas constitucionais (CF, art. 170, caput e parágrafo único). Aliás, não é por outra razão que a própria Lei 8.884/94 fixa prazos certos também para que o CADE ultime sua atividade de exame da documentação apresentada, sob pena de, ultrapassados tais prazos, considerar-se automaticamente aprovada a operação (art 54, §§ 6º e 7º).

3. Quanto ao valor da multa, fixada em 180.000 UFIR, a autoridade administrativa o fixou em consideração à graduação legal (mínimo de 60.000 e máximo de 6.000.000), bem como a circunstância de estar consumada a infração e das condições econômicas dos infratores. Bem justificada a imposição, que se mostra razoável, não há ofensa a disposição legal a justificar a sua modificação. Também nesse ponto é de se restabelecer a sentença de primeiro grau.

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

Assim, decidiu o STJ que o primeiro documento hábil a vincular as partes já atuava, ao tempo da vigência da Lei nº 8.884/94, como elemento suficiente para disparar o prazo de apresentação dos atos de concentração então previstos pelo referido diploma legislativo. Bastaria ao ato a sua existência, não se fazendo necessária, para fins de notificação do ato ao SBDC, o cumprimento das condições suspensivas estabelecidas como requisitos necessários à eficácia do negócio jurídico firmado.

Caso o ato não fosse apresentado no prazo legal, a partir desse primeiro documento vinculativo, caberia ao CADE impor a multa por intempestividade de que tratava o artigo 54, §5º, da Lei nº 8.884/94.

A principal mudança introduzida pela nova lei de defesa da concorrência consiste na exigência de submissão prévia ao CADE dos atos de concentração, sejam fusões, incorporações, aquisição de controle acionário, ou sob qualquer outra forma manifestados.

Vê-se, assim, que os atos de concentração devem ser apresentados ao CADE antes de sua consumação. Nada impede, assim, que a apresentação se dê posteriormente ao primeiro documento vinculativo,

já que a exigência temporal fixada pelo legislador voltou-se à data da consumação do ato.

Por força dessa nova sistemática legal, os efeitos materiais resultantes do negócio jurídico devem aguardar o pronunciamento prévio da autoridade antitruste brasileira. Nesse sentido, o próprio Regimento Interno do CADE estabeleceu que a apresentação do ato deve ocorrer preferencialmente após a formalização de documento vinculativo entre as partes, mas antes de sua consumação. É o que resulta da análise do artigo 108, §1º, do Regimento Interno do CADE:

§1º As notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.

Com efeito, na vigência da atual Lei nº 12.529/2011, a empresa poderá apresentar o ato posteriormente à data do primeiro documento vinculativo. Deverão as partes cuidar, entretanto, para que a notificação do ato não ocorra posteriormente à sua consumação.

Diante da possibilidade de reprovação ou da imposição de restrições ao ato, as partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final da autarquia, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes (artigo 108, §2º, do Regimento Interno do CADE).

Para que os agentes econômicos não tenham que aguardar por uma decisão indefinida da autarquia, a Lei nº 12.529/2012 estabeleceu o prazo de 240 dias, prorrogável por mais 90 dias em decisão fundamentada do Tribunal Administrativo, para que ocorra o julgamento do ato pela autarquia. Caso não seja observado esse prazo, o artigo 133 do Regimento Interno da autarquia prevê a aprovação tácita do ato de concentração econômica apresentada.

Caso as partes apresentem o ato posteriormente à consumação, ao CADE restará aplicar a multa correspondente, a qual, conforme sistemática estabelecida pela nova lei, em nada se confunde com a aprovação ou não da operação. Não se trata mais da multa por intempestividade de que tratava o artigo 54, §5º, da Lei nº 8.884/94, mas sim a multa por não apresentação do ato antes de sua consumação, de que trata o §3º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011.

Na verdade, de acordo com a nova sistemática, a consumação do ato antes de sua apreciação pelo CADE implica tanto a nulidade do ato quanto a aplicação de multa pecuniária em valor compreendido entre R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma última distinção deve ser enfrentada quanto à apresentação obrigatória de atos de concentração econômica ao CADE.

A exigência de apresentação do ato, sob pena de multa, objetiva resguardar a própria atuação do sistema de controle das estruturas de mercado, de modo que a reforçar a atuação da autoridade antitruste no que se refere ao exame dos atos de concentração econômica, para fins de verificação da possível lesividade dessa operação à concorrência.

O CADE firmou o entendimento de que a aplicação da multa por intempestividade, ao tempo da Lei nº 8.884/94, não se confundia com o mérito do ato, o qual ocorre posteriormente ao exame dos seus efeitos pelo próprio Tribunal Administrativo.

Em suma, a aplicação de multa por ausência de apresentação prévia do ato constitui questão preliminar que decorre do descumprimento de uma regra objetiva, e que não se confunde com o julgamento feito pela autarquia em torno do mérito da operação.

Tal assertiva é reforçada pela constatação de que não compete aos agentes econômicos decidir antecipadamente pela ausência de nocividade do ato à concorrência, mas sim à autoridade antitruste. Por via de consequência, não procede a alegação comumente utilizada pelas empresas no sentido de que deixaram de apresentar o ato ao SBDC por não se revelar presente qualquer dano ao mercado decorrente da operação. Conforme já afirmado, os requisitos fixados pela lei para a notificação de determinada operação ao CADE são objetivos, cabendo à referida autarquia decidir pela existência ou não de danos concorrenciais, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos fixados, deve a operação ser apresentada ao SBDC.

É assim que o CADE, em reiteradas ocasiões, promoveu a aplicação de multa por intempestividade na apresentação do ato de concentração, mesmo que, quanto ao mérito da operação, nenhuma restrição tenha sido realizada pela autarquia. É o que resulta da análise dos seguintes acórdãos proferidos pelo CADE quanto à matéria:

EMENTA: Ato de concentração. Aquisição pela Essex Specialty Products Inc. de 100% das cotas representativas do capital social da Selco Indústria e Comércio Ltda. empresa que era controlada pela Compañía Industrial de Selladores y Adhesivos Comercial, Importadora, Exportadora, Agropecuaria, Inmobiliaria y Financiera Co. In. Sa. Sociedad Anónima. Mercado relevante de selantes e revestimentos protetores Mercado geográfico configurado como sendo o nacional. Apresentação tempestiva. Operação enquadrável no § 3º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94. Apreciação, por economia processual, da constituição da Selco Indústria e Comércio Ltda, operação não apresentada ao SBDC. Aplicação de multa por intempestividade no valor de 180.000 Ufirs. Aprovação sem restrições das operações apreciadas.

(ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.007413/2001-87, Relator: Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Junior. Julgamento: 02/10/2002)

EMENTA: Ato de concentração. Aquisição, pela Alcan Alumínio do Brasil Ltda, da Quota-Parte de 50% do Consórcio Candonga, detida anteriormente pela EPP-Energia Elétrica Promoção e Participações Ltda. Apresentação intempestiva. Hipótese prevista no §3º do art. 54. Concentração horizontal e faturamento superior a R\$ 400 milhões. Acréscimo de participação acionária decorrente da operação inferior a 1%. Operação que não gera efeitos anticoncorrenciais. Aplicação de multa por intempestividade. Aprovação sem restrições em âmbito concorrencial.

(ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.007591/2003-70, Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgamento: 12/05/2004)

Ato de Concentração. Aquisição. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Aquisição. Conhecimento. Taxa processual recolhida. Apresentação intempestiva. Mercado relevante de serviços de locação de estabelecimentos comerciais em shopping centers no município de São Paulo. Concorrência em produtos diferenciados. Sobreposição horizontal. Índícios de inexistência de pressão competitiva relevante entre os dois shopping centers reunidos, por meio da presente operação, sob o mesmo controle decisório. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições. Imposição de multa por intempestividade.

(Ato de Concentração nº 08012.013849/2007-09. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Data do Julgamento: 30/01/2008)

Ato de Concentração. Constituição de nova sociedade. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação intempestiva. Taxa processual recolhida. Setores envolvidos: serviços essenciais de infra-estrutura e energia elétrica. Aprovação sem restrições com aplicação de multa por intempestividade.

(Ato de Concentração nº 08012.000256/2009-36. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Data do Julgamento: 13/05/2009).

No âmbito da atual Lei nº 12.529/2012, entretanto, a aplicação de multa por ausência de notificação da operação antes de sua consumação traz sérias implicações para o próprio negócio jurídico realizado, na medida em que o artigo o §3º do artigo 88 do referido diploma legal impõe a nulidade do próprio negócio jurídico celebrado nessa hipótese.

Trata-se de grave sanção imposta pela legislação antitruste como mecanismo voltado para compelir as partes à notificação prévia da operação. Cabe ao CADE, por sua vez, dar segurança jurídica aos agentes econômicos a respeito da interpretação dos dispositivos legais que tratam do conhecimento das operações que lhe são apreciadas, de modo a evitar o prejuízo desarrazoado aos particulares.

4 CONCLUSÃO

A estruturação de uma autoridade antitruste pela legislação ordinária atende ao imperativo constitucional de proteção à livre concorrência e à livre iniciativa enquanto valores fundamentais de nossa ordem econômica.

Atento a tal paradigma constitucional, o Estado Brasileiro promoveu, recentemente, à aprovação da nova lei de defesa da concorrência – Lei nº 12.529/2011.

Duas foram as principais alterações ocorridas no que diz respeito à notificação dos atos de concentração ao CADE.

A primeira diz respeito ao critério temporal. A partir do início de vigência da nova lei, datado de 29 de maio de 2012, os atos de concentração devem ser apresentados previamente à sua consumação, e não mais posteriormente à sua realização, como previa o diploma legal que regia anteriormente a matéria.

Em segundo lugar, houve uma modificação nos requisitos objetivos aptos a tornar obrigatória a notificação em questão. Como afirmado, enquanto anteriormente se fazia necessário que apenas um dos agentes econômicos envolvidos na operação tivesse faturamento anual superior a R\$ 400.000,00 (quatrocentos milhões de reais) ou 20% (vinte por cento) de participação no mercado relevante, tem-se que, com a nova Lei nº 12.529/2011, os critérios de faturamento subiram substancialmente. Ademais, restou extinto o requisito fundado exclusivamente na participação de mercado.

Com isso, a legislação sinaliza para a diminuição do número de operações a serem apresentadas à autoridade antitruste brasileira, reservando sua atuação, no que se refere ao controle de estruturas de mercado, aos casos em que a operação tenha o condão de ensejar maiores preocupações concorrenciais.

Com as restrições acima relatadas, objetiva-se direcionar a atuação da autarquia, ao menos no campo do controle das estruturas de mercado, para os casos que envolvam maior concentração econômica, de modo a conferir maior eficiência em sua atuação. No que diz respeito aos demais atos potencialmente lesivos à concorrência, reservou-se a atuação do SBDC para a seara da apreciação das condutas configuradoras de infrações contra a ordem econômica, deixando para o controle das estruturas de mercado apenas a apreciação dos atos com maior potencialidade lesiva à concorrência.

Desse modo, reserva-se à autoridade antitruste uma atuação mais focada no controle das condutas lesivas à concorrência, ou seja, na apuração de atos caracterizadores de infrações contra a ordem econômica pelos agentes do mercado.

Em conclusão, vale destacar que o fortalecimento da estrutura da autoridade antitruste brasileira certamente ensejará atuação ainda mais exitosa no combate às condutas lesivas à concorrência, como é o caso da prática de cartel, com vistas à garantia da higidez do ambiente concorrencial brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. *Conceito Jurídico de Ato de Concentração*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/733/516>>. Acesso em: 16 maio 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições ao Direito Econômico*. 4. ed. São Paulo: Editora Forense, 2011.

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

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

HESSE, Konrad. *A Força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência – Doutrina e Jurisprudência*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

STOLZ, Fernanda Paula; SCREMIN, Sônia Rodrigues; DAUDT, Simone Stabel. *A necessidade do controle a priori dos atos de concentração de empresas no Brasil*. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Portals/36/SA/2006/ANecessidadeDoControle.pdf>> . Acesso em: 29 abr. 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2004.