
**PARECER PROCADE Nº 17/2012/
PROCADE/PGF/AGU**

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Procurador-Geral do CADE



Parecer ProCADE N° 17/2012/procade/pgf/agu.
Referência: VETO AO ART. 64 DA LEI 12.529/2011

EMENTA: Nova Lei do Cade. Veto ao Art. 64. Aprovação do Ato de Concentração por Decurso de Prazo. Interpretação Histórica, Teleológica e Sistemática. pela Existência de Aprovação Tácita.

Sr. Presidente,
Srs. Conselheiros,

1. Trata-se de orientação sobre a dúvida jurídica surgida em razão do veto, pela Excelentíssima Senhora Presidenta da República, do art. 64 da Lei 12.529/2011, o qual prescrevia:

“Art. 64. O descumprimento dos prazos previstos nesta Lei implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica.

Parágrafo único. Comprovada nos autos a aprovação tácita a que se refere o caput deste artigo, deverá ser providenciada a imediata apuração das responsabilidades penal, cível e administrativa de quem lhe deu causa”.

2. Como razões de veto, a Excelentíssima Sra. Presidenta da República consignou:

“Da forma como redigido, o artigo estabelece a aprovação tácita de atos de concentração como consequência automática do descumprimento de quaisquer dos prazos estabelecidos pela lei, resultando em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade. Note-se que a legislação já oferece mecanismos menos gravosos e aptos a apurar as responsabilidades pelo eventual desrespeito aos prazos estabelecidos em lei.”

3. Este veto suscitou preocupações em especialistas, manifestadas em órgãos de imprensa, sobre a extensão dos seus efeitos. Teria acabado no Brasil a aprovação por decurso de prazo em caso de inércia da Administração?

A presidente vetou prazo de julgamento total do órgão antitruste

Célia Froufê, da Agência Estado (01.12.2011)

BRASÍLIA - O advogado especializado em defesa da concorrência José Del Chiaro mostrou nesta quinta-feira, 1º, preocupação com o veto da presidente da República, Dilma Rousseff, divulgado hoje para o Supercade, em relação ao prazo de julgamento total do órgão antitruste. Pela aprovação no Congresso Nacional, a autarquia teria 240 dias - ou 330 se houver pedido de prorrogação - para finalizar a apreciação de um ato de concentração.

Na prática, na avaliação do advogado, o veto ao artigo que disciplinava esse limite de tempo poderá reduzir a pressão para que o Cade acelere suas avaliações nos casos de fusão e aquisição. "Retirar esse prazo, para mim, é muito grave", pontuou Del Chiaro. "O Cade poderá eternizar um ato de concentração lá dentro, caso não haja uma disciplina muito forte para isso", continuou.

Outra dúvida que o defensor ainda possui é a do prazo que as empresas precisam cumprir, com a nova forma de análise prévia, para apresentar os atos de concentração para o Cade. "Isso pode ser um problema e empatar, inclusive, operações internacionais", avaliou. Por isso, de acordo com ele, o regimento a ser preparado pela autarquia precisa ser claro. Caso contrário, disse Del Chiaro, algumas operações mundiais precisarão primeiro ser levadas ao Brasil antes mesmo de serem apresentadas a seus países.

"Desta forma e com o veto, o Brasil poderá ser o primeiro a receber a intenção de uma fusão ou aquisição e não ter prazo para entregá-la. Este é uma situação delicada", disse o advogado. "Acredito que a lei seja uma evolução, e estou em sintonia com a maior parte das mudanças, mas alguns esclarecimentos precisam ser feitos", resumiu Del Chiaro.

Governo veta artigo que previa aprovação automática de fusão em caso de atraso em julgamento Por Juliano Basile. Valor Econômico. De Brasília. (01.12.2011)

Ao sancionar a Lei nº 12.529, que cria o Super Cade, a presidente Dilma Rousseff vetou o artigo 64, que facilitava a aprovação de fusões e aquisições de empresas. O artigo determinava que, se os prazos para o julgamento de uma fusão fossem descumpridos, o negócio seria aprovado automaticamente. Ou seja, as empresas nem precisariam esperar pelo julgamento [...]

O órgão antitruste pretende abrir consulta pública para empresas e advogados se manifestarem a respeito do novo regimento interno e da resolução sobre multas. "Isso certamente vai gerar bastante discussão", disse o advogado Paulo Casagrande, do escritório Brasil, Pereira Neto, Galdino e Macedo. Segundo ele, a lei estabeleceu que as fusões só vão valer no Brasil após a aprovação pelo Super Cade. Daí, a necessidade de as empresas saberem que, ultrapassados os prazos legais, os negócios seriam aprovados. "Sem o artigo 64, não haverá essa certeza e será complicado verificar qual a consequência do descumprimento dos prazos pelo Super Cade", disse Casagrande. Para a ex-secretária de Direito Econômico Mariana Tavares de Araújo, advogada do escritório Levy & Salomão, o veto ao artigo 64 "criou insegurança jurídica quanto ao que acontecerá se o Cade não observar os prazos da lei". [...]

4. O presente parecer visa a explicitar a interpretação da Procuradoria, observando se o veto ao dispositivo acima transcrito aboliu do ordenamento jurídico a aprovação tácita, prevista anteriormente no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994¹, vis-à-vis o art. 88 da Lei 12.529/2011, §§ 2º e 9º², da Lei 12.529/11.

5. Eis sucinto relato.

1 Lei 8.884/1994, art. 54, § 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.

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

[...]

§ 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.

[...]

§ 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.

FUNDAMENTAÇÃO

6. O veto ao art. 64 da Lei 12.529/2011 não aboliu a aprovação por decurso de prazo prevista na novel lei antitruste, a partir de uma interpretação histórica, teleológica e sistemática, conforme será adiante demonstrado.

7. O CADE, através da análise de atos de concentração, realiza o chamado controle prévio ou preventivo, no qual se verifica a possibilidade de determinada operação causar prejuízos à concorrência. A proteção à concorrência aqui é prospectiva, ou seja, visa a evitar dano de natureza futura e incerta, mas provável.

8. Pela sistemática da Lei 12.529/2011, o CADE autoriza a realização do ato, uma vez que a notificação da concentração e a análise são anteriores à sua materialização.

9. O veto presidencial, para alguns, teria retirado da legislação em *vacatio legis* o efeito expressamente previsto no ordenamento jurídico vigente, qual seja, aprovação do ato de concentração não havendo deliberação pelo CADE em prazo oportuno.

10. Assim, o veto do art. 64 da Lei 12.529/11 geraria uma omissão legislativa quanto aos efeitos pelo decurso de prazo, modificando a previsão que era expressa na Lei 8.884/94, para uma ausência de previsão.

11. Pois bem. A “omissão legislativa” dos efeitos de eventual decurso de prazo não é novidade para a Administração Pública em geral.

12. Dromi esclarece que:

A Teoria do silencio adquire sua importância toda vez que a obrigação de resolver expressamente, tal como está concebida, carece de eficácia e em algum modo assegura que a atividade da Administração se resolva no sentido previsto, não obstante se tratar de um dever institucional de todos os órgãos do Estado, derivado da própria configuração da Administração Pública com ente a serviço da comunidade.³

3 DROMI, Roberto: El acto Administrativo. Ediciones ciudad Argentina, 1997, Buenos Aires, p. 55 “La teoría del silencio adquiere su importancia toda vez que la obligación de resolver expresamente, tal como está concebida, carece de eficacia y en modo alguno asegura que la actividad de la Administración se desarrolle en el sentido previsto, no obstante tratarse de un deber institucional de todos los órganos del Estado, derivado de la propia configuración de la Administración Pública con ente servicial de la comunidad”.

13. Quando se tem em jogo interesses individuais submetidos à decisão da Administração, a omissão pode gerar, pois, da aceitação à rejeição do pleito privado.

14. René Chapus⁴ indica que impor a rejeição do pedido como consequência da omissão da Administração tende a dar mais segurança, por não causar riscos ao interesse geral ou à ordem pública. Todavia, se a consequência da omissão for a autorização implícita, algumas precauções e exigências são essenciais:

- a) O requerimento deve ser endereçado à autoridade competente;
- b) O requerimento deve estar apoiado em um dossiê completo, quer dizer, com as peças essenciais exigidas por lei e regulamentos para a sua apreciação;
- c) Devem existir prazos específicos que indicam a autorização implícita após o seu decurso.

15. Ao abordar a autorização implícita na legislação brasileira, Hely Lopes Meirelles explica:

“A omissão da Administração pode representar aprovação ou rejeição da pretensão do administrado, tudo dependendo do que dispuser a norma pertinente. Não há, em doutrina, um critério conclusivo sobre a conduta omissiva da autoridade. Quando a norma estabelece que, ultrapassado tal, o silêncio importa aprovação ou denegação do pedido do postulante, assim se deve entender, menos pela omissão administrativa do que pela determinação legal do efeito do silêncio. *Quando a norma limita-se a fixar prazo para a prática do ato, sem indicar as consequências da omissão administrativa, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio. O certo, entretanto, é que o administrado jamais perderá seu direito subjetivo, enquanto perdurar a omissão da Administração no pronunciamento que lhe compete (grifo nosso)*”.⁵

16. No caso da análise de atos de concentração na nova sistemática da Lei 12.529/2011, há alguns elementos que indicam que a interpretação correta é a de que a omissão do CADE após 240 dias *importa em aprovação por decurso de prazo*.

4 CHAPUS, René: *Droit Administratif Général*. Montchrestien, Paris, Tome 1, 12 edition, p 468 e 469)

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 111 - 112.

17. Primeiramente, através de uma interpretação *histórica*, verifica-se que a lei anterior previa a aprovação tácita, no seu art 54, § 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”) e que essa era uma medida considerada salutar tanto pelos administrados, quanto pela autoridade administrativa. O objetivo era exatamente privilegiar a eficiência administrativa, um dos nortes da Administração Pública prescritos na Constituição (art. 37, caput).

18. A partir da leitura das razões de veto, verifica-se que o art. 64 mereceu o veto porque, da forma como estava redigido, conduziria a interpretação de que o descumprimento *de qualquer prazo do procedimento* (e não apenas do prazo total previsto no art. 88 da Lei 12.529/11) acarretaria a aprovação tácita:

“o artigo estabelece a aprovação tácita de atos de concentração como *conseqüência automática do descumprimento de quaisquer dos prazos estabelecidos pela lei, resultando em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade* (destaque nosso)”.

19. Um exemplo de prazo periférico, que poderiam resultar na aprovação tácita do ato de concentração, caso tivesse sido mantido o dispositivo do art. 64, é o art. 58, parágrafo único, o qual dispõe:

Art. 58. O requerente poderá oferecer, no prazo de 30 (trinta) dias da data de impugnação da Superintendência-Geral, em petição escrita, dirigida ao Presidente do Tribunal, manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação do ato de concentração da Superintendência-Geral e juntando todas as provas, estudos e pareceres que corroboram seu pedido.

Parágrafo único. *Em até 48 (quarenta e oito) horas da decisão de que trata a impugnação pela Superintendência-Geral*, disposta no inciso II do caput do art. 57 desta Lei e na hipótese do inciso I do art. 65 desta Lei, o processo será distribuído, por sorteio, a um Conselheiro-Relator.

20. Como se observa, se o prazo de 48 horas da distribuição para um relator não fosse cumprido, dar-se-ia o vencimento de “*quaisquer prazos*” e a conseqüente a aprovação por decurso de prazo do ato de concentração.

21. Em verdade, não é razoável supor que o descumprimento de *qualquer prazo* (no sentido de “prazos menores”, impróprios pela essência) pode resultar na aprovação tácita, mas sim o decurso do prazo peremptório de 240 dias (prorrogados nos termos do art. 88, §9º, I e II).

22. Sob o aspecto *teleológico*, é notório que a finalidade da reforma legislativa do SBDC teve por escopo precípua a celeridade na análise dos atos de concentração.

23. Veja-se, a propósito, trecho da EM nº 00107-A - MJ/MF/MP, assinada pelos Exmos. Ministros da Justiça, Fazenda e Planejamento, anexa ao Projeto de Lei 5877/2005, que expunha as razões para a reformulação do SBDC e que deu origem à Lei 12.529/2011:

“Diante do exposto, como forma de sanear as dificuldades antes enumeradas, está sendo encaminhado um Projeto de Lei que propõe o redesenho institucional do SBDC, a ênfase no combate a condutas de alto potencial ofensivo, a divisão de competências entre o órgão encarregado da instrução e de julgamento, *uma nova sistemática de análise de atos de concentração, mediante o estabelecimento do controle prévio, o aperfeiçoamento dos critérios de notificação e o estabelecimento de procedimentos claros para o combate de condutas anticoncorrenciais.*

O modelo proposto implicará *a agilização do trâmite dos processos e a priorização de casos que representem maior probabilidade de dano aos consumidores, gerando o aumento da eficiência administrativa, a redução do custo para o administrado e uma implementação mais efetiva da defesa da concorrência.*”

24. Tanto que o CADE, com a nova lei, é dotado de um plexo de competências e estrutura mais robusta, absorvendo as atividades de instrução antes a cabo da SDE/MJ e da SEAE/MF.

25. Não é condizente com o intento do legislador de agilizar o procedimento de análise de atos de concentração, aumentar a eficiência administrativa e diminuir o custo para o administrado uma interpretação de que o decurso de prazo específico não acarreta qualquer consequência, ou mesmo que poderia ensejar a reprovação do ato de concentração.

26. Por fim, com base em uma interpretação *sistemática*, fecha-se o círculo interpretativo que conclui ter o prazo específico previsto no art. 88 da Lei 12.529/11 caráter peremptório.

27. Primeiramente, outros artigos da Lei apresentam mecanismos para objetar a continuidade da análise, exigindo-se do CADE *uma ação* para bloqueio da operação:

Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

§ 1º Ao verificar que a petição não preenche os requisitos exigidos no caput *deste artigo ou apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, a Superintendência-Geral determinará, uma única vez, que os requerentes a emendem, sob pena de arquivamento.*

28. A ação é exigida não só no caso de emenda do requerimento, mas a autoridade ainda deve agir quando considerar efeitos nocivos para justificar uma análise mais aprofundada:

Art. 56. A Superintendência-Geral poderá, por meio de decisão fundamentada, *declarar a operação como complexa e determinar a realização de nova instrução complementar*, especificando as diligências a serem produzidas

Art. 58. O requerente poderá oferecer, no prazo de 30 (trinta) dias da data de impugnação da Superintendência-Geral, em petição escrita, dirigida ao Presidente do Tribunal, manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação do ato de concentração da Superintendência-Geral e juntando todas as provas, estudos e pareceres que corroboram seu pedido.

Parágrafo único. Em até 48 (quarenta e oito) horas da decisão de que *trata a impugnação pela Superintendência-Geral*, disposta no inciso II do caput do art. 57 desta Lei e na hipótese do inciso I do art. 65 desta Lei, *o processo será distribuído, por sorteio, a um Conselheiro-Relator.*

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

I - proferirá decisão determinando a inclusão do processo em pauta para julgamento, caso entenda que se encontre suficientemente instruído;

II - determinará a realização de instrução complementar, se necessário, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas

29. Por fim, *temos a indicação de prazos peremptórios* para a análise do Conselho, improrrogáveis, previstos no artigo 88 da Lei 12.529/2011:

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

[...]

§ 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.

[...]

§ 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.

30. As expressões são incisivas: *prazo máximo, hipóteses cerradas de dilação e limitação de renovações das mesmas*.

31. O art 63 da Lei, ainda, expressamente indica a impossibilidade de suspensão dos prazos:

Art. 63. Os prazos previstos neste Capítulo *não se suspendem ou interrompem por qualquer motivo*, ressalvado o disposto no § 5º do art. 6º desta Lei, quando for o caso.

32. O conjunto de dispositivos, assim, demonstra que deverá haver deliberação da Administração sobre a sua situação jurídica dos administrados em um prazo determinado e se não houver, o requerimento deve ser considerado aprovado.

33. Reforçando a argumentação, tem-se que o controle preventivo de atos de concentração deriva do princípio da livre concorrência e do mandamento constitucional direcionado à prevenção do abuso de poder econômico (Arts. 170, IV, e 173, § 4º, da Constituição Federal).

34. Basicamente, ele é realizado através da análise de fusões e aquisições, visto que estas podem, eventualmente, levar à formação de estruturas de mercado que facilitem o exercício abusivo futuro do poder econômico adquirido na fusão/aquisição.

35. O ato de adquirir ou se fundir com uma empresa concorrente não é, contudo, per se, ilegal. Ao contrário, resulta do legítimo exercício do direito à livre iniciativa e do direito de propriedade, ambos assegurados reiteradamente na Constituição.

36. A Constituição e a Lei autorizam apenas que o exercício desses direitos seja em alguns casos obstado, quando representar um risco excessivo ao direito da coletividade de usufruir um ambiente concorrencial saudável.

37. A Lei 12.529/2011 estabelece um prazo para que esta análise de risco potencial da fusão/aquisição seja realizada pela Administração.

38. Não é razoável supor que, descumprido o prazo legal de análise pela própria Administração, as partes que exerceram legitimamente direitos assegurados pela Constituição permaneçam indefinidamente sem pronunciamento ou que o mesmo seja considerado negado.

39. A reprovação de ato de concentração, agora, depende, em primeiro lugar, da impugnação do ato pelo Superintendente-Geral do CADE (art. 57 da Lei 12.579/2011), e, em segundo lugar, da aceitação da impugnação pelo Tribunal do CADE, ou seja, de atos comissivos da Administração.

40. Ora, se não tiver havido, dentro do prazo geral de análise, a apreciação final do ato pelo Tribunal, não há porque se presumir, contra o administrado, a existência de prejuízos decorrentes da operação.

41. Ademais, conforme observado por Chapus, estão presentes na Lei 12.529/11 os elementos que asseguram a proteção ao interesse coletivo para uma aprovação implícita, uma vez que:

a) Existe determinação de que o requerimento deve ser endereçado à autoridade competente, o CADE;

b) O requerimento deve estar apoiado em um dossiê completo, quer dizer, com as peças essenciais exigidas por lei e regulamentos para

a sua apreciação, do contrário o pleito deverá ser emendado ou até mesmo extinto, art 53, §1º;

c) Existem prazos específicos que indicam a autorização implícita após o seu decurso (a Lei é explícita ao indicar o prazo máximo para análise do ato de concentração – art 88, § 9, I e II).

42. Assim, sistematicamente, também, é possível concluir que, diante do silêncio da Administração e transcorrido o prazo previsto em Lei, dá-se a sua aprovação.

CONCLUSÃO

43. Pelos motivos aqui aduzidos, posiciona-se pela manutenção no Ordenamento Jurídico Brasileiro da aprovação tácita dos atos de concentração em decorrência do decurso geral do prazo de análise, mesmo após o veto do Art. 64 da Lei 12.529/2011, pois:

- (i) *Quando a norma se limita a fixar prazo para a prática do ato pela Administração, sem indicar as conseqüências da omissão administrativa, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio;*
- (ii) O veto presidencial do art. 64 claramente se direcionou a impedir que o descumprimento de prazos incidentais ao procedimento, e não do prazo geral, levasse à aprovação tácita do ato;
- (iii) A finalidade declarada da Lei 12.529/2011 é agilizar os procedimentos de análise, aumentar a eficiência do controle preventivo e diminuir os custos para o administrado, o que tornaria contraditória interpretação que permitisse o silêncio administrativo sem conseqüências;
- (iv) A análise sistemática de diversos dispositivos da Lei 12.529/2011 demonstra que existem prazos peremptórios para análise pelo CADE e indica que a ausência de pronunciamento definitivo do CADE implica reconhecer o direito das partes requerentes de implementar a operação apresentada.

44. Sugere-se ao CADE, ainda, para controle e transparência dos atos que possam enquadrar-se na situação acima descrita, que introduza,

no regimento interno que será redigido para fazer face às exigências da Lei 12.529/11, dispositivos que respaldem a interpretação legal acima invocada, até mesmo para, nos termos da legislação aplicável, responsabilizar os servidores que derem causa a aprovação por decurso de prazo.

É o parecer.

Brasília, 16 de dezembro de 2011.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Procurador-Geral do CADE

Fernando Antônio A. O. Júnior
Procurador Federal

Cristina Campos Esteves
Procuradora Federal

Leonardo Sousa de Andrade
Procurador Federal

Victor Santos Rufino
Procurador Federal

Roberto Inácio de Moraes
Procurador Federal

Daniela Silva Borges
Procuradora Federal

Rossana M. de Souza Gusmão
Procuradora Federal

Fernando Bastos Costa
Procurador Federal

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares