

Publicações da Escola da AGU

A Nova Lei do CADE

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 19	p. 1-300	julho 2012
---------------------------------	----------	-------	----------	------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Filipo Bruno Silva Amorim
Cristina Campos Esteves

Conselho Editorial: Vinícius Marques de Carvalho; Alessandro Serafin Octaviano Luis; Elvino de Carvalho Mendonça; Marcos Paulo Veríssimo; Ricardo Machado Ruiz; Ana de Oliveira Frazão; Eduardo Pontual Ribeiro

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima e Glauca Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 19 (jul./2012).- Brasília: EAGU - mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral. e a partir do ano IV, n° 14
periodicidade mensal

ISSN 2236-4374

1. Direito Público – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5
CDU 34(05)

SUMÁRIO

Editorial	5
-----------------	---

INSTITUCIONAL

A nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional <i>The new Brazilian Competition Law: comments under a historic and institutional perspective</i> <i>Vinicius Marques de Carvalho</i> <i>Ticiania Nogueira da Cruz Lima</i>	7
---	---

ARTIGOS

Negociações Produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da lei 12.529, de 2011 <i>Productive Negotiations: analyses of the proceedings with cease conduct commitments according to the antitrust legislation under law 12.529/2011</i> <i>Cristina Campos Esteves</i>	35
--	----

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 <i>Mandatory Notification of Mergers in the Brazilian Competition Policy System: main changes main changes resulting from the enactment of law nº. 12.529/2011</i> <i>Daniel Gustavo Santos Roque</i>	51
--	----

A prescrição na Lei nº 12.529/2011 <i>Statute of Limitation in the Law 12.529/2011</i> <i>Daniela Silva Borges</i>	107
--	-----

A Nova Lei do CADE e a Reestruturação Administrativa do SBDC: pontos positivos e negativos <i>New Law of Cade and BCPS Administrative Restructuring: pros and cons.</i> <i>Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior</i>	135
--	-----

Desafios do Poder Público na Defesa da Concorrência no Setor da Aviação Civil Brasileira <i>Gabriel de Mello Galvão</i> <i>Leonardo Raupp Bocorny</i>	173
---	-----

As Composições no CADE como Instrumento de Efetividade na Defesa da Concorrência <i>Agreements in CADE as an Effectiveness Tool for the Competition Defense</i> <i>Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo</i>	209
A Nova Lei do CADE e a Ação de Indenização Civil Contida em seu Artigo 47 <i>CADE's new Law and the civil indemnity law suit instituted in article 47</i> <i>Marcela Ali Tarif Roque</i>	233
Do Processo Administrativo no Controle de Atos de Concentração Econômica <i>The Administrative Process for the Merger regulation</i> <i>Roberto Inácio de Moraes</i>	253
PARECER 2012 – PROCADE/PGF/AGU <i>Daniel Gustavo Santos Roque</i>	267
Parecer ProCADE N° 17/2012/procade/pgf/agu <i>Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo</i>	287

EDITORIAL

As Publicações da Escola da AGU são edições especiais sobre assuntos pertinentes à área jurídica e de relevo para a Advocacia Pública. Trata-se o presente número de uma coletânea de artigos sobre os principais temas vinculados à nova Lei Antitruste – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

A Lei 12.529, de 2011, alterou não só a estrutura do Sistema Brasileiro da Concorrência – SBDC, como introduziu o Sistema de Análise Prévia dos atos de concentração em lugar da análise posterior à sua materialização que vigeu durante a revogada Lei 8.884, de 1994. Ambas as mudanças foram materializadas como forma de dotar o Estado de mecanismos mais eficientes nas análises de mercado e combate às condutas perpetradas em face da livre concorrência.

Esclarecendo as principais alterações introduzidas pela nova Lei Antitruste, Esta revista é formada por um artigo institucional que aborda a história institucional do Direito Antitruste no Brasil para, em seguida, trazer ao leitor temas instigantes levantados pela nova lei como: os procedimentos de negociação no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sob o prisma da Lei 12.529, as principais alterações introduzidas no processo de notificação obrigatória, a prescrição na nova lei antitruste, a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, desafios do Poder Público no setor de aviação civil com a entrada em vigor da nova legislação, as composições no Cade como instrumento de efetividade da defesa da concorrência, a ação de indenização prevista no art.47 da nova Lei Antitruste e as principais alterações trazidas pela lei nos processos de apuração de condutas contra a livre concorrência.

Além dos artigos acadêmicos escritos em sua maioria por Procuradores Federais em exercício no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, esta coletânea traz, ainda, dois pareceres que cuidadosamente interpretam historicamente dispositivos da nova legislação de forma a colmatar lacunas do texto legal publicado. Esta composição múltipla e heterogênea torna esta publicação referência indispensável para aqueles que pretendam estar atualizados com o Direito Antitruste brasileiro.

A todos, uma ótima leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

Filipo Bruno Silva Amorim
Vice-Diretor da Escola da AGU



A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA: COMENTÁRIOS SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-INSTITUCIONAL

*THE NEW BRAZILIAN COMPETITION LAW: COMMENTS UNDER A
HISTORIC AND INSTITUTIONAL PERSPECTIVE*

*Vinicius Marques de Carvalho
Ticiane Nogueira da Cruz Lima*

SUMÁRIO: Introdução: direito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro; 1 A evolução histórica do direito da concorrência; 2 Cenário Brasileiro; 3 O novo SBDC como um desenho institucional mais eficiente para a implementação da política brasileira de defesa da concorrência; 3.1 As mudanças estruturais; 3.2 As mudanças nos procedimentos que embasam a atuação do SBDC; 3.3 O novo direito da concorrência brasileiro: avanços em matérias substanciais; Referências.

RESUMO: Partindo do pressuposto de que a concorrência não é um fenômeno uniforme e a-histórico, o artigo analisa a evolução histórica e institucional do direito da concorrência com enfoque nas mudanças ocorridas no cenário brasileiro. A análise procura contextualizar a nova lei de defesa da concorrência nesse processo, explicando os principais avanços institucionais da reforma recente.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência. Lei 12.529/2011. História do Direito Concorrencial e Institucionalismo.

ABSTRACT: This article analyses the historical and institutional evolution of competition laws with a view of competition as an ever changing phenomenon. Focus is given to the Brazilian experience. The recent legislative reform is explained through a historical perspective as the authors expose the main institutional improvements that the new law brings about.

KEYWORDS: Competition. Law 12.529/2011. History of Competition Law and Institutionalism.

INTRODUÇÃO: DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como aponta Comparato,

A Constituição [...] declara que a ordem econômica deva assentar-se, conjuntamente, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. E assinala que o objetivo global e último dessa ordenação consiste em ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170, caput)¹.

É em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os princípios expressos no art. 170, dentre os quais está o princípio da livre concorrência.

De um lado, liberdade pode ser associada à possibilidade de autodeterminação, ou, como sugere Eros Grau, trata-se da sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado². Por sua vez, a noção de concorrência abriga a ideia de luta, de competição em busca de vantagens, geralmente econômicas. Como sugere Pontes de Miranda:

Concorrer é tentar abrir caminho, ou alargá-lo; quem o alarga demais, crescentemente, tira espaço a quem concorria, ou poderia concorrer. A luta conta os monopólios inspira-se na necessidade de evitar ou de desfazer resultados da intensificação da concorrência, que pode negar o princípio de livre concorrência, ou da própria atividade pré-eliminadora da concorrência. Na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado³.

No entanto, importante ressaltar, que a concorrência não é um fenômeno uniforme e a-histórico. A sua intensidade depende de uma série de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais. A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos

1 Regime Constitucional de Controle de Preços no Mercado. *Revista de Direito Público*, v. 97, 1991, p. 19.

2 *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 185.

3 *Tratado de direito privado*. Tomo XVII (Parte Especial). 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 179-180.

princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial do século XIX de estrutura atomística e fluida. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Se, para a economia clássica, o mercado apresentava-se como um processo de interação entre sujeitos privados regulado pelo pressuposto da concorrência perfeita, com o aperfeiçoamento dos mecanismos de intervenção do Estado, que caminhou *pari passu* com o movimento de concentração do capital, o mercado perde seu caráter de instituição livre. Tais mecanismos envolvem tanto medidas de cunho generalizante e global para o desenvolvimento do mercado, como ações específicas de bem-estar social para a obtenção de determinados resultados.

O conjunto das técnicas e instituições de intervenção estatal se aperfeiçoou exatamente para responder às novas tarefas que se apresentavam ao Estado. No sistema de economia política clássica, reservava-se ao Estado funções negativas em relação ao bem-estar social. O interesse público decorria da capacidade do Estado para realizar a missão de garantir o sistema de “livre mercado”, cuja prevalência asseguraria o equilíbrio econômico e social. Já no Estado pós-liberal, o principal objetivo da política econômica era a expansão da renda nacional e o desenvolvimento das forças produtivas por meio da ação propulsiva do Estado. Como afirma Comparato, em estudo pioneiro sobre o direito econômico no Brasil, “a ação do Poder Público com vistas à expansão procura atingir as próprias estruturas do sistema econômico, no sentido do seu aperfeiçoamento, ou mesmo de sua transformação, como é o caso notadamente em países subdesenvolvidos”⁴.

Nesse contexto, o mercado, enquanto instituição social, passou a ser entrecortado por uma série de objetivos de políticas públicas. Seus atores estariam subordinados a estratégias de ação pública que dificilmente consideravam os ditames da livre iniciativa e da busca do equilíbrio. Ao contrário, a própria expansão da idéia de desenvolvimento foi absorvida no debate econômico pelo aperfeiçoamento de processos de desequilíbrio. Estes eram gerados pela inovação técnica promovida por setores econômicos estimulados por políticas industriais, ou por choques

⁴ O Indispensável Direito Econômico. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo: Forense, 1978. p. 464.

de expansão na oferta de bens e serviços que desencadeavam uma onda de investimentos e direcionavam a expansão econômica.

Embora se destinem quase exclusivamente a um estudo da economia americana, as análises de John Kenneth Galbraith⁵ podem, em alguns aspectos, serem úteis às considerações de ordem mais geral feitas no presente artigo. É que para Galbraith, a causa das transformações na postura do Estado frente à organização econômica e ao mercado deriva da decadência de uma teoria do capitalismo, mais especificamente, do sistema de economia clássica construído em fins do século XVIII e durante o século XIX, principalmente na Inglaterra.

Na economia estruturada com base nesse sistema, todos os estímulos incitavam ao emprego de homens, capital e recursos naturais para produzir com a máxima eficiência o que a população mais desejava. O pressuposto básico para alcançar os melhores níveis de eficiência fundava-se na inexistência ou irrelevância do poder econômico privado. Restaria ao Estado o papel “insignificante” de garantir esse requisito. Diz-se insignificante porque, apesar de conter um componente normativo, o caráter pouco ameaçador do poder econômico era visto como regra geral, decorrência automática do ambiente concorrencial que prevalecia na vida econômica. Dessa forma, como havia uma coincidência, para a teoria clássica, entre o pressuposto fático e normativo, não eram exigidas maiores intervenções do Estado.

O cenário começa a mudar a partir do questionamento teórico da economia clássica, formulado principalmente por John Maynard Keynes. Para ele, a teoria econômica liberal (do *laissez-faire*) era de uma simplicidade e beleza tão grandes que frequentemente se desprezava o fato de ela não decorrer da realidade, mas de uma hipótese incompleta formulada com a finalidade de simplificação. Segundo Keynes, a idéia de que os indivíduos que agem de maneira independente para seu próprio bem produzem maior volume de riqueza estava assentada em pressupostos irrealistas. Isso ocorre porque os economistas geralmente postergam a discussão das complicações que surgem:

- (i) quando as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo;
- (ii) quando ocorrem custos indiretos e conjuntos;
- (iii) quando as economias internas tendem à concentração da produção;

5 GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 38-39.

- (iv) quando o tempo necessário para os ajustamentos é longo;
- (v) quando a falta de informação impera e
- (vi) quando os monopólios e os cartéis interferem no equilíbrio dos negócios.

Enfim, os economistas guardam para um estágio posterior a sua análise dos fatos reais. Como afirma Keynes:

Muitos dos que reconhecem que as hipóteses simplificadas não correspondem precisamente aos fatos concluem, apesar disso, que elas representam o que é 'natural' e, portanto, ideal. Eles consideram saudáveis as hipóteses simplificadas, e doentias as demais complicações⁶.

Todo o contexto descrito acima insinua que a intensificação da atuação do Estado na órbita econômica esteve associada ao questionamento não apenas teórico, mas acentuadamente prático, do que Galbraith convencionou chamar de *modelo baseado na concorrência*. No âmbito da economia real, observou-se um processo de concentração e internacionalização do capital que aumentou as formas assimétricas de desenvolvimento do capitalismo. Um número cada vez menor de grandes companhias passou a responder por uma parte substancial de toda a atividade industrial. A força desse processo era tanta que se verificou uma reviravolta na teoria econômica: a concentração de capital, que deveria ser exceção, virou regra ou, pelo menos, tendência do desenvolvimento capitalista. Como atesta José Luis Fiori:

O inquestionável movimento real do capital que, concentrando-se e centralizando as decisões por meio de movimentos cíclicos periódicos, oligopoliza a estrutura produtiva de forma crescente, altera as regras de competição e amplia a intervenção estatal na economia⁷.

Como exemplo da criação de condições institucionais específicas tendentes a moldar o comportamento individual e de intervenção do Estado nos padrões de acumulação econômica podemos citar a própria

6 KEYNES, John Maynard. O Fim do Laissez-Faire. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). John Maynard Keynes. *Coleção Os Grandes Cientistas Sociais*, vol. 6. São Paulo: Ática, 1984. p. 117.

7 FIORI, op. cit., p. 48.

experiência norte-americana durante o surgimento e depois na aplicação da legislação concorrencial.

O *Sherman Act* foi produto de debates políticos intensos sobre as melhores formas de controlar a aceleração da concentração econômica principalmente nos setores de telecomunicações e ferrovias, no final do século XIX, promovida pelas grandes corporações econômicas e disciplinadas por meio de um instrumento contratual chamado *trust*. Por meio desse instrumento viabilizava-se a dissociação, já aqui mencionada, entre detenção da riqueza e controle sobre ela. Tal processo era visto como ameaçador do desenvolvimento econômico e até político da nação, como o próprio Senador Sherman afirmou: “Nós temos falado apenas das razões econômicas que proíbem o monopólio; mas há outras, baseadas na crença de que grandes indústrias são inerentemente indesejáveis, à parte os resultados econômicos”. Além disso, “a concentração excessiva de poder econômico gera pressões políticas antidemocráticas”.

O *Sherman Act* proibia contratos e combinações que restringissem o comércio e também as tentativas de monopolização de setores econômicos. Com base nessas regras, algumas decisões importantes foram tomadas pela Suprema Corte ainda nos primeiros anos de vigência da lei, entre elas a divisão da *Standard Oil* em trinta e quatro empresas e o desmantelamento da *American Tobacco*. Sem contar a decisão no caso *Dr. Miles v. Park & Sons*, em 1911, que tornou a conduta de fixação de preço de revenda um ilícito condenável *per se*.

A aplicação da lei concorrencial nos EUA durante o século XX esteve sujeita às mudanças de orientação da atuação do Estado na economia. Após esse início precursor, nota-se uma retração no período entre 1915 e 1936, decorrente de dois fatores:

- (i) o estímulo a uma cultura associativista entre Estado e setor privado reinante durante a 1ª Guerra;
- (ii) e a Crise de 1929, que gerou a promulgação do *National Industry Recovery Act*, instrumento francamente inibidor da concorrência.

De 1936 a 1972 a política de defesa da concorrência atingiu seu auge em termos de intervenção econômica, usando como instrumental de análise a teoria estruturalista, fundada pela Escola de Harvard, que praticamente identificava a existência de poder de mercado como condicionante primordial para a presença de efeitos anticompetitivos. A Escola de Harvard encontrava-se em sintonia com as primeiras intervenções do direito concorrencial norte-americano, que elegiam o

poder econômico como empecilho para o desenvolvimento do próprio sistema capitalista. Conferia-se ênfase à análise estrutural do mercado. O comportamento das empresas era visto como uma resultante da estrutura do mercado em que ela estivesse inserida. Ou seja, a existência de um poder econômico pronunciado exigia da autoridade antitruste uma atuação rigorosa em defesa da concorrência. Como afirma Calixto Salomão Filho, para a escola estruturalista “em uma indústria concentrada, as firmas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, *know-how* escasso e diferenciação dos produtos”⁸. Nessa estrutura, em que há poucos vendedores no mercado, há uma diminuição dos custos e das dificuldades de atuação em conjunto, o que proporciona acordos tácitos ou explícitos entre as empresas com objetivos de redução da produção e aumento de preços.

De 1973 a 1991, o elevado nível de ativismo antitruste, atraiu muitas críticas e fez emergir uma reação que, do ponto de vista teórico, lastreou-se na chamada Escola de Chicago, para quem a eficiência produtiva era o valor a ser buscado pelo sistema econômico, pois é ela que levava ao interesse público, entendido como bem-estar do consumidor⁹. A concorrência transformava-se em valor subjacente e instrumental, facilmente colocado em segundo plano. Nas situações em que não havia esta coincidência entre os dois valores – eficiência e concorrência - é a primeira que deveria prevalecer, pois causaria uma redução de custos a ser repassada aos preços. Para essa perspectiva, o processo competitivo é considerado como motor da eficiência, na medida em que o domínio do mercado é um resultado da superioridade em eficiência, invertendo-se a causalidade estrutura-conduta-desempenho defendida pela Escola de Harvard.

Nota-se que o período de ascensão dessa abordagem coincide com o momento em que os EUA se viam mais vulneráveis à concorrência de empresas internacionais, principalmente japonesas, que passavam a dominar o mercado interno americano. Tal circunstância foi decisiva para garantir vigor à estratégia de impulsionar grandes concentrações visando assegurar ganhos de escala e maior eficiência produtiva.

8 SALOMÃO FILHO, Calisto. *Direito Concorrencial: as Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 18.

9 Essa associação entre eficiência produtiva e bem-estar do consumidor é considerada uma das maiores fragilidades da Escola de Chicago, na medida em que se parte do pressuposto de que há uma transferência automática aos preços da redução de custos proporcionada pelos ganhos de eficiência, como se ela fosse ínsita à racionalidade do monopolista. Para uma crítica detalhada ver SALOMÃO FILHO, Calixto. op. cit., p. 19 e ss.

2 CENÁRIO BRASILEIRO

No caso brasileiro, a análise sobre a organização histórica da intervenção do Estado na organização das relações econômicas se reflete na história legislativa referente ao papel desempenhado pela defesa da concorrência nesse processo.¹⁰

No período colonial, a relação de Portugal com o Brasil era eminentemente fiscalista, limitando-se à utilização do poder da metrópole para a imposição de impostos à colônia. Com a vinda de D. João VI e a transferência da Corte portuguesa para o Brasil teve início uma série de iniciativas que acabariam por fomentar o desenvolvimento do país, dentre as quais pode-se mencionar a abertura dos portos, a fundação do Banco do Brasil e a liberação da manufatura e indústria, revogando-se o Alvará de 5 de janeiro de 1785, que proibia sua instalação na colônia.

Embora a independência do Brasil tenha ocorrido sob os auspícios de lojas maçônicas, que tinham como finalidade, dentre outras, o estímulo ao livre comércio sob um regime liberal, isso não impediu que a crescente influência da aristocracia agrária no governo imperial conseguisse assegurar para si uma série de privilégios, principalmente por meio das tarifas alfandegárias.

A referência expressa à liberdade econômica aparece pela primeira vez de modo expresso na Constituição brasileira de 1934, em seu artigo 115, prevendo que a ordem econômica seria organizada conforme os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional, possibilitando a todos a existência digna, limites dentro dos quais seria garantida a liberdade econômica. As limitações à liberdade dos agentes econômicos decorriam da necessidade de fazer frente à crise econômica que teve início com a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929.

Na Constituição Federal de 1937, o primado da iniciativa privada foi colocado de maneira mais explícita no artigo 135, ressaltando-se, no entanto, a possibilidade de intervenção estatal para suprir as deficiências da iniciativa individual e para coordenar os fatores de produção, de modo evitar ou resolver os seus conflitos.

Por outro lado, o artigo 141 da Constituição de 1937 estabeleceu o princípio da proteção à economia popular, fundamentando a edição do decreto-lei 869, de 1938, que tipificou, pela primeira vez, algumas condutas como o açambarcamento de mercadorias, a fixação de preços mediante acordo entre empresas e a venda abaixo do preço de custo.

10 Para um aprofundamento sobre o tema ver FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. cap. 2.

Em razão da previsão de que a intervenção do Estado na economia se daria de maneira apenas subsidiária, o decreto-lei 869 teve efeitos apenas na repressão de fraudes contra o consumidor, tendo pouca influência na defesa da concorrência.

O decreto-lei 7.666, de 1945, foi o primeiro texto normativo a tratar as infrações à ordem econômica como infrações administrativas e não penais (como o fazia o decreto-lei 869) e o primeiro documento brasileiro a estabelecer a necessidade de autorização de um órgão administrativo, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica - Cade, para a realização de certos atos empresariais, como a formação, incorporação, transformação e agrupamento de empresas, ajustes e acordos que produzissem ou pudessem produzir os efeitos de aumentar o preço de venda dos produtos daquelas empresas, suprimir a liberdade econômica ou influenciar o mercado de modo a estabelecer um monopólio.

Adotado no Governo Vargas, por iniciativa de seu Ministro Agamenon Magalhães, num contexto de discurso nacionalista de proteção do capital e do mercado brasileiros contra ataques de cartéis e o abuso do poder econômico internacional, o decreto-lei 7.666 foi fortemente combatido e revogado logo após a saída de Getúlio Vargas.

Em que pese a revogação do decreto-lei 7.666, a repressão ao abuso de poder econômico ressurgiu no artigo 148 da Constituição brasileira de 1946, que dispunha que a lei deveria reprimir qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive a união ou agrupamento de empresas de qualquer natureza, que tivesse por finalidade a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

Durante a vigência da Constituição de 1946, foram aprovadas a lei 1.521, de 1951, que atualizava os dispositivos então vigentes relativos aos crimes contra a economia popular, incluindo algumas disposições que se relacionam à defesa da concorrência, como a vedação da prática de preços predatórios e o acordo entre empresas com o objetivo de dificultar ou impedir a concorrência, e a lei 4.137, de 1962, que regulamentou o artigo 148 da Constituição e criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade.

A lei 4.137 separou a proteção da concorrência da proteção da economia popular e do abastecimento, realizada pela lei 1.521 e pelas normas que criaram a Superintendência Nacional de Abastecimento - Sunab, as Leis Delegadas 4 e 5. No tocante ao controle de estruturas, a lei 4.137 previa que deveriam ser submetidos à aprovação do Cade os atos, ajustes, acordos e convenções entre empresas que tivessem por efeito a diminuição do grau de concorrência no mercado.

Em razão das dificuldades causadas pela redação da lei 4.137, que adotou uma definição bastante restritiva das infrações, bem como pelos fatos de que a atuação do Cade durante o seu período de vigência se caracterizou por surtos de atividade intermitentes e de que liminares e sentenças judiciais limitaram ou anularam a efetividade das decisões tomadas pelo órgão, em que pese os avanços trazidos pela lei para a defesa da concorrência, esta não conseguiu produzir um efetivo controle do abuso do poder econômico.

Após a Constituição Federal de 1988, o Governo Collor, dando seguimento à sua tentativa de implementar a abertura de mercado e a liberalização da economia nacional, sentiu a necessidade de um instrumento normativo que pudesse reprimir os abusos de poder econômico em um mercado que deveria, a partir de então, se auto-regular. Com essa finalidade foi adotada a lei 8.158, de 1991, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE com o propósito de apurar e propor as medidas cabíveis para corrigir o comportamento de empresas que pudesse afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Com o auxílio da SNDE, a atuação do Cade ganhou nova importância, com a adoção de decisões técnicas em casos de grande repercussão. Esse movimento seria prejudicado, no entanto, com o enfoque dado ao combate aos “lucros abusivos” das empresas a partir de 1992.

Sobreveio, em 1994, a lei 8.884, que transformou o Cade em autarquia federal, dotando-o de orçamento próprio, implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, caracterizado pela atuação coordenada da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e do Cade, consolidou e modernizou a definição das infrações à ordem econômica e aumentou a importância da atuação da análise de atos de concentração econômica, dotando os órgãos com ferramentas mais eficazes para sua atuação.

A existência formal de uma legislação antitruste no Brasil desde pelo menos a década de 1960 não impediu que o desenvolvimento econômico brasileiro se constituísse em torno das seguintes características:

- (i) elevada concentração econômica e produção voltada para o exterior;
- (ii) dependência estrutural da economia em relação ao poder econômico;

- (iii) industrialização baseada no incentivo à grande empresa brasileira de capital nacional ou estrangeiro;
- (iv) surgimento do mercado interno apenas com a urbanização e industrialização; e
- (v) preponderância de estratégias de atuação concertada entre Estado e setor empresarial.

A intervenção do estado da economia foi parte integrante de um padrão de desenvolvimento capitalista cujos constrangimentos mais importantes eram o caráter incipiente do setor privado nacional e os laços de dependência estrutural em relação ao centro capitalista mundial. Trata-se, portanto, de um elemento indissociável do conjunto de fatores que define o quadro histórico-estrutural específico no qual se dá o processo de desenvolvimento da sociedade nacional¹¹. Daí a importância de sediar a discussão sobre políticas de controle do poder econômico na realidade sócio-econômica e institucional de cada país.

No Brasil a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementaridade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento das agências de regulação. O discurso da *retirada do Estado* dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal.

Tendo como pressuposto que a lei antitruste é fundamentada por uma idealização constitucional do funcionamento do mercado, que é orientada pelos princípios constitucionais da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor, garantir a livre concorrência deixa de ser um fim em si, mas um meio para se obter resultados benéficos que a ela se associam, e que são fundamentados por princípios constitucionais.

Surge um novo reequilíbrio entre as funções de poder compensatório, regulação e defesa da concorrência, que não passa despercebida e sem provocar tensões institucionais.

Nesse novo equilíbrio, o sistema de defesa da concorrência talvez seja o exemplo mais contumaz de uma política pública com incidência nas relações econômicas em que prevalece o caráter residual, reativo

11 ABRANCHES, Sérgio Henrique. Empresa Estatal e Capitalismo: uma Análise Comparada. In: MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977, p. 8.

e eventual, típico de situações de estímulo ao processo adaptativo. Por meio dele é possível encontrar atalhos institucionais indutivos, menos custosos socialmente e adaptáveis a momentos históricos específicos.

Esse aprendizado recente em termos de *enforcement* concorrencial tem garantido espaço razoavelmente amplo para a defesa da concorrência, inclusive nos dias atuais. Foi nesse contexto histórico-institucional que se iniciaram, em 2004, os debates legislativos que resultaram na aprovação, em 05 de outubro de 2011, do novo marco legal da defesa da concorrência no Brasil: a lei 12.529.

2 O NOVO SBDC COMO UM DESENHO INSTITUCIONAL¹² MAIS EFICIENTE PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A lei nº 12.529 introduziu profundas alterações no SBDC. Tais alterações foram abrangentes, e envolveram não só a mudança no desenho institucional do SBDC, como também modificações substanciais nas suas principais áreas de atuação: a análise de estruturas, a análise de condutas e o exercício da advocacia da concorrência.

Conforme se pretende demonstrar, essas modificações inauguram uma nova fase na implementação da política de defesa da concorrência brasileira.

Primeiro, porque a lei 12.529/11 consolida avanços no que tange à implementação dessa política no âmbito do SBDC propriamente dito. Aqui, trata-se tanto dos avanços que se deram na esfera institucional, como no que diz respeito a questões de direito material que eram objeto de discussões frequentes no regime da lei 8.884/1994.

Segundo, mas não menos importante, porque a nova lei abre novos caminhos para que a política brasileira de defesa da concorrência seja cada vez mais pensada para além da esfera exclusivamente administrativa, com uma maior coordenação entre a repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e, o que ainda é mais incipiente no Brasil, também na esfera civil.

Não é difícil perceber que a nova lei introduz avanços institucionais relevantes no SBDC. As mudanças são claras e significativas. Contudo, também é preciso reconhecer que a tarefa de avaliar um novo desenho institucional não é fácil. Ela pressupõe, antes de tudo, alguma reflexão

¹² Fala-se, aqui, em desenho institucional não apenas no seu aspecto estático, i.e. como a opção por uma determinada estrutura administrativa, mas também tendo em vista seu aspecto dinâmico, i.e. abarcando a escolha do regime processual que rege e disciplina sua atuação.

sobre as finalidades das instituições enquanto instrumentos para o exercício da função pública.

Nesse sentido, é útil ter em mente que a opção por um dado desenho institucional costuma ser o resultado de escolhas entre as diferentes formas de concretizar e harmonizar três grandes objetivos fundamentais: promover o adequado e eficiente cumprimento da função pública, controlar o exercício da atividade estatal em vista do respeito aos direitos e garantias individuais e legitimar a atuação estatal face às necessidades de interferência dos indivíduos no desempenho da autoridade.

Embora tenham igual importância para a conformação de um bom desenho institucional, nem sempre é fácil harmonizar a consecução desses três objetivos. Como é de se esperar de um processo de escolha, por vezes a opção entre uma ou outra forma (e medida) de concretização desses objetivos envolve a tentativa de conciliação de interesses contrapostos. O novo desenho institucional do SBDC não foge a essa regra, como demonstram as várias modificações pelas quais passou o longo do processo que culminou com a sua conformação.

O fato é, conforme se verá, que o desenho institucional do SBDC é um exemplo de resultado bem sucedido desse processo de escolhas. Os debates em torno do projeto contaram com a participação de toda uma geração de advogados, economistas, agentes públicos, professores, pesquisadores e empresários, e o resultado, extremamente positivo, é um reflexo coeso dessa pluralidade de visões.

2.1 AS MUDANÇAS ESTRUTURAIS

A. Consolidação das funções de investigação e decisão no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade” ou “Conselho”)

A nova lei promoveu uma completa alteração da estrutura dos órgãos do governo responsáveis pela proteção e defesa da concorrência no país. Pelo novo sistema, as funções de investigação de casos de conduta, instrução de atos de concentração e decisão final passam a ser unificadas em uma só autarquia independente, o Cade. Essa reestruturação procurava sanar as deficiências do sistema antigo em que havia sobreposição de tarefas entre três agências distintas: a SDE e Seae – ambos órgãos encarregados da instrução e da análise preliminar dos casos – e o Cade, autarquia encarregada da decisão final.

Ainda que o SBDC tenha, nos últimos anos, conseguido avanços com uma melhor divisão de tarefas – a SDE, órgão do Ministério da

Justiça, vinha se encarregando principalmente da investigação de casos de conduta, e a Seae, órgão do Ministério da Fazenda, atuava principalmente na instrução de atos de concentração e advocacia da concorrência – a consolidação de funções em uma só agência garante a tramitação mais ágil de processos, eliminação da sobreposição de tarefas e maior especialização de áreas técnicas.

Com a entrada em vigor da nova lei, a Seae passou a ser responsável primordialmente pelas ações de advocacia da concorrência, e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE foi integrado no corpo técnico do Cade. Nessa nova configuração, o Cade se consolida como a única agência responsável pela análise de fusões e aquisições, pelas investigações nos casos de repressão às infrações contra a ordem econômica e pelo julgamento dos casos. A tendência, com isso, é que o Cade passe a funcionar de forma mais eficiente¹³.

Não obstante os esperados ganhos em eficiência, a nova estrutura também pode gerar alguma discussão.

Uma delas diz respeito à necessidade de se garantir a separação do exercício das funções de instrução e julgamento no âmbito do próprio Cade, de forma a não levantar questionamentos quanto ao respeito às garantias do devido processo legal. Embora não haja comprovação empírica de que o exercício de ambas as funções por um mesmo órgão traria de fato prejuízos à qualidade da decisão final¹⁴, potenciais críticos do novo regime poderiam argumentar que, sendo também encarregado ativamente da apuração dos fatos, o Cade tenderia a assumir postura parcial na análise dos casos.

Pressupondo que o argumento procede, em princípio não há motivos para crer que essa parcialidade será um resultado da nova estrutura. O regime estabelecido pela nova lei já estabelece e favorece essa separação funcional.

A uma, porque a nova estrutura do Cade já traça as linhas gerais dessa separação funcional. Pela nova lei, o Cade passa a ser composto de um *Tribunal Administrativo de Defesa Econômica*

13 Para que essa tendência se concretize, contudo, fundamental será o aumento do quadro de pessoal do Cade. O primeiro passo para tanto já foi dado pela lei, com a previsão da criação de 200 novos cargos de gestores a serem preenchidos de forma gradual tendo em vista as previsões orçamentárias. Apenas como comparação, no atual desenho institucional do SBDC, considerados os três órgãos que o compõem – Cade, SDE e Seae – atuam menos de 60 técnicos. A ampliação de quadros, quando materializada, será possivelmente o maior salto evolutivo do SBDC propiciado pela nova lei.

14 Há inclusive, no âmbito do judiciário, corrente que defende a idéia de que os próprios magistrados assumam uma postura mais ativa na instrução dos processos da esfera jurisdicional (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.64 e ss.).

(integrado por um presidente e seis conselheiros e encarregado de julgar os atos de concentração e processos administrativos para apuração de infração à ordem econômica), uma *Superintendência-Geral* (com atribuição para instruir os atos de concentração e os processos administrativos para apuração de condutas), e um *Departamento de Estudos Econômicos* (responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do Cade).

A duas, porque os procedimentos para análise dos casos, tanto em se tratando de atos de concentração como de condutas anticompetitivas, também estabelecem de forma clara a separação de funções entre o Tribunal e a Superintendência, inclusive com relação ao momentos em que cada um intervém no processo. A participação da Superintendência na aplicação de sanções pela prática de condutas anticompetitivas e na imposição de restrições/reprovação de atos de concentração se encerra com o oferecimento de impugnação a atos de concentração que entender nocivos à concorrência, e a elaboração de relatório circunstanciado opinando pela configuração da infração nos casos de investigação de condutas. Só então cabe ao Tribunal decidir, após analisar o caso e ouvir novamente as partes envolvidas¹⁵.

Assim, ao contrário do que ocorre na Comissão Européia (foco das críticas à combinação das funções investigativas e decisórias em uma mesma agência)¹⁶, o exercício das funções de investigação e de decisão já foi desenhado de forma claramente separada pelo legislador brasileiro, ainda que tais funções sejam atribuídas a um só ente da administração pública.

B. A importância do Departamento de Estudos Econômicos

No direito da concorrência as normas jurídicas visam a atingir objetivos econômicos, o que exige do julgador um zelo cada vez maior com a fundamentação econômica de suas decisões.

15 Ainda com relação à imparcialidade das decisões, outro fator de destaque positivo, é a consolidação da autonomia do Cade, fundamental para a adequada implementação da política brasileira de defesa da concorrência, com a ampliação do mandato dos Conselheiros do Tribunal dos atuais dois anos (renováveis) para quatro anos (não renováveis).

16 Na Europa, a mesma equipe do DG Competition que investiga os casos é encarregada da redação da decisão final, que será depois adotada por maioria de votos da Comissão por sugestão do Comissário da Concorrência (WILS, Wouter. "The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in the EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis". In: *World Competition*, v. 27, Issue 2, junho 2004)

Como aponta Camila Pires Alves¹⁷ a influência entre as dimensões jurídica e econômica certamente não se dá em uma direção unívoca. Se a aplicação dos conceitos e princípios econômicos ocorre num contexto jurídico-institucional, a seleção de quais desses princípios e dos métodos desta ciência serão incorporados na lei e na prática antitruste também será feita no âmbito da própria lei e da jurisprudência a esta associada, conforme os limites impostos pelas condições institucionais e pelos agentes que atuam na sua aplicação.

Como consequência desse fenômeno, o uso de evidência econômica na solução de casos antitruste tem se expandido de forma crescente nas principais jurisdições no mundo. Esse movimento é percebido no que concerne tanto à resolução de questões referentes a condutas anticompetitivas, quanto ao controle de fusões. O uso de evidência inclui a apresentação de fatos econômicos que substanciem alegações com respeito:

- (i) à demonstração e cálculo para ressarcimento de danos;
- (ii) à identificação de mercado relevante e poder de mercado; e
- (iii) à avaliação de efeitos competitivos de condutas e fusões; entre outros aspectos¹⁸.

É nesse contexto que a estruturação de um Departamento de Estudos Econômicos apresenta-se como uma das inovações institucionais mais importantes da Lei 12.529/11. Além das tarefas citadas acima, o DEE poderá contribuir para que o CADE siga o exemplo de outras jurisdições e passe a se dedicar a estudar mercados específicos com o objetivo de identificar possíveis condutas anticompetitivas.

Além disso, os estudos de mercado são um bom mecanismo para aproximar a política concorrencial e do consumidor, na medida em que podem acomodar uma perspectiva mais ampla do que apenas organizar fundamentos para se iniciar uma investigação, viabilizando recomendações na área de defesa do consumidor.

Por fim, segundo estudo da OCDE¹⁹, os estudos de mercado podem ainda ser vantajosos como estratégia da autoridade antitruste porque:

17 *Métodos Quantitativos na Avaliação dos Efeitos de Fusões e Aquisições: uma análise econômica e jurídico-institucional*. Tese de Doutorado. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2010. p. 59.

18 *Ibid.* p. 71.

19 OECD. Policy Roundtables. *Market Studies*. Competition Committee. 2008. p. 6 e ss.

- (i) desempenham uma função importante para a sociedade por refutar alegações de conduta anticompetitiva quando, por exemplo, os preços sobem como um resultado de rupturas de abastecimento e não por causa de uma estratégia empresarial ilícita. Sem essa avaliação mais pormenorizada, os governos podem estar inclinados a aplicar restrições no mercado que irão prejudicar os consumidores;
- (ii) uma vez um estudo de mercado é concluído e suas recomendações são aplicadas é maior a probabilidade de aumento do bem-estar dos consumidores e da eficiência econômica;
- (iii) sempre que práticas anticompetitivas ou ineficiências são substantivas, profundamente enraizadas e apoiada pelos beneficiários, pode levar muito tempo para sua identificação, mas, mesmo assim, os estudos se justificam.

C. A consolidação do papel da Procuradoria do Cade (“ProCADE”)

A lei mantém uma Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade com atribuição consultiva e de defesa judicial da autarquia. Contudo, à diferença do sistema da lei 8.884/1994, a nova lei abre a possibilidade de participação mais ativa da ProCADE na instrução dos processos tendo em vista às necessidades agora não só do Tribunal, mas também da Superintendência Geral. Nesses termos, além da representação judicial e extrajudicial do Cade, da apuração da liquidez dos créditos para inscrição em dívida ativa, da promoção de acordos judiciais (competências já previstas na lei 8.884/1994), a ProCADE também passa a ter competência expressa para tomar medidas judiciais para a obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos e de propor ação cautelar de busca e apreensão.

A função da ProCADE na consultoria e assessoria jurídica do Conselho também ganha contornos mais marcantes e, em consonância com essa função, a competência para emitir pareceres nos processos de competência do Cade passa a ser exercida apenas mediante solicitação.

D. Seae

Como mencionamos acima, a Seae permanece como órgão integrante do SBDC, passando a ser responsável pela coordenação das atividades relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência,

concentrando-se nas discussões de marcos regulatórios *ex ante* e podendo se manifestar em qualquer caso de concentração econômica ou conduta anticompetitiva. A Seae passará a opinar sobre as normas enviadas pelas agências reguladoras para consulta pública, elaborará estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica, poderá propor a revisão de normativos que afetem a livre concorrência. Para o cumprimento de suas atribuições, poderá requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso e celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

3.2 AS MUDANÇAS NOS PROCEDIMENTOS²⁰ QUE EMBASAM A ATUAÇÃO DO SBDC

Sabe-se que o processo deve ser concebido de forma a prestar-se ao adequado cumprimento da função pública que deve instrumentalizar. No Estado de Direito, a atuação dos agentes estatais, pautada pelo princípio da legalidade, está sempre vinculada à consecução de determinado(s) objetivo(s) de interesse público. A própria razão do agir estatal encontra-se na busca desses objetivos. Nesse contexto, os procedimentos administrativos são a expressão de um fenômeno complexo por meio do qual o direito procura instrumentalizar – e consequentemente legitimar – a formação dessa “vontade estatal”²¹ tendo em vista a consecução das finalidades legais atribuídas ao poder público e o respeito aos direitos e garantias individuais.

As alterações promovidas pela lei 12.529/2011 nessa seara demonstram essa desejada preocupação com os resultados dos processos administrativos no âmbito do Cade e dão mais condições para o adequado e eficiente provimento da atuação estatal.

Essa preocupação com os resultados revela-se não apenas na busca direta da eficiência, pela racionalização e simplificação de algumas

20 Nesse texto, não se faz distinção entre os termos processo e procedimento. O procedimento e a relação jurídica a ele inerente são apenas duas facetas de um único e mesmo fenômeno: o processo.

21 Como se sabe, os agentes estatais atuam no exercício de um poder-dever, isso é, exercem função pública. A idéia é resumida de forma bastante clara por Carlos Ari Sundfeld: “Pois bem, a soma dessas duas características das atividades estatais, constituem função (exercício de dever-poder para atingimento de uma finalidade) e resultarem em atos unilaterais que invadem a esfera jurídica dos indivíduos, provoca a necessidade de uma regulação do processo formativo da vontade estatal” (“A importância do procedimento administrativo”. In: Revista de Direito Público. n° 84, pp. 66-7).

etapas dos procedimentos, mas também pelo cuidado em garantir a permeabilidade dos procedimentos do Cade a atores com visões não raro contrapostas acerca do mérito dos casos sendo analisados. Essa permeabilidade, que sempre fez parte da cultura do SBDC, além de contribuir para a qualidade do conteúdo da decisão é ínsita à noção de devido processo legal, que também permeia as ações do Conselho. São vários os pontos que merecem destaque nesse sentido.

A. A modernização do sistema brasileiro de análise de atos de concentração

O primeiro deles é, sem dúvida, a modernização do sistema brasileiro de análise de atos de concentração.

Conforme tem sido destacado nas análises da nova lei, a lei 12.529/2011 faz profundas alterações no controle de estruturas, com a introdução do sistema de análise prévia de atos de concentração, há muito recomendado pelas melhores práticas internacionais. O Brasil era um dos únicos países do mundo em que se facultava às empresas pedir a aprovação ao Cade após a consumação da concentração econômica. Tal procedimento, realizado *a posteriori*, era não só ineficiente do ponto de vista econômico como ineficaz na proteção e defesa do interesse público.

Com a entrada em vigor da nova lei, as operações passaram a só poderem ser consumadas após a aprovação do Cade, e o fechamento da operação antes de sua aprovação sujeita as partes a multas que variam de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões. Vale lembrar que na ausência de manifestação do Cade dentro do prazo legalmente estipulado para tanto, as operações serão consideradas automaticamente aprovadas. Embora o veto ao artigo 64 da lei – necessário para corrigir uma distorção que poderia levar o descumprimento de qualquer prazo processual intermediário a acarretar a aprovação automática de atos de concentração – tenha retirado a menção expressa a essa consequência, ela se manteve pela própria lógica do sistema de notificação prévia em que as possibilidades de prorrogação de prazo são expressamente limitadas e os prazos se suspendem apenas na situação de ausência de quorum no Tribunal.

Assim, de acordo com a nova lei, uma vez notificado o ato, o Cade terá um prazo de 240 dias para analisar a operação, prazo este que poderá ser prorrogado apenas por mais 60 (sessenta) dias, a pedido das partes envolvidas, ou por 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal Administrativo. Findo esse prazo sem decisão final do Cade, a operação será tida como automaticamente aprovada. Para as operações

simples, que são a grande maioria dos atos notificados, a análise vem sendo realizada de forma bem mais célere, a exemplo do que já acontecia antes²².

A combinação da atuação administrativa célere e de qualidade está na essência desse sistema. Obtém-se, assim, uma atuação estatal eficiente, que também se presta a assegurar o respeito aos direitos e garantias individuais ao contribuir para a aplicação correta do direito material e a satisfação dos legítimos interesses envolvidos na decisão estatal.

Nesse sentido, vale ressaltar que as ineficiências do sistema anterior são eliminadas sem prejuízo da manutenção de um sistema de “*checks and balances*” que era um dos seus pontos fortes. É dizer, pela nova lei, a visão da administração pública sobre os casos é consolidada por meio de processos que sempre envolvem a avaliação de fatos e argumentos por instâncias e pessoas diferentes, na linha do que recomendam as melhores práticas internacionais.

Nos casos de aprovação de atos de concentração pela Superintendência Geral, essa característica geral dos procedimentos do novo Cade é ainda mais marcante. Diante da possibilidade de avocação pelo Tribunal ou impugnação de terceiros interessados, o que se criou de fato foi uma segunda instância administrativa para a revisão de decisões em casos de estruturas.

B. Avanços nos procedimentos para análises de condutas

A análise das condutas também foi objeto de avanços procedimentais significativos, sendo possível identificar um conjunto de medidas com impactos positivos na atuação do Cade.

Em primeiro lugar, merece destaque a criação do Procedimento Preparatório. Esse procedimento supre uma lacuna do regime anterior ao regulamentar a apuração de casos em que não é clara a competência do Cade. Resolve-se, assim, um problema de realidade de formas. Instada a se manifestar sobre determinada denúncia, a administração não mais precisará instaurar procedimento para apuração de infração à ordem econômica sem que esteja, de fato, estabelecido tratar-se o fato de matéria de sua competência.

O sistema de “*checks and balances*” destacado positivamente na análise de atos de concentração também funciona aqui, com a possibilidade de avocação pelo Tribunal dos procedimentos preparatórios e inquéritos administrativos arquivados pela Superintendência Geral.

²² Segundo dados de setembro de 2012, a média de tempore de análise dos casos sumários notificados no regime da lei 12.529 tem se mantido em torno de 18 dias.

No que tange ao processo administrativo para imposição de sanções por infração à ordem econômica propriamente dito, há também novas regras que aumentam a eficiência e a celeridade do procedimento. Um bom exemplo disso é a determinação da especificação de provas já quando da apresentação da defesa e não mais no prazo de 45 dias depois da apresentação.

Também é positiva a redução dos formalismos com relação à notificação, que passa a ser feita, na via postal, por qualquer meio que assegure a certeza da ciência do interessado e não exclusivamente com aviso de recebimento em nome próprio.

Outro ponto positivo, ainda com relação à análise das condutas, diz respeito ao papel Ministério Público Federal (MPF). A nova lei abre espaço para uma maior racionalização dessa participação ao dar ênfase aos processos envolvendo a investigação de condutas anticoncorrenciais. Ao invés da competência genérica para officiar nos processos sujeitos à aprovação do Cade, caberá ao representante do MPF no Cade emitir parecer, de ofício ou a requerimento do Conselheiro Relator, nos processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por infração à concorrência.

3.3 O NOVO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO: AVANÇOS EM MATÉRIAS SUBSTANCIAIS

Em termos materiais, a nova lei introduz inovações importantes tanto na análise de estruturas como no controle de condutas.

A. *Análise de estruturas*

Em primeiro lugar nunca é demais realçar a importância do controle estrutural para a garantia de mercados competitivos e eficientes. De acordo com Michael Porter²³, podemos ressaltar pelo menos quatro motivos para a análise preventiva de fusões e aquisições:

- (i) Fusões levantam questões quase inevitáveis para a saúde da concorrência através da remoção de concorrentes independentes do mercado. A questão não é se existe um risco para a competição, mas o quanto. Este risco decorre da diminuição potencial de pressão competitiva entre as empresas na indústria, a redução potencial na escolha de produtos e variedade, e a redução na probabilidade de

²³ Op. cit. p. 939.

inovação, devido à diminuição no número de abordagens diferentes sobre o binômio produto/processo de desenvolvimento;

- (ii) Uma fusão não requer *skill, foresight, and industry*, apenas capacidade financeira. Ela não exige nova estratégia, e não acarreta melhora automática na produtividade. Por outro lado, a introdução de um novo produto, mudando um modelo de distribuição, ou a construção de uma nova fábrica, são muito mais propensos a aumentar a produtividade. A sociedade, então, deve preferir ações independentes das empresas (crescimento endógeno) e não fusões.
- (iii) A evidência empírica é majoritária no sentido de que as fusões têm uma baixa taxa de sucesso. Uma ampla série de estudos revela que a maioria das fusões não atendem às expectativas, e a maioria dos lucros são capturados pelo vendedor, e não pelo comprador.
- (iv) A literatura sobre estratégia empresarial sugere que aquisições pequenas e focadas são mais susceptíveis a melhorar a produtividade do que as fusões entre os líderes. Quando uma grande empresa compra uma pequena empresa e a integra à sua estratégia, grandes ganhos de produtividade são possíveis. Fusões entre as grandes empresas parecem raramente assegurar tais benefícios, e ainda eliminam os principais concorrentes de um mercado.

a) *Novos parâmetros de notificação*

Os critérios para a notificação de atos de concentração ficam mais objetivos com a exclusão do critério de participação no mercado relevante. De acordo com os novos critérios, passam a ser de notificação obrigatória no Brasil os atos de concentração em que:

- (i) uma parte da operação tenha registrado faturamento bruto de pelo menos R\$ 750 milhões no país no último ano fiscal; e
- (ii) a outra tenha faturamento mínimo de R\$ 75 milhões no mesmo período.

Essa inclusão do critério de faturamento mínimo para o segundo participante da operação é um fator positivo que também merece destaque. Ela visa a afastar a obrigação de notificação de operações irrelevantes do ponto de vista concorrencial que, na ausência desse segundo filtro, vinham sendo submetidas para aprovação do Cade em função apenas do faturamento de um dos grupos econômicos envolvidos.

b) *Definição de ato de concentração*

A definição de ato de concentração na nova lei também é mais objetiva. Ao invés da linguagem aberta que tratava da notificação de “atos sob qualquer forma manifestados que possam prejudicar a livre concorrência”, e determinava a notificação de “qualquer forma de concentração econômica” agora temos uma lista das hipóteses em que se considera realizado um ato de concentração. Essa opção aumenta a segurança jurídica em torno do tipo de ato a ser notificado, mas também cria desafios para a jurisprudência do novo Cade ao limitar, por exemplo, a margem de interpretação sobre a desnecessidade da notificação de operações que, embora a princípio se enquadrem na definição geral de ato de concentração da lei, dificilmente representam algum interesse para o direito da concorrência, como, por exemplo, as aquisições a título exclusivo de investimento, reorganizações societárias e aquisição de participação minoritária.

A única exceção à obrigação de notificar expressamente prevista na lei diz respeito aos contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* criados com o propósito específico de participação em licitações públicas.

c) *Mudanças nas exigências para autorização*

A nova lei também introduz melhorias no dispositivo que autoriza a aprovação de 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” em determinadas circunstâncias. Pelo novo regime, a aprovação é possível se cumulada ou alternativamente tais atos acarretarem “aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou ainda o aumento da eficiência e do desenvolvimento econômico”, *desde que parte dos benefícios seja*

repassada aos consumidores. Elimina-se, assim, a exigência, de difícil aplicação prática, de que a distribuição dos benefícios fosse feita de forma equitativa com os consumidores.

Além disso, exclui-se a possibilidade de o Cade autorizar a realização de ato contrário à concorrência por motivo preponderante de economia nacional e do bem comum, alvo de críticas no sistema anterior²⁴.

B. O controle de condutas

a) Novos critérios para a aplicação de multas

As multas, que no sistema anterior variavam de 1% a 30% do valor do faturamento bruto da empresa, passaram a ser de 0,1% a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, grupo ou conglomerado no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva no ano anterior ao início das investigações.

Embora a alteração do critério do faturamento bruto por outro que supostamente aproximasse o cálculo da multa do escopo da infração tenha vindo ao encontro de uma demanda dos próprios agentes econômicos e da comunidade jurídica (a crítica era a de que não fazia sentido aplicar a multa sobre o faturamento do grupo quando, por exemplo, apenas uma das suas empresas tinha cometido infração em dado mercado específico) a redação final da lei nesse ponto tem sido alvo de críticas. O motivo seria a insegurança jurídica gerada pela adoção do conceito de “ramo de atividade” como novo parâmetro para aferir o faturamento, tendo em vista não se tratar de um conceito técnico do ponto de vista concorrencial. Em resposta a essas críticas, o desafio do Cade será estabelecer uma rotina em torno da aplicação desse conceito, a partir da resolução já editada com definições sobre a matéria.

Para as pessoas físicas, os critérios também foram alterados: de 10% a 50% da multa aplicável à empresa, a multa passa a variar de 1% a 20% da multa aplicada. A mudança é grande, principalmente tendo em vista a alteração na base de cálculo, que fica muito mais razoável com a consideração da multa efetivamente aplicada à empresa. Já a multa aplicável a associações, consultorias e outras pessoas físicas envolvidas nas aumentou e pode chegar até 2 bilhões de reais.

²⁴ O ponto é discutível, mas foge ao escopo desse texto. Sobre as críticas, ver, por exemplo: José Franceschini: “A finalidade da legislação de defesa da concorrência, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e viabilização do princípio maior da livre-concorrência (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo Estado para alcançar objetivos diversos”. (“Introdução ao direito da concorrência”, in *Revista de direito econômico*, n.21, 1988, p. 81). Calixto Salomão Filho, ao referir-se especificamente à disposição do art. 54 § 2º, também critica: “Com essa fórmula atribui-se ao Cade competência para decidir sobre a política industrial brasileira...”. O autor segue criticando: “... competência essa muito pouco compatível com seus objetivos, sua composição e sua desejada independência do Poder Executivo”. (*Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 44).

No caso das sanções não pecuniárias, merece destaque a inclusão da proibição de exercer o comércio em nome próprio ou representando pessoa jurídica pelo prazo de até 5 anos, e da previsão de recomendação aos órgãos competentes para que seja determinada licença compulsória de propriedade intelectual quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito.

b) Avanços no programa de leniência

A nova lei também introduz alterações positivas no programa de leniência com destaque para a ampliação das hipóteses de concessão de leniência aos crimes previstos em outros estatutos criminais, como é o caso das fraudes em licitações e a formação de quadrilha. A regra anterior que proíbe a concessão de leniência ao “líder” do cartel, de pouca aplicação tendo em vista as dificuldades de caracterizar essa situação de liderança na prática, foi excluída.

c) Persecução civil e criminal de cartéis

O combate a cartéis no Brasil deve incrementar, cada vez mais, seus resultados, e sensibilizar um maior contingente da sociedade, e para isso é preciso garantir ações estruturantes em três eixos: administrativo, criminal e civil.

Para a persecução dos cartéis no eixo administrativo, o incremento de resultados é possível por meio da intensificação das investigações, da melhoria da gestão dos processos e da detecção dos setores mais propícios à prática do conluio.

No eixo criminal, cumpre pontuar que a Lei nº 12.529/11 alterou a tipificação dos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/90²⁵ e manteve a regra de competência atualmente vigente²⁶. Até 2010 contabilizou-se que 250 pessoas, entre donos e diretores de empresas, respondiam a processos por formação de cartel, sendo que ao menos 29 executivos já haviam sido condenados em decisão final – de primeiro ou segundo grau – por crime de cartel, a penas que superaram os cinco anos previstos na lei específica, em vista de aplicação de agravantes previstas no Código Penal.

Outros países também reconhecem a importância da persecução criminal para o combate efetivo a cartéis. Nos Estados Unidos, por exemplo, um administrador pode ser condenado a até 10 anos de prisão e ao pagamento de multa de até US\$ 1 milhão. A pena média aplicada

²⁵ Lei nº 8.137/90, artigo 4º.

²⁶ Veto ao artigo 120 da Lei nº 12.529/11.

para cartéis nos Estados Unidos é de 31 meses de prisão, sendo que desde 2000 mais de 150 executivos já cumpriram pena no país por prática de cartel, inclusive executivos estrangeiros.

Paralelamente, no eixo civil, se aposta em um salto de qualidade que pode advir do estímulo à cultura da reparação de danos causados por cartéis. Essas ações privadas de ressarcimento permitem que pessoas prejudicadas por cartéis sejam ressarcidas pelos prejuízos sofridos, via ação reparatória de iniciativa do Ministério Público, de entidades de defesa do consumidor ou dos próprios consumidores (Lei 12.529/11, art. 47).²⁷

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Empresa Estatal e Capitalismo: uma análise comparada. In: MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros.

COMPARATO, Fábio Konder. Regime Constitucional de Controle de Preços no Mercado. *Revista de Direito Público*, v. 97, 1991.

_____. *Ensaio e Pareceres de Direito. Empresarial*. São Paulo: Forense, 1978

EROS GRAU, *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

27 Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

KEYNES, John Maynard. O Fim do Laissez-Faire. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). John Maynard Keynes. *Coleção Os Grandes Cientistas Sociais*, v. 6. São Paulo: Ática, 1984.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XVII (Parte Especial). 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

OECD. Policy Roundtables. *Market Studies*. Competition Committee. 2008

SALOMÃO FILHO, Calisto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998

WILS, Wouter. “The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in the EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”. In: *World Competition*, v. 27, Issue 2, junho 2004

NEGOCIAÇÕES PRODUTIVAS: ANÁLISE NO ÂMBITO DOS PROCESSOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE SOB O PRISMA DA LEI 12.529, DE 2011

*PRODUCTIVE NEGOTIATIONS: ANALYSE OF THE PROCEEDINGS WITH
CEASE CONDUCT COMMITMENTS ACCORDING TO THE ANTITRUST
LEGISLATION UNDER LAW 12.529/2011*

Cristina Campos Esteves

*Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal Especializada junto
ao CADE. Doutora em Geociências pela Universidade de Campinas – Unicamp.
Especialista em Administração Pública de Minas pela Escola de Minas de Paris –
Paristech, Especialista em Direito da Concorrência pela FGV.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Compromisso de Cessação na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2012; 2 Fatores que Interessam ao Alcance de Negociações Produtivas; 2.1 Interesses; 2.2 Alternativas; 2.3 Opções; 2.4 Legitimidade; 2.5 Compromissos; 2.6 Relacionamento; 2.7 Comunicação; 2.8 Outros Elementos; 3 Conclusão; Referências

RESUMO: Este artigo trata do processo de negociação no âmbito dos Termos de Compromisso de Cessação previsto pela legislação antitruste, em especial no que tange aos aspectos trazidos pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Inicialmente abordaremos o significado do TCC e as alterações inauguradas pela Lei Antitruste. Em um segundo momento, estudaremos os pontos necessários ao alcance de uma negociação produtiva nos processos de compromisso de cessação, quais sejam: interesses, opções, legitimidade, compromissos, comunicação e relacionamento no âmbito dos processos de negociação realizados no Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação. Compromisso. Cessação.

ABSTRACT: This paper discusses the negotiation process as to the Cease Conduct Commitment, hereby CCC, foreseen in the antitrust legislation, particularly about the aspects of the law 12.529/2011, of November 30, 2011. At first the meaning of CCC and the changes made by the new antitrust law will be approached. Second, there is the study of the necessary aspects for a productive negotiation at the proceedings with CCC, namely: interests, options, legitimacy, commitments, communication and relations of negotiations in CADE's proceedings.

KEYWORDS: Negotiation. Commitment. Cease Conduct.

INTRODUÇÃO

A negociação vem se afirmando, mais a cada dia, como uma forma eficaz de solução de conflitos não só na esfera privada, mas agora no âmbito da Administração Pública, seja no âmbito de processos administrativos ou controvérsias judicializadas.

No âmbito da legislação antitruste, o Termo de Cessação de Compromisso, que já era previsto na Lei 8.884, de 1994, restou confirmado pelo legislador como instrumento da política pública antitruste pela Lei 12.529, de 2011. Este segundo diploma, que redesenhou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, trouxe novas características ao TCC como instrumento de solução de controvérsias.

Este artigo tem por finalidade analisar a moldura normativa dos acordos de compromisso de cessação na nova Lei Antitruste num primeiro momento e, posteriormente, identificar os fatores práticos que importam ao sucesso de um processo de negociação segundo o Programa de Negociação da Harvard Law School.

1 O COMPROMISSO DE CESSAÇÃO NA LEI 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012

A negociação de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), prerrogativa anteriormente prevista no art.53 da Lei 8.884, de 1994, foi uma vez mais prestigiado pelo legislador no art.85 da Lei 12.529, de 2011, a nova lei antitruste.

Instrumento cuja importância vem crescendo a cada dia para composição de conflitos concorrenciais no âmbito do Estado, o TCC cumpre três importantes funções: uma função repressiva da infração investigada, por meio da imposição de obrigações ao representado; uma função preventiva, por meio da paralisação dos danos advindos da infração e; ainda, uma função educativa do mercado, considerando que os termos firmados são publicados no sítio do Cade¹ constituindo precedentes para negociações futuras.

A celebração do TCC permite ao Cade paralisar, de forma imediata, a prática que infringe a livre concorrência, com óbvio benefício à coletividade titular dos bens econômicos objeto da tutela do Estado, poupando recursos e tempo de ambas as partes. O acordo materializa, portanto, o princípio constitucional da eficiência².

1 Art.85, parágrafo 7º, da Lei 12.529, de 2011.

2 Art.37, caput, da Constituição da República de 1988.

O reconhecimento expresso de que o Compromisso de Cessação é considerado um instrumento benéfico ao controle antitruste encontra-se na ampliação das fases processuais em que admitido o acordo pela nova lei. Anteriormente, na vigência da Lei 8.884, de 1994, era possível ao Cade firmar o acordo com o infrator *até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada*³. No novo diploma publicado em 2011, o governo vetou expressamente a norma que viria a ser o parágrafo 3º do art.85 que limitava a propositura de celebração do acordo *até o encerramento da instrução do processo administrativo*⁴.

A celebração do Compromisso de Cessação com o Representado no processo administrativo é prerrogativa atribuída ao Cade pela lei. A discricionariedade está presente tanto na avaliação da conveniência e oportunidade em se instaurar um processo de negociação em relação a determinado feito, bem como, uma vez instaurada a negociação, em relação ao conteúdo das cláusulas que comporão o acordo. A dupla avaliação da fase em que se encontra o processo (oportunidade) em conjunto com circunstâncias ligadas ao mérito da conduta (conveniência) é análise que pode apresentar resultados infinitamente diferentes, indicando mesmo que a composição pode não ser a melhor opção para repressão e prevenção em relação a determinada prática antitruste.

O Conselheiro-Relator não terá qualquer incentivo em instaurar um processo de negociação, caso a proposta do representado esteja alicerçada em parâmetros consideravelmente distantes do entendimento jurisprudencial da autarquia ou de sua própria convicção *in casu*, na hipótese de o feito já estar pronto para inclusão em pauta de julgamento. Entender que, em situações como esta, o Cade estaria vinculado a instaurar um processo de negociação, limitando a discricionariedade do Estado ao conteúdo das cláusulas do termo, é admitir que o processo de negociação possa ser estendido desnecessariamente no tempo com o desperdício de recursos públicos. Nem sempre a proposta apresentada pela parte atingirá o conteúdo mínimo esperado pelo Conselheiro-Relator para instauração de um processo de negociação. Em verdade, entendemos que, nesta última hipótese, existe mesmo o dever do Conselheiro-Relator de indeferir *ab initio* a proposta, de modo a evitar o retardamento injustificado do julgamento do feito administrativo.

3 Art.53, parágrafo 3º, da Lei 8.884, de 1994.

4 Consta como razão do veto do parágrafo 3º do art.85 da Lei 12.529, de 2011, que: "Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica.". Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2011/lei-12529-30-novembro-2011-611850-veto-134383-pl.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

A possibilidade, em lugar de obrigatoriedade, de instaurar um processo de negociação ressaltou clara, ainda, de hermenêutica literal da norma jurídica que afirma que o *Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação e não deverá*. Reforça, ainda, este entendimento a norma objeto do parágrafo 13 do art.85 da Lei 12.529, de 2011, que prevê o indeferimento da proposta do Representado quando não houver acordo entre as partes.

No âmbito dos processos administrativos do Cade, é possível ao administrado propor a celebração de compromisso de cessação em: procedimentos preparatórios de inquérito, inquéritos administrativos ou processos administrativos⁵. A despeito de ter sido vetado o art.92 da Lei 12.529, de 2011⁶, o acordo em processos de controle de concentrações permanece possível, uma vez que a competência para “aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações (...)” foi mantida pelo legislador no âmbito daquelas elencadas no art.9º como as do Tribunal do Cade. Ainda no âmbito das competências listadas no art.9º da Lei 12.529, de 2011, é previsto no inciso X que ao Plenário do Tribunal compete “apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração.” Assim, com fundamento nestas duas normas legais de competência, o Cade adequadamente disciplinou o acordo em atos de concentração no art.125⁷ de seu Regimento Interno.

5 No âmbito da Lei 8.884, de 1994, era possível ao administrado propor a celebração de compromisso de cessação em qualquer processo administrativo cujo objeto fosse a investigação de prática anticompetitiva, quais sejam: processos administrativos *stritu sensu* e averiguações preliminares nos termos do art.129 do respectivo regimento interno. Os processos administrativos e as averiguações preliminares da Lei 8.884, de 1994, foram substituídos pelos: procedimentos preparatórios de inquérito, inquéritos administrativos e processos administrativos na Lei 12.529, de 2011.

6 Art.92. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, negociar acordo com os interessados que submetam atos a exame, na forma do art.88 deste Lei, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação. As razões de veto deste artigo são os mesmos apresentados na nota nº 5.

7 Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação.

§1º O ACC será autuado em apartado e apensado ao processo administrativo para análise de ato de concentração econômica.

§2º As propostas de ACC serão submetidas à aprovação pelo Tribunal.

§3º O ACC negociado na Superintendência-Geral deverá ser encaminhado ao Tribunal, para homologação, juntamente com a impugnação do referido ato de concentração.

§4º Em caso de falta de informações suficientes nos autos, para a análise da adequabilidade da proposta, ou em seu juízo de conveniência e oportunidade, o Cade poderá rejeitar o ACC.

A apresentação da proposta à Administração não tem o condão de suspender o trâmite do processo administrativo, situação que se concretizará quando da assinatura do termo pelas partes e tão somente em relação àqueles representados que o assinaram⁸.

Disciplinando a matéria, o Regimento Interno do Cade esclarece que cada representado de um mesmo processo há de apresentar em separado seu requerimento de compromisso de cessação, exceção feita àqueles que integrem o mesmo grupo econômico. Todavia, ao Conselheiro-Relator é possível decidir pela negociação conjunta de propostas distintas, hipótese em que o termo de cessação de compromisso será assinado individualmente por cada representado⁹.

A Lei faculta aos representados a apresentação de termo de compromisso de cessação uma única vez¹⁰, o que representa um incentivo ao administrado em apresentar a melhor proposta possível. Caso a proposta seja indeferida ou dela desista o proponente¹¹ durante o andamento das negociações, não haverá oportunidade para apresentação de uma segunda proposta ao Cade. Esta norma ressalta a importância do processo de negociação, que poderá durar, no máximo, 60 dias¹². Durante o prazo de negociação, ambas as partes, Cade e representado (s), devem estar atentos a alguns elementos que compõem todo processo de negociação e são responsáveis pela obtenção de um termo de compromisso que atenda aos interesses de ambas as partes. Os elementos aludidos serão abordados na segunda parte deste artigo detalhadamente.

§5º Na elaboração, negociação e celebração do ACC, a Superintendência-Geral e o Conselheiro-Relator poderão solicitar a assistência de quaisquer órgãos que compõem o Cade.

§6º O Cade, a seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas da(s) compromissária(s). 42

§7º Aprovada a versão final do ACC pelo Plenário do Tribunal, será a compromissária intimada a comparecer ao Tribunal do Cade, perante o Presidente, para proceder à sua assinatura.

§8º O ACC será assinado em uma via original destinada a cada compromissária e outra para os autos.

§9º No prazo de 5 (cinco) dias de sua celebração, versão pública do ACC será disponibilizada no sítio do Cade (www.cade.gov.br) durante o período de sua vigência.

§10. Anotar-se-á na capa do processo administrativo para análise de ato de concentração econômica a existência de ACC.

8 Art.85, parágrafo 9º, da Lei 12.529, de 2011.

9 Art.184, parágrafo 5º, do Regimento Interno do Cade.

10 Art.85, parágrafo 4º, da Lei 12.529, de 2011

11 Art.183, parágrafo 4º, do Regimento Interno do Cade.

12 Nos termos do art.183, caput e parágrafo 1º, do Regimento Interno do Cade, o processo de negociação terá a duração de 30 dias, prorrogáveis por igual período.

Inovando em relação ao diploma anterior, a Lei 12.529, de 2011, assegura a intervenção de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pelos termos do acordo, e àqueles legitimados à propositura da ação civil pública, no processo de compromisso de cessação¹³. Da forma como prevista na lei, a intervenção de terceiros no processo administrativo antitruste é uma faculdade da parte sujeita a decisão discricionária do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator. Nem sempre a prática de atos no âmbito dos processos antitruste se apresentará conveniente e oportuna à instrução processual e/ou à defesa dos interesses coletivos. Imagine-se um processo cuja instrução encontra-se finalizada e o Conselheiro-Relator já tenha firmado seu convencimento, estando o feito pronto para inclusão em pauta para julgamento. Neste caso, apenas na rara hipótese de um terceiro deter informações ou provas relativas a um fato relevante que venha a desconstituir a higidez do conjunto probatório, estará presente a conveniência e oportunidade de sua intervenção, sendo legítimo e legal o indeferimento do pleito de intervenção em algumas hipóteses.

Regulamentando o assunto, o Regimento Interno do Cade, de forma análoga à lei, previu que a intervenção de terceiros no processo de compromisso de cessação é decisão que integra a esfera discricionária do Conselheiro-Relator. Considerando a natureza de negociação do processo de TCC, o RI limitou a intervenção de terceiros a momento posterior à apresentação da proposta final pelo representado. A limitação criada pela norma regimental encontra sustentação em um dos principais elementos de todo processo de negociação, qual seja, a legitimidade. Este elemento, que decorre da condição de parte detida pelos Representados e pelo próprio Cade nos processos de TCC, não necessariamente será identificado na manifestação de terceiros que não integram qualquer dos polos processuais. Assim, não seria salutar ao desenvolvimento do processo de negociação a intervenção de terceiros durante o processo de negociação em razão da possibilidade de essa intervenção postergar ou impedir a materialização do acordo.

Ainda em respeito ao que foi acordado, caso algum terceiro apresente considerações sobre o termo final objeto do processo de negociação, o Conselheiro-Relator deverá facultar aos representados oportunidade de se manifestar sobre eventuais emendas propostas pelos intervenientes.

Suspensa o processo em decorrência da assinatura do termo de compromisso de cessação, uma vez declaradas cumpridas todas as obrigações assumidas pelos representados, será o feito administrativo

13 Art.85, parágrafo 15, da Lei 12.529, de 2011.

arquivado¹⁴. Lado outro, em caso de descumprimento de qualquer de suas cláusulas, o termo de cessação será objeto de execução judicial pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, voltando a ter curso o processo administrativo de apuração da prática infrativa¹⁵.

2 FATORES QUE INTERESSAM AO ALCANCE DE NEGOCIAÇÕES PRODUTIVAS¹⁶

Em 2009 o Cade criou em sua estrutura o Grupo de Negociações cuja competência primária é a negociação de termos de compromisso de cessação em nome do Conselheiro-Relator do processo. Os membros do Grupo de Negociações do Cade são capacitados para que o Estado obtenha, ao final de cada negociação, um termo cujas cláusulas materializem as funções: repressiva, preventiva e educativa às quais aludimos no início deste artigo.

Cuidando-se a negociação de um processo prático, é também por meio da prática que aprendemos e nos aperfeiçoamos na técnica da negociação. Todavia, em meio ao processo de negociação, a preparação e a condução do diálogo devem considerar certos fatores sem os quais o objetivo final pode ser colocado em risco.

A chave para uma boa negociação encontra-se na preparação. Quanto mais os negociadores se preparam para o processo, maior será sua aptidão para criar valor e agir com liberdade durante a evolução do processo de negociação.

A identificação prévia de sintomas como: desconfortos, incertezas, oportunidades perdidas em negociações passadas, discussões adiadas, relações desgastadas e o diagnóstico de que os objetivos da negociação não se encontram suficientemente claros, de que a preparação do processo está parca, de que as habilidades do negociante são inadequadas, dentre outras dificuldades inerentes ao processo, aumentam a possibilidade de se atingir os objetivos pretendidos.

O processo de negociação é formado por fases que se dispõem em círculo, iniciando-se com a preparação, passando pela condução e atingindo o sucesso, ponto em que os negociantes devem retornar à fase preparatória e perguntar: Por que funcionou? Seria possível formular um guia de negociações para processos futuros?

14 Art.85, parágrafo 9º, da Lei 12.529, de 2011.

15 Nos termos do art.85, parágrafo 8º, da Lei 12.529, de 2011, o termo de compromisso de cessação tem natureza de título executivo extrajudicial.

16 Este tópico foi elaborado com fundamento no curso Program on Negotiation da Harvard Law School.

Sistematicamente, um bom acordo é aquele que representa uma opção melhor do que as alternativas que lhe eram possíveis no início do processo, que satisfaça seus interesses e da outra parte; que seja justo; que impeça a qualquer das partes sair do processo com o sentimento de que foi explorada e que ajude a construir relacionamentos como resultado de uma boa comunicação.

Segundo a teoria adotada pela Harvard Law School, todo processo de negociação envolve sete elementos sobre os quais se deve prestar atenção, quais sejam: interesses, alternativas, opções, legitimidade, compromissos, relacionamentos e comunicação.

Como os sete elementos encontram-se dispostos em uma negociação? Durante o processo de barganha, devemos buscar atingir nossos interesses de forma justa. No caso do processo de compromisso de cessação anteriormente previsto no art.53 da Lei 8.884, de 1994, e, atualmente, no art.85 da Lei 12.529, de 2011, o objetivo do Estado é a defesa e a preservação da livre concorrência no mercado relevante afetado pela prática.

Espera-se que o processo de TCC, ainda que não culmine em um acordo, proporcione o surgimento de um bom relacionamento entre os negociantes (Estado e administrado), de modo a preservar e construir positivamente a imagem do Conselho Administrativo de Defesa Econômica perante a sociedade, abrandando a forma fragmentada de atuação do Estado em decorrência da burocracia.

Para que os objetivos sejam atingidos, na elaboração de um compromisso de cessação, a Comissão Negociadora do Cade considera:

- (i) quais são os efeitos decorrentes do eventual julgamento do (s) processo administrativo (s) relativos à conduta negociada caso não seja atingido o acordo pretendido;
- (ii) quais são as possíveis opções para formatação do eventual acordo;
- (iii) quais são os compromissos que assumidos pelo administrado farão cessar a prática anticompetitiva e;
- (iv) qual a forma de comunicação e meios necessários a assegurá-lo.

Vejamos como os elementos que compõem o processo de negociação interferem nessas avaliações.

2.1 INTERESSES

Na análise dos interesses, a Comissão Negociadora considera as motivações eventualmente ocultas, os medos, as necessidades e os desejos que a apresentação de uma proposta de compromisso de cessação pode conter. Os interesses do Cade em cada caso concreto serão estabelecidos pelo Conselheiro-Relator do processo que investiga a infração, restando a Comissão atenta de modo a bem compreender quais são as prioridades em cada negociação.

Em um processo de negociação é necessário que identifiquemos não apenas nossas prioridades, mas estimemos também aquelas da (s) outra (s) parte (s) envolvidas no processo. Dentre os interesses em jogo, quais são comuns? Quais são apenas diferentes? Quais dentre os interesses das partes conflitam entre si? Em muitos casos é possível à Comissão Negociadora identificar diferenças estratégicas que sirvam para criar valor entre as partes.

Os negociadores devem buscar identificar *interesses* e não *posições*. Pergunta-se: *Por quê? Por que não? O que eles estão tentando alcançar?* É interessante dividir alguns dos seus entendimentos e interesses e pedir um *feedback* da outra parte. Do mesmo modo, em alguns casos a Comissão Negociadora externa opções e solicita críticas dos representantes do proponente, de modo a aproximar o diálogo entre as partes.

2.2 ALTERNATIVAS

No campo das alternativas, os negociadores do Cade ponderam o que se pode fazer se não alcançado o acordo junto à outra parte. Qual seria a *melhor alternativa se não alcançado o acordo* (BATNA – *Best Alternative to a Negotiated Agreement*)? Nesse ponto, a Comissão pesquisa a jurisprudência do CADE em relação a casos semelhantes, de modo a orientar o Conselheiro-Relator sobre o possível cenário, caso o TCC não seja realizado e o processo administrativo se encaminhe para julgamento.

Nesse ponto, é interessante notar que a favor do Cade sempre existirá a possibilidade de levar o feito a julgamento.

Discussões sobre o BATNA podem evidenciar os interesses em jogo e funcionar como um *brainstorm*. Diante da possibilidade de alteração do BATNA, pelo Conselheiro-Relator, durante o processo de negociação em razão do surgimento de novas circunstâncias, a Comissão Negociadora se apresenta sempre apta a discuti-lo e rediscuti-lo entre si e com o Conselheiro-Relator a cada rodada. Assim, é de suma importância

que a Comissão conheça os exatos limites de seu BATNA em cada fase de negociação e esteja preparada para usá-lo caso necessário.

2.3 OPÇÕES

Inicialmente, a Comissão de Negociação imagina quais arranjos satisfariam os interesses de ambos os lados para visualizar as opções de acordo. É possível que capacidades e recursos diferentemente detidos pelas partes possam ser objeto de troca, do mesmo modo que diferentes perfis de risco podem ser objeto de contratos de seguro ou cláusulas de auditoria ou de *compliance*, por exemplo.

Focar em opções que tragam ganho para ambas as partes e explorar diferenças aumenta a chance de se atingir um acordo satisfatório ao Estado e ao representado.

Identificadas as possíveis opções de acordo, estrategicamente a Comissão Negociadora se posiciona em favor daquela que seja a mais favorável ao interesse público pontuado pelo Conselheiro-Relator, fazendo concessões no menor ritmo possível.

2.4 LEGITIMIDADE

Para agregar legitimidade às propostas, a Comissão as apoia em precedentes validados pelo Plenário do Cade, princípios justos, opiniões de *experts* e dos próprios Conselheiros do Tribunal sobre o objeto negociado, que sejam favoráveis e tenham o potencial de definitivamente cessar a infração. No que tange aos precedentes invocados pela parte contrária, é importante contrastar integralmente o caso concreto citado com aquele em negociação, e não apenas em relação à variável eventualmente invocada. Em casos concretos, o precedente invocado pela parte contrária, com a finalidade de estabelecer um parâmetro de negociação, pode ser lhe favorável em relação a apenas uma das variáveis do acordo. Quando comparados todos os parâmetros de um precedente invocado com os dados do caso em negociação, pode-se chegar à conclusão de que os casos apresentam mais pontos de divergência do que em comum.

É importante que, ao se sentarem à mesa, as partes ostentem o mesmo grau de legitimidade. Quando isso se materializa na negociação, é possível que diante de impasses, uma das partes indique uma dentre as opções de acordo, sem que se tenha que retroagir no processo de negociação. Expressões como: *Deixe-me mostrar-lhe uma coisa...*; ou *Por que este número?* ou, ainda, *Deixe-me entender por que você deseja isto...* podem servir para proteção dos interesses próprios durante a negociação.

O uso de procedimentos justos é sempre desejável, assim como deixar-se persuadir pela outra parte em caso de esta apresentar uma solução que mereça atribuição de mérito.

2.5 COMPROMISSOS

Na fase de preparação a Comissão deve se perguntar quais os compromissos – orais ou escritos – deve assumir ou não durante e ao termo da negociação. Para a assunção de compromissos importa saber o grau de autoridade das partes. Em outras palavras, a parte deve se perguntar previamente à assunção de compromissos se possui autoridade para tanto e se a outra parte o possui.

No âmbito do Cade, as Comissões Negociadoras são nomeadas pelo Conselheiro-Relator e, do próprio ato de nomeação, decorre a legitimidade de seus membros para ingresso no processo.

Algumas vezes, a parte adversa tenta burlar a autoridade da Comissão procurando diretamente o Conselheiro-Relator na tentativa de flexibilizar algum ponto discutido no processo de negociação ou obter um compromisso mais favorável do que aquele obtido junto aos membros da Comissão. Nessa hipótese, o Conselheiro-Relator irá apenas reforçar a autoridade da Comissão por ele nomeada, rechaçando o artifício adotado pelo administrado em coerência com o próprio ato de nomeação.

A Comissão deve se questionar a cada negociação se existem mecanismos que podem ser utilizados ao longo do processo de negociação para troca de um compromisso por outro. Quais produtos podem ser utilizados como moeda de troca. Vale ter em mente que compromissos podem ser tanto procedimentais quanto substanciais.

É importante sempre considerar o BATNA antes de firmar compromissos.

Ainda sobre este ponto, a Comissão sobreleva a possibilidade de execução judicial do TCC caso este não seja cumprido voluntariamente. Nesse sentido, a Comissão Negociadora tem a opção de consultar previamente o Setor de Cumprimento de Decisões - SCD da Autarquia para investigar a exequibilidade das obrigações que constarão do termo de acordo.

2.6 RELACIONAMENTO

Este elemento do processo de negociação reflete o quanto as partes estão aptas a lidar com diferenças, de modo a fazer o processo avançar. Neste ponto, existe uma vantagem do Estado que sempre contará com a possibilidade de levar o processo administrativo a julgamento caso o

processo de negociação se apresente espinhoso ou evolua por caminhos cujo resultado não atenderá aos interesses da política antitruste.

Para preparação deste elemento, as partes devem se perguntar como é seu relacionamento com a outra parte naquele exato momento e como querem que este seja no futuro.

Um instrumento a ser utilizado na escolha dos membros da Comissão pelo Conselheiro-Relator é o perfil dos negociadores do Grupo de Negociações em conjunto com aqueles dos representantes da outra parte, caso essa informação seja acessível¹⁷. Ainda que o perfil dos negociadores da parte adversa seja desconhecido, o Conselheiro-Relator deve valer-se dos perfis dos integrantes do Grupo, tendo em vista seus objetivos em cada processo e TCC concretamente considerado.

Ainda sobre relacionamento, devemos buscar identificar quais são as principais preocupações da outra parte, de modo que seja possível a adoção de comportamentos que gerem emoções positivas.

Estrategicamente, na fase de preparação, devemos imaginar como seria o processo de negociação, considerando como centro cada um dos interlocutores de cada parte envolvida no processo para, em um segundo momento, ponderarmos as consequências e delimitarmos os papéis que serão assumidos durante o processo.

Conforme afirmamos no início deste tópico, apenas a prática permite a evolução em relação a este elemento da negociação. Todavia, é estratégico considerar que uma comunicação amistosa facilita a obtenção do acordo junto à outra parte.

2.7 COMUNICAÇÃO

O processo por meio do qual falamos sobre *interesses, opções, alternativas* entre outros elementos é a comunicação. Nesse item, a pergunta chave é: *O que queremos aprender com a outra parte?* Seja qual for a resposta, a postura de bom ouvinte será sempre uma boa estratégia.

Visto de outro lado, a parte deve perguntar-se o que gostaria que o outro negociante apreendesse, para depois enumerar quais informações gostaria de dividir e quais não.

Cada parte envolvida na negociação deve ponderar previamente quais são os pontos que deseja expor de forma clara à parte adversa, aqueles sobre os quais não se quer que parem dúvidas. Em relação a esses pontos, deve ser persuasiva na adoção de uma comunicação clara.

17 Eventualmente os representantes da parte adversa são conhecidos do Conselheiro-Relator ou dos membros do Grupo de Negociações do CADE em razão de negociações passadas.

A construção de uma agenda de reuniões (rodadas/fases), bem como identificação das pessoas que nelas tomarão assento, também integra o ponto *comunicação*. Deve-se traçar a seqüência de questões cujo debate se pretende em cada reunião, bem como qual será a abordagem e aonde se pretende chegar em cada uma dessas fases.

2.8 OUTROS ELEMENTOS

Ao lado dos elementos enumerados acima, algumas outras condições devem ser cuidadosamente avaliadas em um processo de negociação segundo a teoria da Escola de Minas de Paris¹⁸, dentre as quais encontramos: o *tempo*. Em geral subestimamos o tempo necessário a uma boa negociação, sendo de grande utilidade a elaboração de um calendário na fase de preparação.

Outro elemento importante é a *competência/expertise* por parte dos negociadores. Assimetria no conteúdo ou no nível de competência entre os representantes das partes que, de fato, irão sentar à mesa (que podem ser duas ou mais) pode gerar resultados indesejáveis a qualquer delas.

Elaborada a estratégia da negociação durante a preparação, passa-se à fase em que ela será colocada em prática: a *tática* que será empregada pela Comissão ou os tipos de movimentos que os negociadores irão adotar.

Nesta fase, a Comissão deve separar: os pontos que são inegociáveis (não podemos ou não queremos ceder); os pontos que são negociáveis (aqui a discussão é possível, ainda que não seja fácil) e aqueles que podem ser concedidos sem esforço (não nos custa nada ou tem importância irrisória).

Deloffre¹⁹ propõe o seguinte caminho para escolha dos movimentos táticos levando em conta o conjunto de negociantes e o grau de negociabilidade dos pontos envolvidos na negociação:

NÓS/ELES	A <i>Inegociável</i>	B <i>Negociável</i>	C <i>Pode ser concedido sem esforço</i>
A <i>Inegociável</i>	6º Impasse (Arbitragem)	3º Ponto difícil (pouco rentável) contra...	1º Trocar um ponto <i>útil</i> por um ponto <i>útil</i>

18 Informações retiradas das aulas e materiais disponibilizados nas aulas do Prof.Guy Deloffre no curso de Administração Pública de Minas da Escola de Minas de Paris- Paristech.

19 Guia de Negociação escrito por Guy Deloffre, membro da ICN e professor da Escola de Minas de Paris no curso Administração Pública de Minas.

B <i>Negociável</i>	3º Um ponto difícil (pouco rentável) contra ...	5º Terreno de troca ou Negociação	2º Trocar um ponto <i>fácil</i> por outro ponto <i>fácil</i>
C <i>Pode ser concedido sem esforço</i>	1º Trocar um ponto <i>útil</i> por um ponto <i>útil</i>	2º Trocar um ponto <i>fácil</i> por outro ponto <i>fácil</i>	4º Pontos de somenos importância

O caminho tático/estratégico a ser adotado pela Comissão de Negociação, nos processos de cessação de conduta no Cade, são sempre apresentados previamente ao Conselheiro-Relator do caso, para aprovação prévia.

Iniciado o processo de negociação, a Comissão de Negociação permanece atenta para o fato de que os negociadores são homens e que possuem interesses próprios e distintos da parte que representam. Assim, busca respeitar e preservar a imagem que a outra parte tem do Cade como representante do Estado no processo de negociação sobre práticas que infringem a concorrência.

Envolver a outra parte no processo de busca de informação, falar das próprias emoções e fazer com que a outra parte também fale das suas emoções, jamais respondendo em cólera, são fatores que aproximam os negociadores, criando uma atmosfera favorável ao alcance de um acordo satisfatório a ambas as partes.

A atitude de falar de si mesmo, em lugar de falar da outra parte, costuma resultar em um trabalho *lado a lado* que interessa ao alcance de um acordo.

3 CONCLUSÃO

Na atualidade, o aumento do número de propostas de TCC apresentadas ao Cade mostra a crescente importância deste instituto como instrumento de solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública.

O instituto do TCC foi reafirmado pelo legislador como um dos instrumentos da política antitruste ganhando novos contornos na Lei 12.529, de 2011, prometendo ser a cada dia uma ferramenta mais útil à materialização da eficiência do Estado.

A observância e atenção aos elementos que compõem os processos de negociação na fase de preparação das negociações potencializa as chances de alcance de acordos que a um só tempo atendam ao interesse público e aperfeiçoem a relação público-privada cuja saúde importa à defesa da ordem econômica.

REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

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

DELOFFRE, Guy. *Aula ministrada no Curso de Administração Pública de Minas de Paris – Paristech*. Fontainebleau, 2008.

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

PATTON, Bruce. *Setting the Stage for Productive Negotiations*. Aula ministrada no Program on Negotiation at Harvard Law School, 2010.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: em 15 de setembro de 2012.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso: em 05 de junho de 2012.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso: em 05 de junho de 2012.

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 detém 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/ANecessidadeDoControle.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 conseqüência, 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 Compañia 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.

A PRESCRIÇÃO NA LEI Nº 12.529/2011¹

STATUTE OF LIMITATION IN THE LAW 12.529/2011

Daniela Silva Borges

Em exercício na Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE

SUMÁRIO: Introdução; 1 conceito; 2 Origem; 3 Fundamentos; 3.1 A Teoria da Segurança Jurídica; 3.2 A Teoria do Esquecimento; 3.3 A Teoria da Fragilidade das Provas; 4 A Evolução Normativa da Prescrição no Direito Antitruste; 5 Espécies; 5.1 Prescrição da Pretensão Punitiva; 5.1.1 Prescrição Geral; 5.1.2 Prescrição Intercorrente; 5.2 Prescrição da Pretensão Executória; 6 Conclusão; Referências

¹ O presente trabalho reflete a opinião da autora e não necessariamente representa nem vincula o entendimento do CADE sobre a matéria.

RESUMO: O artigo apresenta um estudo sobre o instituto da prescrição administrativa, com foco na prescrição das ações punitivas que tenham por objeto as infrações contra a ordem econômica. A recente Lei nº 12.529/2011 reinseriu o tema na legislação antitruste brasileira, o qual era anteriormente tratado na Lei nº 9.973/1999, aplicável a toda a Administração Pública Federal. Realiza-se um estudo comparativo entre as duas disciplinas legais, abordando-se as implicações das pequenas modificações havidas. São abordadas cada uma das espécies da prescrição administrativa, traçando-se um panorama geral sobre o instituto na seara do direito antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição Administrativa. Ações Punitivas. Infrações à Ordem Econômica.

ABSTRACT: This paper presents a study about the administrative statute of limitation, with focus in the statute of limitation of the punitive measures related to violations against the economic order. The recent Law 12.529/2011 brings back that theme to the Brazilian antitrust legislation, that was, previously, the subject of the law 9.973/1999, applicable at all levels of Federal Administration. A comparative study between both laws approaches the modifications made. Each administrative statute of limitation is studied, drawing a general overview of the Institute in the antitrust legislation area.

KEYWORDS: Administrative Statute of Limitation. Punitive Measures. Violations Against the Economic Order.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a apresentar algumas considerações e análises sobre o instituto da prescrição administrativa, voltado especificamente ao direito antitruste. Trata-se da prescrição da pretensão administrativa de punir as infrações contra a ordem econômica, previstas na Lei nº 12.529/2011 - novo diploma legislativo que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em substituição à anterior Lei nº 8.884/1994.

A prescrição veio regulada pelo artigo 46 da nova Lei, o que representa uma reinserção do tema na legislação antitruste brasileira. Isso porque, anteriormente à vigência do novo diploma legislativo, a prescrição da pretensão de punir por parte dos órgãos do SBDC era regulada pela Lei nº 9.873/1999, que se destina (ainda está em vigor) a todos os órgãos da Administração Pública Federal, no exercício dos seus respectivos poderes de polícia, e que expressamente revogou o dispositivo relativo à prescrição da então lei antitruste (artigo 28 da Lei nº 8.884/1994).

Assim, o artigo 46 da Lei nº 12.529/2011, devolvendo a matéria ao diploma legislativo que dispõe sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, estabelece os prazos e as espécies de prescrição, as hipóteses de suspensão e interrupção da contagem dos prazos prescricionais e outros regramentos, que em quase tudo se assemelham, como se verá, à disciplina da Lei nº 9.873/1999.

O fato de a Lei nº 12.529/2011 reproduzir as principais previsões contidas na Lei nº 9.873/1999 induz ao pensamento de que as normas gerais sobre prescrição administrativa continuarão aplicáveis, no que couber, aos processos de apuração de infrações contra a ordem econômica de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o que justifica a ausência de qualquer dispositivo de aplicação de direito intertemporal sobre a matéria, na nova legislação antitruste.

1 CONCEITO

A expressão prescrever, no sentido comum, significa preceituar, fixar, delimitar. Juridicamente, o vocábulo assume acepção diversa, correspondendo à ineficácia de um direito em razão do decurso de um certo lapso de tempo.

De acordo com José Cretella Júnior, a prescrição, no sentido que lhe empresta o direito punitivo, é a “*extinção da iniciativa de punir, resultado*

da inércia, durante certo lapso de tempo, do Poder Público na perseguição da infração ou na execução da sanção”². Corolário desse conceito é a constatação de que a punibilidade não é eterna, uma vez que o legislador delimitou prazos dentro dos quais é permitido ao Estado promover a apuração e punir o infrator, sendo vedada sua atuação fora desses limites temporais.

No Direito Administrativo, Odete Medauar define a prescrição como uma “*uma figura que impede a atuação da Administração ou o uso da via administrativa pela passagem do tempo*”³. Maria Sylvia Zanella di Pietro complementa a definição, lecionando que a prescrição “*indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas*”⁴.

Qualquer que seja a definição adotada, o instituto da prescrição está intimamente ligado à confluência de dois fatores determinantes: o decurso do tempo e a inércia do Estado. Tal inércia, cumpre ressaltar, não precisa ser completa, bastando a atuação do Poder Público ineficaz e lenta o suficiente para atingir o prazo prescricional previsto em lei.

Esses elementos estruturantes do conceito da prescrição possuem em comum a característica da objetividade, não comportando o instituto, conseqüentemente, qualquer análise de ordem subjetiva, como, por exemplo, quanto ao merecimento ou não do infrator ao benefício. Isso significa que, uma vez atingido o prazo prescricional, a declaração da extinção da punibilidade é de rigor, devendo ser declarada de ofício em qualquer fase do processo administrativo.

Num paralelo com o Direito Penal, pode-se dizer que, aqui como lá, se a prescrição incide antes da condenação, está-se diante da prescrição da pretensão punitiva, denominada pela Lei nº 12.529/2011 como “prescrição da ação”. Nesta, o decurso do tempo sem o exercício da pretensão de punir faz com que o Estado perca o direito de aplicar ao agente a sanção administrativa abstratamente cominada à infração.

Se, ao revés, a prescrição se verifica após a decisão administrativa condenatória, é caso de prescrição da pretensão executória, vulgarmente denominada “prescrição da pena”, a qual acarreta a perda do direito estatal de executar a sanção imposta na decisão administrativa. Essa segunda espécie de prescrição, embora não tenha sido expressamente prevista na Lei nº 12.529/2011, tem ampla aplicação às condenações antitrustes, como será oportunamente abordado no presente trabalho.

2 Prescrição da falta administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 544, ano 70, p. 11-26, fev. 1981.

3 Prescrição e administração pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 642, ano 78, p. 82-95, abr. 1989.

4 *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 736.

2 ORIGEM

O instituto da prescrição da ação punitiva do Estado tem sua origem ligada ao direito penal, como não poderia deixar de ser, já que o direito administrativo, como ramo autônomo do direito, estruturado sobre princípios informativos próprios, só veio surgir no final do século XVIII e início do século XIX⁵.

Segundo Antônio Rodrigues Porto, a prescrição da pretensão punitiva é de origem muito mais remota que a prescrição da pretensão executória. A origem da primeira, denominada, à época, prescrição da ação, remonta à Antiguidade, quando, no Império Romano, previu-se, pela primeira vez, o instituto da prescrição.⁶

Anota Christiano José de Andrade que a *praescriptio* (escrito posto antes) romana era um meio de defesa do réu, colocado em fórmula expedida pelo pretor, pela qual o juiz era advertido a não analisar o mérito da causa. Sua primeira previsão legal é atribuída à *Lex Julia de Adulteriis* (18 a.C.), que previu a prescrição em cinco anos para os crimes de adultério, estupro e lenocínio, nela previstos.⁷

Os estudiosos do instituto associam tal prazo prescritivo ao período quinquenal em que se realizavam as festas lustrais, festividades romanas que simbolizavam o perdão às culpas religiosas dos homens e das cidades. Associa-se à prescrição, nessa fase inicial, a ideia de perdão, considerando que, se o tempo era capaz de lavar as culpas dos homens e das cidades, naturalmente também provocaria a expiação moral dos criminosos que cometeram os referidos crimes (adultério, estupro e lenocínio), o que ensejaria o perdão da sociedade e a ilegitimidade, por consequência, da ação penal.

A prescrição prevista na *Lex Julia de Adulteriis* posteriormente foi estendida aos demais crimes, sendo prevista, em regra, no prazo de um ano para as ações penais privadas e vinte anos para os delitos de ação pública, com exceção das infrações previstas na mencionada lei, que continuaram a prescrever no período de um lustro, e também

5 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1-2. De acordo com a autora, “[...] a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas em relação aos particulares, mas também entre estes e o Estado”.

6 *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 13.

7 *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979. p. 1.

do delito de peculato, que, igualmente, prescrevia no prazo de cinco anos.⁸

No entanto, o legislador romano reservou a imprescritibilidade aos crimes de parricídio, apostasia e parto suposto. Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro explicam que tal se deu, quanto ao primeiro crime, por causa de sua atrocidade, quanto o segundo, devido à influência do Cristianismo, que se tornou a religião oficial do Império, e, com relação ao terceiro, em razão da imprescritibilidade do estado das pessoas, com o que não se poderia prescrever delito de tal natureza.⁹

Já a prescrição da pretensão executória (prescrição da pena ou da condenação, conforme terminologia da época) surgiu apenas no século XVIII, favorecida pela Revolução Francesa. Previu-a primeiramente o Código Penal Francês de 1791 e conservou-a o Código de Instrução Criminal de 1808, sob condições e regulada em diversos prazos, de acordo com a natureza das infrações.¹⁰

De acordo com René Garraud, citado por Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro, a prescrição da pena foi-se insinuando, na França, paulatinamente na prática forense, mediante o critério de que as condenações penais deviam ser executadas dentro de 30 anos, sob pena de restarem prescritas. Dessa prática resultou a consagração da prescrição da pena nos citados diplomas legais.¹¹ Outros países, em seguida, também contemplaram essa modalidade de prescrição em suas legislações.

O instituto da prescrição estendeu-se à generalidade dos códigos modernos, sendo a prescrição da pretensão punitiva recepcionada por todos os países, quase sem exceção, enquanto a prescrição da pretensão executória ainda encontra maior resistência.

O Estado Inglês foi um dos únicos que não recepcionou o instituto, admitindo a prescrição da ação somente em casos excepcionais e, em hipótese alguma, a prescrição da pena. Consoante Christiano José de Andrade, tal é o reflexo da máxima segundo a qual *nullum tempus occurrit regi* (o tempo não corre para o rei), corolário do tradicional princípio de que as acusações criminais na Inglaterra são intentadas em nome do rei.¹²

8 Aloysio de Carvalho FILHO, Jorge Alberto ROMEIRO. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 227.

9 *Ibidem*, p. 227.

10 *Ibidem*, p. 227.

11 *Ibidem*, p. 228.

12 *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979. p. 4.

3 FUNDAMENTOS

A prescrição é instituto de larga aceitação nos diversos ramos do direito, sendo reconhecida na maior parte das legislações do mundo. Para justificá-la são utilizados diversos fundamentos, tendo-se pinçado os principais, entre aqueles que servem à prescrição administrativa, para o exame a seguir. Nenhum deles, no entanto, seria capaz de sustentar, sozinho, o instituto da prescrição administrativa. Apenas o conjunto deles pode fornecer uma base sólida sobre a qual se assentar o instituto.

3.1 A TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Ao dissertar sobre os fundamentos legitimadores da prescrição, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o instituto foi concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas.¹³

No mesmo sentido, Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro explicam que a segurança jurídica é preservada na medida em que a prescrição coloca um prazo legal para que o Estado exerça sua função punitiva. Segundo eles:

É indiscutível que o Estado, retardando ou descuidando o exercício da função punitiva, não tem o direito de alongar aquela situação, como seria, indefinidamente, se lhe não fora imposto um termo legal, pela prescrição.¹⁴

João Bosco Leopoldino da Fonseca, em sua obra *Lei de proteção à concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*¹⁵, assinala:

É cediço o entendimento segundo o qual um ato que afronte a ordem jurídica reclama de imediato a tomada de uma iniciativa corretora. Para que se pratique esse ato destinado a recompor a inteireza da ordem, a lei fixa um prazo. Dentro desse prazo deverá tomar-se a medida corretora, sob pena de, escoado ele, não mais poder-se pretender corrigir aquela ruptura.

13 *Curso de direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006. p. 995.

14 *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 213.

15 *Lei de proteção à concorrência: Comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 219.

A fixação de um prazo para a adoção de medidas corretoras tem por base o princípio segundo o qual a segurança das relações jurídicas exige que não se perpetuem situações de dúvida e de indefinição.

Assim é que aquela lesão da ordem faz surgir o direito a uma ação corretora (princípio da “actio nata”). Surgido esse direito, o seu titular não pode quedar-se inerte; deve tomar iniciativa dentro do lapso de tempo fixado pela lei, sob pena de, decorrido esse, não mais poder exercitar aquele direito.

Nessa linha de pensamento, Leonardo Vizeu Figueiredo afirma que “a prescrição tem por fundamento evitar que os litígios e as situações de direito pendentes de reparação prolonguem-se indefinidamente, com o fito de se resguardar a segurança das relações jurídicas da vida em sociedade”¹⁶.

Para esses autores, portanto, a prescrição teria sido concebida para se preservar a segurança jurídica dos administrados em relação à Administração Pública, por meio da imposição legal de limites temporais para o exercício da ação punitiva. Se não fossem os prazos prescricionais, a Administração poderia perseguir o agente da suposta infração por tempo indeterminado, podendo fazê-lo, inclusive, quando melhor lhe conviesse.

Não seria razoável, assim, que a Administração Pública contasse, por todo o tempo, com o direito de punir, hipótese em que restaria configurada uma eterna ameaça aos cidadãos, ao seu patrimônio e à segurança jurídica da sociedade, que a qualquer momento poderia ser sobressaltada com a súbita e enérgica atuação repressora.

Pelo teor das considerações acima, observa-se que o instituto da prescrição, além de assegurar a segurança jurídica dos cidadãos, é marcado por uma fundamental importância prática – a de impor aos órgãos legitimados, administrativos e jurisdicionais, prazos para efetivar a justiça punitiva, em prol da sociedade.

3.2 A TEORIA DO ESQUECIMENTO

Além da segurança jurídica, normalmente apontada como o fundamento legitimador do instituto da prescrição, outro fundamento contribui indubitavelmente para a sua sustentação: a necessidade do esquecimento.

Quando é cometida uma infração, surge na sociedade um sentimento de reprovação ao fato, aliado a um desejo comum de dar

16 *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 255.

satisfação ao ofendido (que, no caso das infrações contra a ordem econômica, é a própria coletividade), vendo o infrator punido pela falta que cometeu. Instaure-se um desequilíbrio no meio social, provocado pela infração à lei cuja finalidade precípua era preservar a ordem pública.

Porém, com o passar dos anos, a lembrança da infração torna-se cada vez mais vaga na memória social, até atingir o completo esquecimento. Cessada a repercussão social da prática do ilícito, esvaecem-se a intranquilidade e o alarme provocados, restaurando-se o equilíbrio na ordem social.

De acordo com a teoria do esquecimento, o instituto da prescrição é exatamente o reconhecimento jurídico dessa ação natural que o tempo produz sobre os acontecimentos humanos.¹⁷ Por mais perniciosa que se apresente uma infração para a sociedade, não há como negar o efeito extintivo do tempo, que apaga as lembranças do fato punível e devolve as coisas, naturalmente, ao seu curso anterior.

A imposição da sanção ou sua execução demasiadamente tardia não traduziria, nessas condições, para os partidários dessa teoria, o sentimento médio da sociedade, que, se antes se encontrava abalada pela prática do ilícito, já agora se recompôs, estabelecendo e consolidando novas relações jurídicas e econômicas, nas quais, por vezes, não convém intervir. Nesse diapasão, o esquecimento da infração faz com que a sanção perca o seu sentido, já que não persistiria na sociedade o interesse na punição.

Se o esquecimento não se opera de fato na memória dos homens, como se poderia argumentar, a necessidade dele ainda se faz imperiosa para o ordenamento jurídico e para o próprio sistema de repressão estatal, que entraria em verdadeiro colapso se a tudo, de qualquer tempo, tivesse que dar uma resposta, como bem traduziu o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, no voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64, ainda pendente de julgamento:

46. É por meio da construção de diferentes regimes de prescrição que o legislador coaduna os imperativos de validade e efetividade das normas jurídicas com uma necessidade social básica: *a necessidade do esquecimento*. Com efeito, o instituto da prescrição permite que o sistema jurídico se “esqueça” de determinadas condutas, que perdem

17 ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979. p. 15. PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 2. JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 34. FILHO, Aloysio de Carvalho, ROMERO, Jorge Alberto. *Comentários ao código penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 213-217.

sua importância para o direito após o decurso de lapsos temporais previamente definidos.

47. Percebe-se, assim, que a função do instituto da prescrição é muito mais ampla do que simplesmente atribuir segurança a quadros fáticos consolidados, cabendo-lhe o papel essencial de mediar a relação entre tempo e direito. Tal papel é desempenhado por meio da construção de filtros de intensidades distintas, voltados a determinar – de forma diferenciada – o alcance da memória do sistema jurídico para cada situação fática.

[...]

52. Como exposto, o instituto da prescrição representa não apenas uma garantia de segurança em favor dos investigados, constituindo mecanismo fundamental de regulação da memória jurídica, sem o qual qualquer sistema de repressão estatal se tornaria sobrecarregado e desprovido de eficácia, dado o assoberbamento de situações que exigiriam resposta.

53. O mau funcionamento desse mecanismo pode trazer sérias consequências para o sistema do direito, obscurecendo os limites entre as diferentes temporalidades jurídicas e impossibilitando que os operadores do direito distingam situações juridicamente relevantes daquelas a que o decurso do tempo autoriza ou impõe o esquecimento.

54. Dessa forma, a prescrição representa para o direito (assim como o esquecimento representa para o ser humano)¹⁸ verdadeira força ativa, que abre espaço para o novo e permite que a rota de ação traçada no presente não esteja absolutamente vinculada ao passado. A inexistência ou inoperância do mecanismo da prescrição ameaça criar não apenas um cenário de completa insegurança para os administrados,¹⁹ como também um quadro

18 Em passagem clássica sobre a importância do esquecimento, Nietzsche indica: 'Esquecer não é uma simples *vis inertiae*, como creem os superficiais, mas uma força inibidora ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido, não penetra mais em nossa consciência [...] – eis a utilidade do esquecimento, ativo, como disse, espécie de guardião da porta, de zelador da ordem psíquica, da paz, da etiqueta: com o que logo se vê que não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, *presente*, sem o esquecimento.' (*Genealogia da Moral*, 2009, fl. 43)"

19 "Situação esta que foi, inclusive, registrada por Franz Kafka em *O Processo*: "[...] o tribunal nunca esquece nada. Um dia, inesperadamente, um dos juízes pegará nos documentos e estudá-los-á com toda a atenção, reconhecendo que, neste processo, a acusação ainda é válida, pelo que emitirá uma ordem de captura imediata."

de catatonia para a administração da Justiça, decorrente do sobrecarregamento do sistema jurídico.

Assim, a prescrição representa, de um lado, a renúncia do direito ao poder dos fatos, ao poder da realidade viva, ativa e dinâmica do meio social, que se sobreleva aos princípios e regras insertas nos diplomas legais. Isso porque o direito, além de uma resposta jurídica à sociedade, deve a ela uma resposta social a seus conflitos, não podendo o aplicador da lei, para tanto, se distanciar das mutações do ambiente social, não imune à ação do tempo, que a tudo altera e transforma.

Por outro lado, ela representa o reconhecimento estatal da necessidade do esquecimento para o bom funcionamento dos seus sistemas de resolução de conflitos (entre os quais se inclui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), imbuindo-os de uma eficácia que não seria alcançada se não se autorizasse o esquecimento dos fatos que, por demais pretéritos, segundo parâmetros previamente fixados em lei, devem ceder espaço para a reunião de esforços na resolução de outras controvérsias.

Essas são as razões pelas quais, de acordo com a *teoria do esquecimento*, a instituição da prescrição seria legítima.

3.3 A TEORIA DA FRAGILIDADE DAS PROVAS

Essa teoria, de natureza eminentemente processual, tem origem atribuída à obra *De Bigamie Praescriptionis*, escrita por Thomassius em 1685.²⁰

O decurso do tempo tem o efeito natural de apagar os vestígios deixados pela infração, com a perda de documentos, o esquecimento por parte das testemunhas ou a impossibilidade de perícia, tornando difícil e por vezes impossível a prova dos fatos sob julgamento. Em decorrência disso, a extinção da punibilidade pela prescrição evitaria que fossem exaradas decisões injustas, fundadas em incerta apuração dos fatos.

Essa necessidade de se precaver contra a condenação de inocentes ou quaisquer formas de julgamentos injustos, embasados em provas defectíveis, faz com que a prescrição da pretensão punitiva tenha maior aceitação social que a prescrição da pretensão executória, principalmente para aqueles que admitem tal precaução como o único fundamento razoável do instituto.

20 PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 4. JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 11. ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979. p. 14.

Por outro lado, esta teoria é uma das mais atacadas pela doutrina, que atribui a sua improcedência ao fato de ela só se aplicar à prescrição da pretensão punitiva, não cabendo à prescrição da pretensão executória, que só começa a correr após a decisão administrativa condenatória, quando já foram produzidas, em tese, todas as provas que interessam ao processo.

Essas são as três teorias mais utilizadas pela doutrina para a fundamentação do instituto da prescrição. Note-se que os fundamentos dados representam opiniões divergentes quanto ao fato legitimador da prescrição, mas não quanto à própria legitimidade e necessidade do instituto na ordem jurídica.

4 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO ANTITRUSTE

Feita essa breve digressão sobre a origem e os fundamentos da prescrição, volta-se ao tema propriamente dito deste trabalho, que é a prescrição administrativa no direito antitruste, mais especificamente, a prescrição em matéria de infrações contra a ordem econômica.

Até o advento da Lei nº 8.884/1994, não havia legislação específica que regulasse a prescrição da pretensão punitiva quanto às infrações administrativas contra a ordem econômica, o que não tornava sobredita pretensão, de maneira alguma, imprescritível.

Isso porque, em qualquer ramo do direito punitivo, a regra é a da prescritibilidade das pretensões, só se admitindo a imprescritibilidade nos casos expressamente previstos na legislação²¹.

Sendo assim, na ausência de norma que previsse a incidência da prescrição para a ação punitiva das infrações contra a ordem econômica, antes da Lei nº 8.884/1994, cabia ao intérprete se socorrer de outras fontes legislativas, por meio da analogia, a fim de preencher a lacuna legal e integrar o ordenamento jurídico então vigente.

De acordo com Priscila Brólio Gonçalves²², naquela época:

[...] não tardou para que alguns autores passassem a defender a aplicação subsidiária do art. 114 do Código Penal, que trata da prescrição das penas de multa, aos processos para apuração de infrações à ordem econômica.

21 GONÇALVES, Priscila Brólio. A prescrição em matéria de infrações à ordem econômica. In: COSTA, Marcos da, MENEZES, Paulo Lucena e MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org). *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/Comentários à lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 236.

22 *Ibidem*, p. 236-237.

A despeito de ter acolhido essa tese em uma decisão proferida em 19 de agosto de 1969, o CADE passou a rejeitar sistematicamente essa posição, preferindo utilizar-se de outras normas, como é o caso daquelas que tratam da cobrança de dívidas fiscais, para a definição, por analogia, dos prazos prescricionais das infrações contra a ordem econômica. Em algumas decisões, o CADE chegou, inclusive, a manifestar-se pela imprescritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública no que diz respeito a tais violações, posição da qual discordamos.

Com o advento da Lei nº 8.884/1994, seu artigo 28 passou a regular a prescrição das infrações da ordem econômica²³, fixando-a no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Estabeleceu, ainda, como causa interruptiva da prescrição, *qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração* e, como causas suspensivas, *a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho*.

Posteriormente, o citado artigo 28 foi revogado pela Medida Provisória nº 1.708/1998, reeditada por diversas vezes, sob numeração distinta, até converter-se na Lei 9.873/1999, a qual estabeleceu prazos e regras de prescrição uniformes para toda a Administração Pública Federal, no exercício da ação punitiva decorrente do poder de polícia²⁴.

A Lei nº 9.873/1999, em seu artigo 1º, *caput*, manteve o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a ação punitiva das infrações contra a ordem econômica, corrigindo, desta feita, a impropriedade terminológica

23 João Bosco Leopoldino da Fonseca critica a forma como a Lei nº 8.884/1994 se reportava à prescrição, ao preceituar que prescreviam *as infrações da ordem econômica*. Segundo ele, o artigo 28 dessa lei “se iniciava com uma impropriedade de conceituação de prescrição e de seu alcance, ao afirmar que prescreviam as infrações da ordem econômica. (...) aquela lesão da ordem faz surgir o direito a uma ação corretora (*princípio da 'actio nata'*). Surgido esse direito, o seu titular não pode quedar-se inerte; deve tomar iniciativa dentro do lapso de tempo fixado pela lei, sob pena de, decorrido esse, não mais poder exercitar aquele direito. Dentro desse contexto vê-se que o que prescreve é o direito de ação. Não tem sentido dizer-se que ‘prescrevem as infrações’. Prescreve, isto sim, o direito de exercitar a ação adequada à eliminação das infrações ou à punição dos que as cometeram. Em síntese, prescreve o direito de ação direcionada a recompor a ordem econômica desrespeitada ou rompida.” (*Lei de proteção à concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 219).

24 Para Maria Sylvania Zanella di Pietro, “poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, do trânsito, sanitária etc.” (*Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 117). A polícia de preservação da ordem econômica, a que se refere a Lei nº 12.529/2011 e que é tutelada pelo CADE, é um desses ramos de polícia administrativa.

que o dispositivo da Lei nº 8.884/1994 encerrava, ao se referir à prescrição *das infrações*, e não à prescrição *da ação punitiva da Administração* (ou *da pretensão punitiva*, como se acredita ser ainda mais preciso).

As principais modificações introduzidas pela Lei, no entanto, que inclusive seriam posteriormente herdadas pela Lei nº 12.529/2011, se referem à previsão da prescrição intercorrente no prazo diferenciado de três anos, e à regra de que, quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição deve ser regida pelo prazo previsto na lei penal.

Para clareza da exposição, transcrevem-se abaixo os principais dispositivos da Lei nº 9.873/1999, em suas redações originais, com destaque àquilo que representou verdadeiras inovações em relação à normatização anterior:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º *Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.*

§ 2º *Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.*

Art. 2º Interrompe-se a prescrição:

- I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
- II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
- III - pela decisão condenatória recorrível.

Art. 3º Suspende-se a prescrição durante a vigência:

- I - dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

II - do termo de compromisso de que trata o § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997.

Cerca de dez anos depois, a Lei nº 9.873/1999 foi modificada pela Lei nº 11.941/2009, que introduziu, em seu bojo, regras relativas à prescrição da pretensão executória da Administração Pública Federal, pertinente ao crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor. Confira-se a redação do artigo 1º-A, introduzido pela citada lei:

Art. 1º-A. Constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor

Finalmente, em 30 de novembro de 2011, foi editada a Lei nº 12.529, que reinseriu a matéria da prescrição na legislação antitruste brasileira, reproduzindo, no entanto, o regime conferido pela Lei 9.873 à Administração Pública Federal em geral, com apenas algumas modificações nos parágrafos relativos à interrupção e suspensão dos prazos prescricionais. Segue, abaixo, o inteiro teor do dispositivo em questão:

Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

§ 3º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 4º Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

A partir do próximo capítulo, serão tecidas considerações pertinentes a cada um desses preceitos, cuja análise será dividida em diferentes tópicos, cada um a tratar de uma espécie diferente da prescrição administrativa no âmbito do SBDC.

5 ESPÉCIES

Da distinção entre pretensão punitiva, relativa ao interesse do Estado de punir o infrator, e pretensão executória, relativa ao interesse estatal de executar a pena imposta, surgem as duas grandes modalidades de prescrição, sendo a decisão administrativa condenatória o marco que as separa: a *prescrição da pretensão punitiva* e a *prescrição da pretensão executória*.

A prescrição da pretensão punitiva é a única prevista na Lei nº 12.529/2011, que a subdividiu em duas espécies: a aqui denominada *prescrição geral*, prevista no *caput* e no parágrafo quarto do artigo 46, e a *prescrição intercorrente*, prevista no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal. A prescrição da pretensão executória é prevista em outros diplomas legais.

5.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

5.1.1 PRESCRIÇÃO GERAL

Chama-se, aqui, *prescrição geral* aquela que incide entre a data da prática do ilícito e o primeiro marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, que normalmente será a instauração de um dos procedimentos administrativos voltados à apuração da infração contra a ordem econômica, previstos no artigo 48 da nova lei antitruste²⁵.

Para tanto, a Lei nº 12.529/2011 fixou a regra de que “prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica”

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

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

(artigo 46, *caput*), prevendo, porém, que a prescrição se regerá pelo prazo da lei penal, “quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime” (parágrafo quarto). Em ambas as hipóteses, o prazo prescricional será contado da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a sua prática.

Como se vê, o início da contagem do prazo prescricional varia conforme a infração praticada seja considerada *instantânea*, *permanente* ou *continuada*, conceitos emprestados do direito penal, uma vez que não há institutos semelhantes na seara do direito administrativo.

De acordo com Damásio E. de Jesus, “*crimes instantâneos* são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal”.²⁶

Já em relação ao *crime permanente*, o autor enfatiza que:

crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina. Exs. Seqüestro ou cárcere privado (art. 148), plágio ou redução a condição análoga à de escravo (art. 149), etc. Nesses crimes, a situação ilícita criada pelo agente se prolonga no tempo. Assim, no seqüestro, enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está em fase de consumação.

O crime permanente se caracteriza pela circunstância de a consumação poder cessar por vontade do agente. A situação antijurídica perdura até quando queira o sujeito, explicava Frederico Marques.”²⁷

Priscila Brólio Gonçalves, citando Aníbal Bruno, explica que:

O crime permanente é aquele em que o momento da consumação não se esgota em um só instante, prolongando-se por um período mais ou menos dilatado de tempo, sendo que, em todo esse período o crime se encontra em estado de consumação”. Cita como exemplos, também, os crimes de cárcere privado e de extorsão mediante seqüestro, que não se cessam enquanto a vítima permanece privada de sua liberdade.²⁸

²⁶ *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 193.

²⁷ *Ibidem*, p. 194.

²⁸ Obra citada, p. 242.

Por último, o *crime continuado* ocorre, de acordo com o artigo 71 do Código Penal²⁹, quando um agente pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, sendo que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Assim, por uma ficção jurídica, entende-se que as várias condutas perpetradas pelo agente que, individualmente, já configuram infrações penais devem ser reunidas e consideradas como delito único, para fins de aplicação da pena, dadas as semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução dos crimes, que fazem crer que os subsequentes são continuidade do primeiro³⁰.

A diferença entre o delito permanente e o delito continuado, pois, residiria no fato de que, no primeiro, tem-se apenas uma única conduta, cujo momento consumativo se protraí no tempo (a ação é só uma, a consumação é que se estende no tempo), enquanto, no segundo, várias são as condutas criminosas, praticadas em momentos subsequentes (várias ações e resultados que se sucedem).

No entanto, essa diferença, em matéria de prescrição das ações punitivas que tenham por objeto infrações contra a ordem econômica, pouco importa ao intérprete do direito, já que, para ambos os casos, o artigo 46 da Lei nº 12.529 reservou uma única consequência: a de que o prazo prescricional se inicia no dia em que tiver cessado a prática do ilícito.

Assim, o que realmente interessa, em matéria de prescrição no direito antitruste, é saber se a infração é instantânea ou não, pouco importando, nesta segunda hipótese, se a infração é permanente ou continuada, para efeito de fixação do termo inicial da contagem do lapso prescricional.

Cumprе ressaltar que a classificação *a priori* das infrações contra a ordem econômica, previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, como instantâneas, permanentes ou continuadas não se revela possível, na medida em que tais infrações não se caracterizam, apenas, pela descrição das respectivas condutas, mas sim por seu objeto ou por seus efeitos (os

29 Art. 71 Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

30 De acordo com Alcides da Fonseca Neto, "a natureza jurídica da continuidade delitiva é explicada pela teoria da ficção jurídica, pela qual ela é resultante de uma aglutinação legal tão-só para fins de aplicação de uma pena, muito embora existam, no plano ontológico, vários delitos, ou seja, a unificação não retira a autonomia dos crimes componentes da cadeia delitosa" (O Crime continuado, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 342).

quais, inclusive, nem precisam ser efetivamente alcançados), tudo nos termos do *caput* do mencionado artigo legal³¹.

Consoante Priscila Brólio Gonçalves³²:

Tendo em vista que as infrações à ordem econômica caracterizam-se pelo seu objeto ou efeitos (ainda que não alcançados), nos termos do art. 20 da Lei 8.884/94, é impossível estabelecer *a priori*, tal como acontece no Direito Penal, quais infrações são instantâneas e quais são permanentes. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, apenas a análise do caso concreto poderá levar o intérprete a caracterizar a infração à ordem econômica como instantânea, permanente ou continuada, sendo impossível ou no mínimo temerário fazê-lo de forma abstrata, como acontece no direito penal, em que a mera tipificação dos crimes normalmente confere elementos suficientes para a sua classificação.

Por fim, cumpre assinalar que a prescrição é matéria de ordem pública, devendo ser reconhecida pela Administração, de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, em qualquer fase do processo administrativo, nos termos do artigo 46, § 3º, da Lei nº 12.529/2011. Sua declaração sobrepõe-se ao conhecimento de qualquer outra questão, impedindo a análise do mérito da acusação.

5.1.2 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A próxima modalidade de prescrição a ser examinada, que igualmente fulmina a pretensão punitiva da Administração Pública, é a doutrinariamente denominada *prescrição intercorrente*, cujo prazo de três anos, previsto na Lei nº 9.873/1999 para toda a Administração Pública Federal, foi reproduzido pelo parágrafo terceiro do artigo 46 da nova Lei.

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

32 A prescrição em matéria de infrações à ordem econômica. In: COSTA, Marcos da, MENEZES, Paulo Lucena e MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org). *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/ Comentários à lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 243.

De acordo com esse dispositivo, “incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

Trata-se, pois, da prescrição que incide no curso do processo administrativo, instaurado pelos órgãos de defesa da concorrência para apurar infrações contra a ordem econômica. E, quando a lei fala em *processo administrativo*, no entendimento de Roberto Domingos Taufick, quer ela dizer qualquer uma das espécies previstas no artigo 48 da Lei nº 12.529/2011³³.

Desse modo, uma vez instaurado o processo, o CADE não pode tardar na tomada das providências destinadas à sua instrução, que culminarão na decisão administrativa sobre o caso.

Tomando as providências para a apuração dos fatos noticiados, a Administração não se mostra inerte no cumprimento de seu mister, sendo esse o motivo pelo qual o parágrafo primeiro do artigo 46 fixa, como marcos interruptivos da prescrição, “qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada”.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, sobre as causas interruptivas da prescrição, já se manifestou no sentido de que:

O objetivo da letra da lei é permitir a continuidade da persecução/investigação administrativa, em busca da verdade, nas situações em que há atuação da Administração. A razão da norma é diferenciar a inércia da eventual e natural demora dos atos de instrução/investigação³⁴.

Comparando-se o novo texto legal com o da Lei nº 9.873/1999, observa-se que o parágrafo primeiro do artigo 46 da nova Lei não reproduziu a expressão *ato inequívoco* (que importe apuração do fato), utilizada na lei anterior para caracterizar o ato capaz de interromper a prescrição. Tal postura legislativa foi duramente criticada por Leonor

33 *Nova lei antitruste brasileira – A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. São Paulo: Método, 2012. p. 290.

34 Parecer Procade nº 196/2010, da lavra da Procuradora Federal Maria Rosa G. Loula, emitido em 1º de junho de 2010, nos autos da Averiguação preliminar nº 08012.004501/1999-13.

Cordovil, na obra *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada - Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*³⁵:

Há que se ter muito cuidado ao interpretar *qualquer ato administrativo ou judicial*, sendo mais correta a expressão trazida anteriormente e reconhecida pela jurisprudência, o *ato inequívoco*, que propõe ao menos um requisito – embora também subjetivo – ao ato da Administração que tem o condão de interromper a prescrição. Assim, o administrador não pode ser livre para, ao perceber o decurso de seu prazo, inventar medidas, criar procedimentos, despachos desconectados, com o mero intuito de evitar o perecimento de seu tempo limite. A exposição de motivos da MedProv 1.708/1998, que deu origem à Lei 9.873/1999, menciona que a Administração Pública não pode, ao seu livre arbítrio, dispor do direito à tranquilidade do administrado.

No entanto, a medida, procedimento ou despacho desconectados do objeto de apuração do processo, citados pelo autor, não constituíam nem hoje constituem atos capazes de interromper o prazo prescricional - independentemente da existência da expressão *ato inequívoco* no texto legal -, simplesmente porque não se encaixam na definição de *ato que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica*.

Acredita-se que a expressão *ato inequívoco*, contida no regramento anterior, mais confundia do que explicava, sendo bem vinda a sua supressão no novo diploma legal, especialmente porque a sua ausência não surte o efeito acima mencionado, de tornar interruptivos os atos que não tenham por objeto a apuração da infração e muito menos os meramente protelatórios, caso se verifiquem em um determinado caso concreto.

Nesse ponto, é necessário que se faça uma importante ressalva: aquele que avalia a incidência do prazo prescricional há de ter o cuidado de, conhecendo o resultado de uma diligência provocada pela Administração, que possa ter se mostrado infrutífera para o esclarecimento dos fatos, não se deixar levar unicamente por esse resultado para fins de descaracterizar a diligência administrativa como um *ato que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica*.

Tal ato administrativo, ainda que de resultado infrutífero, caracteriza-se, na maior parte das vezes, como um ato que realmente importa em apuração da infração, interrompendo, por isso, o prazo prescricional. Isso porque, se a finalidade precípua da prova é a formação da convicção do órgão julgador, é ele quem deve fazer o juízo de fato sobre a maturidade do processo para decisão definitiva ou,

35 Leonor Cordovil... [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 136.

ao contrário, sobre a necessidade de complementar a instrução, não lhe sendo possível, nessa hipótese, antever o resultado da prova cuja produção será requerida.

Além do *ato que importe apuração da infração*, a Lei nº 12.529/2011 elegera como causas interruptivas da prescrição, como visto, a *notificação ou intimação* do investigado, reproduzindo o sentido da Lei nº 9.873/1999. Esta, no entanto, por imprecisão terminológica, falava em notificação ou *citação*, o que foi corrigido no novo diploma, uma vez que não existe a figura da citação no processo administrativo.

Em relação às causas interruptivas da prescrição, por fim, comparando-se o regramento da Lei nº 9.873/1999 com o da nova lei antitruste, observa-se uma última diferença: não foi prevista a *decisão condenatória recorrível* como marco interruptivo, no novo diploma legislativo. Porém, de acordo com Roberto Domingos Taufick, “a exclusão da decisão do rol das causas de interrupção é compensada pela notificação oral (causa de interrupção) no dia da sessão de julgamento, que é pública”³⁶.

No que tange às causas suspensivas da prescrição, o artigo 46, § 2º, da Lei nº 12.529/2011 determina que o prazo prescricional se suspende “durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações”, atos previstos, respectivamente, no artigo 85 e nos artigos 9º, V e X, c/c 13, X, da mesma lei.

Como os referidos acordos suspendem os processos administrativos em que são celebrados, obstando seu normal prosseguimento (quanto ao compromisso de cessação, conferir artigo 85, §§ 9º e 10º, da Lei nº 12.529/2011³⁷), natural que o prazo prescricional para aplicação de sanções também permaneça suspenso, na forma do artigo 46, § 2º, enquanto os sobreditos acordos estiverem em vigor.

36 *Nova lei antitruste brasileira – A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. São Paulo: Método, 2012. p. 289.

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

[...]

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

5.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Após a decisão condenatória, a Administração Pública passa a ser titular da pretensão executória, sobre a qual incidirá igualmente a prescrição, caso se complete o prazo prescricional sem que os administrados cumpram espontaneamente as sanções ou que a Administração providencie a sua execução forçada.

Como a Lei nº 12.529/2011 não cuidou de disciplinar essa espécie de prescrição, recorre-se à Lei nº 9.873/1999, que disciplinou o prazo prescricional para a execução das multas impostas pela Administração Pública Federal, por infração à legislação em vigor.

De acordo com o seu artigo 1º-A, incluído pela Lei nº 11.941/2009, “constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.”

Portanto, no que se refere às sanções de multa, não há dúvidas quanto ao prazo prescricional a que se sujeita o CADE para sua execução judicial - lembrando-se que o artigo 93 da Lei nº 12.529/2011, assim como o artigo 60 da anterior Lei nº 8.884/1994, atribui natureza de *título executivo extrajudicial* às decisões do Conselho que cominem sanções administrativas.

O artigo 2º-A da Lei nº 9.873/1999 disciplina as hipóteses de interrupção da prescrição da pretensão executória, prevendo que a contagem do prazo será interrompida: (i) pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (ii) pelo protesto judicial; (iii) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; (iv) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor; e (v) por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

Após a propositura da ação de execução pelo CADE, ainda é possível a incidência da prescrição prevista no artigo 40, §4º, da Lei nº 6.830/1980³⁸. De acordo com esse dispositivo, o juiz ordenará o arquivamento dos autos judiciais se, decorrido o prazo de 1 (um) ano, não for localizado o devedor ou não forem encontrados bens à penhora. Se da decisão que ordenar o arquivamento decorrer o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de

38 “Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.” De acordo com o artigo 94 da Lei nº 12.529/2011, “a execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980”.

ofício, reconhecer a prescrição intercorrente (referência ao processo judicial) e decretá-la de imediato.

A prescrição da pretensão punitiva não anula a decisão administrativa condenatória, que se presume ter sido exarada após o desenvolvimento válido e regular do processo, dentro dos prazos previstos em lei. A prescrição, nesse caso, inviabiliza apenas a *execução* das sanções impostas, subsistindo a decisão administrativa, no entanto, quanto a todos seus demais efeitos - permanecerá valendo, por exemplo, como um pressuposto de reincidência.

6 CONCLUSÃO

Examinou-se, no curso do presente trabalho, o instituto da prescrição administrativa, cuidando-se de conceituá-lo, explicar a sua origem e fundamentá-lo.

Foi efetuada uma breve exposição sobre a evolução normativa da prescrição no direito antitruste, destacando-se as sucessivas legislações que disciplinaram a matéria - a Lei nº 8.884/1994, a Medida Provisória nº 1.708/1998, posteriormente convertida na Lei nº 9.873/1999, e a Lei nº 12.529/2011, hoje em vigor.

Então, passou-se à análise das espécies de prescrição previstas na nova Lei nº 12.529/2011, reconhecendo-se que esse diploma normativo cuidou, apenas, das modalidades de prescrição da pretensão punitiva - relativa ao direito do Estado de punir o infrator -, não disciplinando a prescrição da pretensão executória - relativa ao direito estatal de executar a pena administrativamente imposta.

De acordo com o estudo realizado, são modalidades de prescrição das ações punitivas da Administração, previstas na Lei nº 12.529/2011, (i) a *prescrição geral*, cujos prazos encontram-se fixados no *caput* e no parágrafo quarto do artigo 46 e (ii) a *prescrição intercorrente*, cujo prazo foi fixado no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal.

Chamou-se de *prescrição geral* aquela incidente entre a data da prática do ilícito e o primeiro marco interruptivo da contagem do prazo prescricional. Corresponde ela ao prazo que a Administração tem para iniciar a apuração das infrações contra a ordem econômica. Esse prazo é de 5 (cinco) anos, a menos que o fato objeto de apuração também constitua crime, hipótese em que prevalecerá o prazo prescricional previsto na lei penal.

Já a *prescrição intercorrente*, cujo prazo é de 3 (três) anos, é aquela que incide no curso do processo administrativo, instaurado

pelos órgãos de defesa da concorrência para apurar infrações contra a ordem econômica. Ela tem por objetivo instigar a continuidade da investigação ou persecução administrativas, até a prolação da decisão definitiva sobre o caso.

Em seguida, foram analisadas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, fazendo-se comentários quanto a algumas modificações textuais trazidas pela nova Lei.

Finalmente, analisou-se a prescrição da pretensão executória, cuja incidência se verifica após a decisão administrativa condenatória, significando a perda do direito estatal de executar a pena administrativamente imposta. Como a Lei nº 12.529/2011 não disciplinou essa espécie de prescrição, entendeu-se que as penalidades de multa estariam sujeitas à Lei nº 9.873/1999, que estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para as ações de execução da administração pública federal, relativas a créditos decorrentes da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979.

CORDOVIL, Leonor... [et al.]. *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FILHO, Aloysio de Carvalho; ROMEIRO, Jorge Alberto. *Comentários ao código penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção à concorrência: Comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

GIANNINI, Adriana Franco [et al.]. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Leopoldo Pagotto e Vicente Bagnoli. Rio de Janeiro: Forense, 2012. São Paulo: Método, 2012.

GONÇALVES, Priscila Brólio. A prescrição em matéria de infrações à ordem econômica. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org). *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/Comentários à lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

JÚNIOR, José Cretella. Prescrição da falta administrativa. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 544, ano 70, p. 11-26, fev. 1981.

MEDAUAR, Odete. Prescrição e administração pública. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 642, ano 78, p. 82-95, abr. 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NETO, Alcides da Fonseca. *O crime continuado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência*. Salvador: Juspodivm, 2008.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira – A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. São Paulo: Método, 2012.

VOTO E PARECERES:

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, *Processo administrativo nº 08012.000751/2008-64*, Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, Brasília, DF, 18 de julho de 2012.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 390/2011, *Processo administrativo nº 08012.000751/2008-64*, Brasília, DF, 29 de setembro de 2011.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 056/2011, *Averiguação preliminar nº 08012.006272/2002-66*, Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2011.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 42/2011, *Ato de concentração nº 53500.028086/2006*, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2011.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 502/2010, *Processo administrativo nº 08012.000478/1998-62*, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2010.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 196/2010, *Averiguação preliminar nº 08012.004501/1999-13*, Brasília, DF, 1º de junho de 2010.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 246/2008, *Processo administrativo nº 08012.007273/2000-02*, Brasília, DF, 09 de abril de 2008.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 187/2008, *Processo administrativo nº 08000.024150/1996-27*, Brasília, DF, 10 de março de 2008.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 133/2008, *Processo administrativo nº 08000.021044/1995-92*, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2008.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 630/2007, *Averiguação preliminar nº 08012.010269/1998-17*, Brasília, DF, 19 de setembro de 2007.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 441/2007, *Averiguação preliminar nº 08012.007465/1999-50*, Brasília, DF, 09 de julho de 2007.



A NOVA LEI DO CADE E A REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DO SBDC: PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

*NEW LAW OF CADE AND BCPS ADMINISTRATIVE RESTRUCTURING:
PROS AND CONS*

*Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior
Procurador da República
Graduado em Direito pela UFPE,
Especialista em Direito da Concorrência pela FGV/SP e em
Direito Regulatório pela UnB, mestrando pela UnB.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Principais alterações trazidas pela Nova Lei do CADE; 2 Alterações na Estrutura Administrativa do SBDC - Comentários aos arts. 01 a 30 da Lei 12.529/2011, comparando-os com os Dispositivos da Lei 8.884/94; Referências

RESUMO: Este artigo trata do novo perfil administrativo do SBDC após a promulgação da Lei 12.529/2011. O atual texto normativo será analisado na forma de quadro-texto, comparando-se um a um os institutos da legislação antiga com a atual. O objetivo é de instigar, nos operadores do direito e da economia, o debate sobre a atual estrutura administrativa do CADE e sobre os pontos positivos e negativos da reforma.

PALAVRAS-CHAVE: CADE. Lei 12.529/2012. Estrutura Administrativa.

ABSTRACT: This article analyzes the BCPS new administrative profile after the come into force of Law no. 12.529/2011. The current regulatory text will be studied in the form of text table, which compares the institutes of the former and the current legislation one by one. The goal is to instigate in law and economy operators the debate about the current CADE administrative structure and on the positives and negatives of the reform.

KEYWORDS: CADE. Law 12.529/2012. Administrative Structure.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é explicar as principais mudanças ocorridas na estrutura administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) após a promulgação da Lei 12.529/2011. Serão abordados os artigos 1º ao 30 da Nova Lei do CADE, na tentativa de se debater e estruturar os pontos positivos e negativos da reforma legislativa.

Após uma rápida descrição das principais alterações gerais do novel diploma legislativo, os artigos referentes à estrutura administrativa serão estudados um a um, por ordem, em forma de quadro-texto, na tentativa do estudo ser sistematizado neste trabalho de maneira semelhante a que o legislador pensou a reforma.

As críticas e os elogios aqui lançados, longe de encerrar a discussão sobre o assunto, devem ser entendidos como uma oportunidade para a comunidade jurídica e econômica, sobretudo aqueles operadores do direito antitruste, discutir o novo perfil administrativo do SBDC.

1 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI DO CADE

O direito da concorrência, também conhecido como direito antitruste, é um dos importantes instrumentos utilizados pelo Estado para estimular o desenvolvimento econômico. A tutela da livre concorrência pode funcionar, nessa perspectiva, como um instrumento de intervenção na economia. Para tanto, a Constituição Federal, em seu art. 170, prevê a livre concorrência como princípio da ordem econômica e, em seu art. 173, § 4º, estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Esse é o fundamento constitucional do SBDC e, sobretudo, do CADE, órgão administrativo com jurisdição em todo o território nacional, com sede e foro no Distrito Federal, criado pela Lei nº 4.137 de 1962, transformado em autarquia federal pela Lei nº 8.884 de 1994 e, agora, reestruturado pela Lei nº 12.529 de 30 de novembro 2011, em *vacatio legis* até 29 de maio de 2012.

A reforma no SBDC veio para atender reivindicação antiga da comunidade jurídica e dos economistas que atuam com o direito da concorrência, os quais há muito demandavam uma melhor estrutura administrativa para o CADE, a fim de que este pudesse analisar de maneira mais célere os processos de infração antitruste (controle de condutas) e os atos de concentração econômica (controle de estruturas). Desde 2004 o projeto nº 3.937, o qual originou a Nova Lei do CADE, tramitava no Congresso Nacional.

Várias são as mudanças verificadas na Lei 12.529/2011, quando comparada com a Lei 8.884/1994, a antiga Lei do CADE. É possível apontar, dentre as diversas alterações, três pontos de destaque referentes (i) ao controle preventivo, (ii) ao controle repressivo e, finalmente, (iii) à estrutura administrativa do CADE.

Em relação ao controle preventivo, a principal mudança é que o SBDC agora adotou o sistema de análise prévia de atos de concentração.

Na sistemática da Lei 8.884/1994, os agentes econômicos tinham que notificar determinada operação econômica ao CADE no prazo de 15 dias úteis contados da sua realização (art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994).¹ O CADE, por sua vez, tinha um prazo de análise de 60 dias (art. 54, § 6º, da Lei 8.884/1994).² Esse prazo, apesar de ter natureza peremptória, vez que sua não observância implicava a aprovação tácita da operação (art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994),³ era diversas vezes suspenso para a realização de instrução processual (art. 54, § 8º, da Lei 8.884/1994).⁴ Na prática, a análise de operações mais complexas podia demorar alguns anos.

Agora, pela sistemática da lei atual, a análise da concentração econômica é prévia à sua realização e o CADE tem um prazo geral peremptório de 240 dias, prorrogável por mais 60 dias, a requerimento das partes, ou por mais 90 dias, por decisão fundamentada do tribunal (art. 88, §§ 2º e 9º, da Lei 12.529/2011)⁵, para decidir acerca da operação econômica. Isso evita a eventual consolidação de situação de fato prejudicial à concorrência, uma vez que os agentes econômicos dependem do aval prévio do órgão antitruste para efetivar a concentração.

1 Lei 8.884/1994, art. 54, § 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.

2 Lei 8.884/1994, art. 54, § 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.

3 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.

4 Lei 8.884/1994, art. 54, § 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 SEAE.

5 Lei 12.529/2011, art. 88, § 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.

Além disso, houve mudança em relação aos critérios de notificação das operações econômicas. Antes, deveriam ser notificadas as concentrações em que: (i) houvesse participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que (ii) qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00.

Agora, não há mais um critério alternativo, mas sim cumulativo. É preciso que (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 que (ii) pelo menos 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).

Esses valores podem ser alterados mediante Portaria Interministerial do Ministério da Fazenda e do Ministério da Justiça, a partir de indicação do Plenário do CADE. Verifica-se que a participação de mercado não é mais um critério relevante para fins de notificação de concentrações econômicas.

Em relação ao controle repressivo, foi consideravelmente alterado o parâmetro para o estabelecimento das sanções pecuniárias por infração a ordem econômica. Segundo o art. 23 da Lei 8.884/1994, o valor da multa era, nos casos de empresas, no valor de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca seria inferior à vantagem auferida, quando quantificável.

Pela sistemática da Lei 12.529/2011, mais especificamente do art. 37, inciso I, a multa para as empresas será de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Ou seja, além de reduzir o valor mínimo da multa para 0,1%, a nova legislação prevê que esse valor incidirá sobre o faturamento restrito ao ramo da atividade empresarial referente à conduta sancionada. A jurisprudência do CADE precisará definir o que essa expressão significa exatamente (uma das possibilidades é que se refira ao faturamento relacionado ao mercado relevante da conduta), mas desde já se verifica uma maior imprecisão legal em relação aos critérios para o estabelecimento da multa por infração antitruste.

Quanto à estrutura administrativa, o CADE deixa de ser apenas um tribunal administrativo em forma de autarquia e passa a englobar uma

Superintendência-Geral, um Departamento de Estudos Econômicos e um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (art. 5º da Lei 12.529/2011).

A Superintendência-Geral exercerá funções de investigação e de instrução de processos administrativos (função repressiva) que antes ficavam a cargo da Secretaria de Direito Econômico (SDE), mais especificamente do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), órgãos que estavam vinculados ao Ministério da Justiça. Além disso, adquire atribuição para instruir e oferecer pareceres em atos de concentração econômica, papel desempenhado, sob a égide da Lei 8.884/94, prioritariamente pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

O Departamento de Estudos Econômicos (DEE), já existente no CADE antes mesmo do advento da Lei 12.529/2011, ganha disciplinamento legal. Até então, o DEE, órgão opinativo em matérias de cunho econômico, era disciplinado apenas de maneira infralegal, por meio de atos normativos do CADE.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é composto por seis conselheiros e um presidente, assim como era na sistemática da Lei 8.884/1994. Mantém a função de decidir, em última análise no âmbito do Poder Executivo, acerca da existência ou não de infrações à ordem econômica (art. 9º, II, c/c § 2º da Lei 12.529/2011),⁶ bem como sobre a imposição de alguma restrição a concentrações econômicas, ou até mesmo reprovação, caso se verifique a potencialidade lesiva à concorrência (art. 9º, X, c/c § 2º da Lei 12.529/2011).⁷

A diferença substancial em relação à competência julgadora do Tribunal, quando comparado com a da Lei 8.884/1994, é que agora os atos de concentração que não trazem preocupações concorrenciais não são mais submetidos à análise do Tribunal, mas aprovados diretamente pelo Superintendente-Geral (art. 13, XII, da Lei 12.529/2011).⁸

Após essas considerações gerais sobre as principais alterações trazidas pela Nova Lei do CADE, segue estudo detalhado das reformas administrativas do SBDC, sistematizado em forma de quadro-texto, comentando-se artigo por artigo.

6 Lei 12.529/2011, art. 9º. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; § 2º. As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

7 Lei 12.529/2011, art. 9º, X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração.

8 Lei 12.529/2012, art. 13. Compete à Superintendência-Geral: [...] XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica.

**2 ALTERAÇÕES NA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DO SBDC
 – COMENTÁRIOS AOS ARTS. 01 A 30 DA LEI 12.529/2011,
 COMPARANDO-OS COM OS DISPOSITIVOS DA LEI 8.884/94.**

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>TÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS, CAPÍTULO I - DA FINALIDADE, Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.</p>	<p>TÍTULO I - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS, CAPÍTULO I - DA FINALIDADE, Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.</p>	<p>A Nova Lei do CADE manteve os postulados normativos que fundamentam a intervenção do Estado na defesa da concorrência: liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, todos de viés constitucional, sendo a coletividade a destinatária da proteção concorrencial. Trata-se de norma com forte conteúdo valorativo-normativo, importante por estabelecer as diretrizes que pautam a atuação do SBDC e por nortear a interpretação e a aplicação das demais normas antitruste.</p>
<p>CAPÍTULO II - DA TERRITORIALIDADE, Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. § 1º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou represen-</p>	<p>CAPÍTULO II - DA TERRITORIALIDADE, Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. § 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou represen-</p>	<p>Aqui também a Lei 12.529/2011 manteve o preceito da lei anterior. Aplicam-se os dispositivos da lei às práticas perpetradas no território brasileiro ou que nele produzam (ou possam produzir) efeitos. Daí porque algumas operações internacionais com repercussões nas estruturas de controle do mercado brasileiro devem também ser notificadas ao CADE.</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>tante. § 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.</p>	<p>tante. § 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.</p>	
<p>TÍTULO II - DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, CAPÍTULO I - DA COMPOSIÇÃO, Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.</p> <p>CAPÍTULO II - DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.</p>	<p>TÍTULO II - DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), CAPÍTULO I - DA AUTARQUIA, Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela <u>Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962</u>, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.</p>	<p>O CADE deixa de ser apenas um tribunal administrativo em forma de autarquia, passando a englobar uma Superintendência-Geral, um Departamento de Estudos Econômicos e um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Antes o SBDC era composto pelo CADE, pela SDE, mais especificamente o DPDE, órgão vinculado ao MJ, e pela SEAE. Agora o SBDC é composto apenas pelo CADE e pela SEAE. O CADE absorveu as atividades do DPDE, recebendo também algumas atribuições que antes eram da SEAE. Sobre a competência do CADE, depreende-se que há a competência para analisar as condutas praticadas em todo e qualquer lugar do território nacional. Daí a existência</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>Seção I - Da Estrutura Organizacional do Cade, Art. 5º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos: I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III - Departamento de Estudos Econômicos.</p>		<p>de cartéis de vulto, como o Cartel dos Gases Medicinais, (PA 08012.009888/2003-70), condenado em 2010, maior multa aplicada na história do SBDC, quanto cartéis menores, como o Cartel dos Vendedores de Botijão de Gás na Cidade de Paranavaí/PR (PA 08012.009160/2002-67), condenado em 2005.</p>
<p>SEÇÃO II - DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão julgante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. § 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução. § 2º Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas. § 3º</p>	<p>CAPÍTULO II - Art. 4º O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95) § 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução. § 2º Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas. § 3º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente do CADE, assumirá o Con-</p>	<p>O novo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão de julgamento do novo CADE, mantém a estrutura semelhante ao antigo Plenário do CADE. Mantém-se a composição com um presidente e seis conselheiros, restando preservada a dedicação exclusiva e a estabilidade do mandato. A principal alteração está no prazo do mandato, que antes era de dois anos, permitida uma recondução, e agora é de quatro anos, não coincidentes, vedada a recondução. As regras de substituição em caso de vacância também foram mantidas. Atentar também que agora os prazos são suspensos e não interrompidos, ou seja, não voltam do zero, quando ocorre uma das hipóteses elencadas no dispositivo e</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>No caso de renúncia, morte, impedimento, falta ou perda de mandato do Presidente do Tribunal, assumirá o Conselheiro mais antigo no cargo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições. § 4º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.</p> <p>§ 5º Se, nas hipóteses previstas no § 4º deste artigo, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Tribunal ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no § 1º do art. 9º desta Lei, considerar-se-ão automaticamente suspensos os prazos previstos nesta Lei, e suspensa a tramitação de processos, continuando-se a contagem imediatamente após a recomposição do quorum.</p>	<p>selheiro mais antigo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições. § 4º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.</p> <p>§ 5º Se, nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no art. 49, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, parágrafo único, 52, § 2º, e 54, §§ 4º, 6º, 7º e 10, desta Lei, e suspensa a tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do quorum. <i>(Incluído pela Lei nº 9.470, de 10.7.97)</i></p>	<p>for atingida a composição mínima dos membros do Tribunal. Atentar que a composição mínima, que antes era de 5 membros (art. 49 da Lei 8.884/94), agora é de 4 membros, com quórum mínimo de deliberação de 3 membros (art. 9º, §1º da Lei 12.529/2012).</p>
<p>Art. 7º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irre-</p>	<p>Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do CADE só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal</p>	<p>As hipóteses de perda do cargo também foram mantidas pela Lei 12.529/2011. Os conselheiros e o presidente do Tribunal não podem ser demitidos <i>ad nutum</i>. Trata-se de importante ferrenta institucional</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>corrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a <i>Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990</i> e a <i>Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992</i>, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º desta Lei. Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Tribunal que faltar a 3 (três) reuniões ordinárias consecutivas, ou 20 (vinte) intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Plenário.</p>	<p>irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a <i>Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990</i> e a <i>Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992</i>, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º. Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do CADE que faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado.</p>	<p>para garantir a independência dos membros do tribunal na prolação das decisões.</p>
<p>Art. 8º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado: I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II - exercer profissão liberal; III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente</p>	<p>Art. 6º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado: I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II - exercer profissão liberal; III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente</p>	<p>As vedações aplicadas ao Presidente e aos Conselheiros também foram mantidas, destacando-se a novidade da previsão expressa da “quarentena” dos membros por um período de 120 dias, contados da data em que deixarem o cargo, período no qual não poderão atuar perante o SBDC e deverão continuar recebendo vencimentos. Há a previsão expressa de incidência do tipo de advocacia administrativa para o caso de o presidente ou conselheiro que, no período de quarentena, atuar perante órgãos do SBDC. Vale lembrar que a Lei 9.986/2000, em seu</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; e VI - exercer atividade político-partidária. § 1º É vedado ao Presidente e aos Conselheiros, por um período de 120 (cento e vinte) dias, contado da data em que deixar o cargo, representar qualquer pessoa, física ou jurídica, ou interesse perante o SBDC, ressalvada a defesa de direito próprio. § 2º Durante o período mencionado no § 1º deste artigo, o Presidente e os Conselheiros receberão a mesma remuneração do cargo que ocupavam. § 3º Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se à pena prevista no art. 321 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o ex-presidente ou ex-conselheiro que violar o impedimento previsto no § 1º deste artigo. § 4º É vedado, a qualquer tempo, ao Presidente e aos Conselheiros utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido.</p>	<p>de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; VI - exercer atividade político-partidária.</p>	<p>art. 8º, com a redação dada MP 2216-37, de 2001, já estabelecia a quarentena de dirigentes de agências reguladoras de uma maneira geral, dispositivo até então aplicado para os ex-conselheiros e ex-presidentes do CADE.</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>Subseção I - Da Competência do Plenário do Tribunal, Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; VII - intimar os interessados de suas decisões; VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades</p>	<p>CAPÍTULO III - Da Competência do Plenário do CADE, Art. 7º Compete ao Plenário do CADE: I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; IV - decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE; V - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; VI - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento; VII - apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator; VIII - intimar os interessados de suas decisões; IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as dili-</p>	<p>A competência do Plenário do Tribunal se assemelha a competência do Plenário do CADE na sistemática da Lei 8.884/94. A diferença substancial é que agora os atos de concentração que não trazem preocupações concorrenciais não são mais submetidos à análise do Tribunal, mas aprovados diretamente pelo Superintendente-Geral (art. 13, XII, da Lei 12.529/2011). No mais, a leitura dos dispositivos sobre a competência do Tribunal são autoexplicativos, devendo-se apenas atentar para a adequação da norma ao novo formato administrativo da autarquia. Interessante atentar detalhadamente, aqui, para os parágrafos do dispositivo. O quórum mínimo foi alterado. As decisões do Tribunal continuarão sendo tomadas por maioria, mas agora com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o quórum de deliberação mínimo de 3 (três) membros. Antes o quórum mínimo era de 5 membros. Manteve-se a previsão expressa de que as decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei; X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões; XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais; XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; XV - elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funciona-</p>	<p>gências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; X - requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei; XI - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei; XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso; XIII - requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei; XIV - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XV - determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; XVI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que</p>	<p>imediate, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. Evita-se assim qualquer discussão sobre a possibilidade de recurso hierárquico impróprio para o Ministro da Justiça das decisões proferidas pelo CADE. Finalmente, a nova lei prevê consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos, com a possibilidade de o Cade definir, em resolução, normas complementares sobre o procedimento.</p> <p>A Lei 8.884/94 previa as consultas inicialmente, no seu art. 59, redação originária, mas o dispositivo havia sido revogado pela Lei 9.069/95. Mesmo com a revogação desse artigo, o CADE mantinha em seu Regimento Interno a regulação da consulta e entendia que o procedimento ainda persistia. Ocorre que a autarquia entendia que a consulta apenas poderia ser formulada em tese, sem lastro em atos concretos e, caso verificados, poderiam ser enquadrados em conduta. Agora a nova lei prevê “consultas sobre</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>mento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos; XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no <u>inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal</u>; XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei; XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos. § 1º As decisões do Tribunal serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o quorum de deliberação mínimo de 3 (três) membros. § 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atri-</p>	<p>devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais; XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência; XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações e a organização dos seus serviços internos; XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei. <i>(Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)</i>; XX - propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal; XXI - elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei; XXII - indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou</p>	<p>condutas em andamento". A autarquia precisa se debruçar sobre esse novo dispositivo e as suas consequências práticas na atuação repressiva. As consultas de atos ilícitos já em andamento têm quais efeitos na aplicação de sanções administrativas? Não parece ter sido intenção do legislador isentar o infrator que submete ao CADE consulta de prática de ilícito em andamento, pois isso esvaziaria a atuação repressiva. Seria uma interpretação que tornaria iníquo o controle repressivo e, por isso, não deve ser privilegiada.</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>buições. § 3º As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência. § 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos. § 5º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no § 4º deste artigo.</p>	<p>impedimento. <i>(Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95).</i></p>	
<p>SUBSEÇÃO II - DA COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, Art. 10. Compete ao Presidente do Tribunal: I - representar legalmente o Cade no Brasil ou no exterior, em juízo ou fora dele; II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário; III - distribuir, por sorteio, os processos aos Conselheiros; IV - convo-</p>	<p>CAPÍTULO IV - DA COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO CADE, Art. 8º Compete ao Presidente do CADE: I - representar legalmente a autarquia, em juízo e fora dele; II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário; III - distribuir os processos, por sorteio, nas reuniões do Plenário; IV - convocar as sessões e determinar a</p>	<p>As competências do presidente do Tribunal foram adequadas à reformulação administrativa, mantendo similitude com as competências anteriores do antigo presidente do CADE. Destaque apenas para o fato de que não compete mais ao presidente do Tribunal "cumprir e fazer cumprir as decisões do CADE". Agora tal atribuição é prevista para o Superin-</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>car as sessões e determinar a organização da respectiva pauta; V - solicitar, a seu critério, que a Superintendência-Geral auxilie o Tribunal na tomada de providências extrajudiciais para o cumprimento das decisões do Tribunal; VI - fiscalizar a Superintendência-Geral na tomada de providências para execução das decisões e julgados do Tribunal; VII - assinar os compromissos e acordos aprovados pelo Plenário; VIII - submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço ao Cade; IX - orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas do Cade; X - ordenar as despesas atinentes ao Cade, ressalvadas as despesas da unidade gestora da Superintendência-Geral; XI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais; e XII - determinar à Procuradoria Federal junto ao Cade as providências judiciais determi-</p>	<p>organização da respectiva pauta; V - cumprir e fazer cumprir as decisões do CADE; VI - determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da autarquia; VII - assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho; VIII - submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária, e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço à entidade; IX - orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.</p>	<p>tendente (art. 14, II, Lei 12.529/2011).</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
nadas pelo Tribunal.		
<p>SUBSEÇÃO III - DA COMPETÊNCIA DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL, Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal: I - emitir voto nos processos e questões submetidas ao Tribunal; II - proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores; III - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias; IV - adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento; V - solicitar, a seu critério, que a Superintendência-Geral realize as diligências e a produção das provas que entenderem pertinentes nos autos do processo administrativo, na forma desta Lei; VI - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade emissão de parecer jurídico nos processos em que forem relatores, quando entenderem necessário e em despacho fundamentado, na forma prevista</p>	<p>CAPÍTULO V - DA COMPETÊNCIA DOS CONSELHEIROS DO CADE, Art. 9º Compete aos Conselheiros do CADE: I - emitir voto nos processos e questões submetidas ao Plenário; II - proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores; III - submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; IV - adotar medidas preventivas fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento; V - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento.</p>	<p>Em relação às atribuições dos Conselheiros, observa-se que lhes foi conferida maior autonomia para a instrução dos processos. Agora eles podem, independentemente da anuência do Plenário, requisitar informações ou prestar esclarecimentos diretamente ao Poder Judiciário, quando solicitados. As demais atribuições acrescidas buscam adequar as competências dos conselheiros às reformas administrativas implementadas na estrutura da autarquia.</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>no inciso VII do art. 15 desta Lei; VII - determinar ao Economista-Chefe, quando necessário, a elaboração de pareceres nos processos em que forem relatores, sem prejuízo da tramitação normal do processo e sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo; VIII - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento; IX - propor termo de compromisso de cessação e acordos para aprovação do Tribunal; X - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento dos processos, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais.</p>		
<p>Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem eco-</p>	<p>TÍTULO IV - DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, Art. 13. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente</p>	<p>A Superintendência-Geral exercerá funções de investigação e de instrução de processos administrativos (função repressiva) que antes ficavam a cargo da SDE, mais especificamente do DPDE, órgãos que estavam vinculados ao Ministério da Justiça. Além disso, adquire atribuição para instruir e oferecer pareceres em atos de concentração econômica, papel</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>nômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica; VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei: a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e enti-</p>	<p>da República. Art. 14. Compete à SDE: I - zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo; IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares; V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica; VII -</p>	<p>desempenhado, sob a égide da Lei 8.884/94, prioritariamente pela SEAE, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. Órgãos que antes ficavam, administrativamente, fora da estrutura da autarquia são trazidos para dentro. De uma maneira geral, comentase que tal alteração possibilitou o incremento orçamentário do CADE e o seu robustecimento de estrutura e de quadro técnico. Realmente, diante do incremento de demanda da nova autarquia, deve haver, e isso é relevante, o aumento das dotações orçamentárias respectivas.</p> <p>Um ponto negativo pouco comentado é que agora tanto a acusação quanto o julgador fazem parte de uma mesma entidade. Claro que dentro do CADE há órgãos distintos para acusar (a Superintendência-Geral) e para julgar (o Tribunal), mas a proximidade entre os dois órgãos dentro da mesma estrutura pode, na prática, afetar a independência da atuação dos julgadores. Nem sempre os mecanismos institucionais de barreiras de independência evitam que as relações pessoais prevaleçam. A autarquia, em</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>dades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei; c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos; d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no</p>	<p>recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo; VIII - remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; IX - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao CADE, e fiscalizar o seu cumprimento; X - sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento; XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE; XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei; XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando</p>	<p>especial o Tribunal, deve atentar para esse fato singelo de que a acusação agora trabalha na porta do lado e, por isso, deverá sempre se preocupar para que a independência nos julgamentos do Tribunal não seja afetada.</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal; e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal; f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem; VII - recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econô-</p>	<p>orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão; XVI - exercer outras atribuições previstas em lei.</p>	

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>mica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica; XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão; XVI - exercer outras atribuições previstas em lei; XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as</p>		

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.</p> <p>Art. 14. São atribuições do Superintendente-Geral: I - participar, quando entender necessário, sem direito a voto, das reuniões do Tribunal e proferir sustentação oral, na forma do regimento interno; II - cumprir e fazer cumprir as decisões do Tribunal na forma determinada pelo seu Presidente; III - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade as providências judiciais relativas ao exercício das competências da Superintendência-Geral; IV - determinar ao Economista-Chefe a elaboração de estudos e pareceres; V - ordenar despesas referentes à unidade gestora da Superintendência-Geral; e VI - exercer outras atribuições previstas em lei.</p>		
<p>Seção IV - Da Procuradoria Federal junto ao Cade, Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada,</p>	<p>CAPÍTULO VI - Da Procuradoria do CADE, Art. 10. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes</p>	<p>A Procuradoria Federal Especializada do CADE é órgão vinculado à Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão da Advocacia</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>competindo-lhe: I - prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade; II - representar o Cade judicial e extrajudicialmente; III - promover a execução judicial das decisões e julgados do Cade; IV - proceder à apuração da liquidez dos créditos do Cade, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança administrativa ou judicial; V - tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza; VI - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal; VII - emitir, sempre que solicitado expressamente por Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, parecer nos processos de competência do Cade, sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo; VIII - zelar pelo cumprimento desta Lei; e IX - desincumbir-se das demais tarefas que</p>	<p>atribuições: I - prestar assessoria jurídica à autarquia e defendê-la em juízo; II - promover a execução judicial das decisões e julgados da autarquia; III - requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica; IV - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do CADE, e ouvido o representante do Ministério Público Federal; V - emitir parecer nos processos de competência do CADE; VI - zelar pelo cumprimento desta lei; VII - desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo Regimento Interno.</p>	<p>cia-Geral da União (AGU). Atua no assessoramento jurídico da autarquia e, para tanto, profere pareceres nas matérias meio (por exemplo, licitações) e nas matérias fim (processos administrativos), defende as decisões da autarquia em Juízo, quando contestadas, e as executa, quando não forem espontaneamente cumpridas. Agora, também compete a Procuradoria do CADE o assessoramento da Superintendência. Antes eram os advogados da união, em assessoria à SDE, órgão do Ministério da Justiça, que ajuizavam as medidas judiciais necessárias para a instrução dos processos administrativos (por exemplo, busca e apreensão). Agora serão procuradores federais, por intermédio da Procuradoria do CADE. Dentre as competências listadas em lei, quase todas se mantêm, devendo ser destacada uma importante alteração: antes competia à Procuradoria emitir pareceres nos processos de competência do CADE de maneira geral. Agora, a emissão de pareceres em processos de matéria finalística da autarquia está condicionada ao pedido expresso por parte</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>lhe sejam atribuídas pelo regimento interno. Parágrafo único. Compete à Procuradoria Federal junto ao Cade, ao dar execução judicial às decisões da Superintendência-Geral e do Tribunal, manter o Presidente do Tribunal, os Conselheiros e o Superintendente-Geral informados sobre o andamento das ações e medidas judiciais.</p>		<p>de Conselheiro ou de Superintendente.</p>
<p>Art. 16. O Procurador-Chefe será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada. § 1º O Procurador-Chefe terá mandato de 2 (dois) anos, permitida sua recondução para um único período. § 2º O Procurador-Chefe poderá participar, sem direito a voto, das reuniões do Tribunal, prestando assistência e esclarecimentos, quando requisitado pelos Conselheiros, na forma do Regimento Interno do Tribunal. § 3º Aplicam-se ao Procurador-Chefe as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Conselheiros do Tribunal, exceto</p>	<p>Art. 11. O Procurador-Geral será indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, depois de aprovado pelo Senado Federal. § 1º O Procurador-Geral participará das reuniões do CADE, sem direito a voto. § 2º Aplicam-se ao Procurador-Geral as mesmas normas de tempo de mandato, recondução, impedimentos, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do CADE. § 3º Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Geral, o Plenário indicará e o Presidente do CADE nomeará o substituto eventual, para atuar por prazo não superior a</p>	<p>A Lei 12.529/2011 manteve a previsão de mandato para o Procurador-Geral. Trata-se de importante previsão que garante autonomia e independência institucional na atuação do assessoramento jurídico da autarquia. O CADE é a única entidade da Administração Indireta em que o Procurador-Geral detém mandato. Isso porque o Procurador-Geral atua, apesar de ter atribuições distintas, como se conselheiro fosse, tanto que detém também assento no Tribunal, prestando esclarecimentos e assistência nos julgamentos. Para o legislador, foi importante manter para o Procurador-Geral a mesma sistemática de autonomia destinada aos Conselheiros. Não existe mais a previsão de nomeação de</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>quanto ao comparecimento às sessões. § 4º Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Chefe, o Plenário indicará e o Presidente do Tribunal designará o substituto eventual dentre os integrantes da Procuradoria Federal Especializada.</p>	<p>90 (noventa) dias, dispensada a aprovação pelo Senado Federal, fazendo ele jus à remuneração do cargo enquanto durar a substituição. <i>(Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)</i></p>	<p>substituto por prazo temporário de 90 dias. Simplesmente o Plenário indicará e o Presidente do Tribunal indicará o substituto dentre os integrantes da Procuradoria Federal Especializada, sem limitação de prazo.</p>
<p>Seção V - Do Departamento de Estudos Econômicos, Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão. Art. 18. O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico. § 1º O Economista-Chefe poderá participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto. § 2º Aplicam-se ao Economista-</p>		<p>O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) já existia, com regulação infralegal, sob a égide da Lei 8.884/94. Trata-se de importante órgão de assessoramento econômico ao Tribunal e à Superintendência.</p> <p>O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico e poderá participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto. São aplicadas ao Economista-Chefe as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Conselheiros do Tribunal, exceto quanto ao comparecimento às sessões. Observa-se que o economista-chefe não é detentor de mandato, sendo, portanto, um cargo de natureza comissio-</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>Chefe as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Conselheiros do Tribunal, exceto quanto ao comparecimento às sessões.</p>		<p>nada da autarquia, podendo, por isso, ser demitido <i>ad nutum</i>.</p>
<p>CAPÍTULO III - DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO, Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições</p>		<p>A SEAE, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, tinha o importante papel, na sistemática da Lei 8.884/94, de emitir pareceres em atos de concentração econômica, após a realização de instrução dos autos. Agora incumbe a Superintendência-Geral esse papel, a qual poderá ser auxiliada pelo DEE. À SEAE, segundo os preceitos da Lei 12.529/2011, ficou o relevante papel de realizar a advocacia da concorrência ou <i>advocacy</i>. Deve a SEAE orientar a comunidade em geral e os demais órgãos e entidades do Estado sobre a política de defesa da concorrência. Dai a relevante função de opinar sobre atos normativos e proposições legislativas elaborados que podem, abstratamente, ofender a livre concorrência.</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à</p>		

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo. § 1º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá: I - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso; II - celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência. § 2º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência.</p>		
<p>TÍTULO III - DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PERANTE O CADE, Art. 20. O Procurador-Geral da</p>	<p>TÍTULO III - Do Ministério Público Federal Perante o CADE, Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Con-</p>	<p>O Ministério Público tem papel relevante no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A proteção da concorrência</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.</p>	<p>selho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE. Parágrafo único. O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela <i>alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.</i></p>	<p>também é papel do MP, vez que a se trata de direito difuso de relevante valor para a sociedade. Sendo o CADE autarquia federal, justifica-se a atuação do MPF, e não de um Ministério Público Estadual ou Distrital, perante a instituição. De certa maneira, a Lei 12.529/2011 reduz as atribuições do MPF no CADE, vez que, agora, a emissão de pareceres por parte do MPF, administrativamente, apenas ficou restrita aos processos de apuração de infrações à ordem econômica, não havendo previsão no que se refere aos atos de concentração. Provavelmente a intenção do legislador foi focar a atuação do MPF perante o CADE naquilo que realmente é papel primordial do MP em defesa da concorrência: coordenar a atuação penal (quando houver tipificação da conduta) e cível (ações civis públicas) dos Ministérios Públicos de todo o país em matéria de livre concorrência. Vale lembrar que o membro do MPF perante o CADE não tem atribuição para, diretamente, propor as ações penais e cíveis pertinentes, devendo, portanto, oficiar aos demais</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
		membros do MPF e dos MPs estaduais, quando for o caso, para que proponham as ações.
<p>TÍTULO IV - DO PATRIMÔNIO, DAS RECEITAS E DA GESTÃO ADMINISTRATIVA, ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA, Art. 21. Compete ao Presidente do Tribunal orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas do Cade, respeitadas as atribuições dos dirigentes dos demais órgãos previstos no art. 5º desta Lei. § 1º A Superintendência-Geral constituirá unidade gestora, para fins administrativos e financeiros, competindo ao seu Superintendente-Geral ordenar as despesas pertinentes às respectivas ações orçamentárias. § 2º Para fins administrativos e financeiros, o Departamento de Estudos Econômicos estará ligado ao Tribunal.</p> <p>Art. 22. Anualmente, o Presidente do Tribunal, ouvido o Superintendente-Geral, encaminhará ao Poder Executivo a proposta de orçamento do Cade e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço àquela autarquia.</p> <p>Art. 23. Ficam instituídas</p>		<p>Trata-se de título novo, quando comparado com a Lei 8.884/94. Preocupou-se o legislador de estruturar o CADE de organização orçamentária legal própria, de maneira que restasse claro não apenas as atribuições quanto aos gastos, mas também a destinação das receitas. Assim, compete ao presidente coordenar as atividades administrativas do CADE, constituindo a Superintendência unidade gestora própria. A proposta de orçamento do CADE é elaborada pelo Presidente, devendo ser ouvido o Superintendente. As taxas processuais do CADE, que antes estavam previstas na Lei 9.781/99, foram mantidas no valor de R\$ 45.000,00, disciplinando-se detalhadamente seu fato gerador e a forma do seu recolhimento, restando revogados os dispositivos da Lei 9.781/99 sobre a matéria. Observe-se que o legislador cuidou ainda de prever um rol de outras receitas próprias do CADE (art. 28) e, apesar de não ter dotado o CADE de autonomia financeira</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>as taxas processuais sobre os processos de competência do Cade, no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), que têm como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei e no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para processos que têm como fato gerador a apresentação de consultas de que trata o § 4º do art. 9º desta Lei. Parágrafo único. A taxa processual de que trata o caput deste artigo poderá ser atualizada por ato do Poder Executivo, após autorização do Congresso Nacional.</p> <p>Art. 24. São contribuintes da taxa processual que tem como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei qualquer das requerentes.</p> <p>Art. 25. O recolhimento da taxa processual que tem como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei deverá ser comprovado no momento da protocolização do ato. § 1º A taxa processual não recolhida no momento fixado no caput deste artigo será cobrada com os seguintes acréscimos: I - juros de mora, contados do mês</p>		<p>(aos moldes do Ministério Público e das Defensorias Públicas Estaduais, que podem, diretamente junto ao Parlamento, apenas por intermédio do executivo, estipular para onde serão destinados seus recursos), houve a previsão expressa de submissão do CADE de seu orçamento para o Ministro da Justiça, a quem compete fazer incluir no orçamento federal, por intermédio do Ministério do Planejamento.</p> <p>Como o novo CADE, em especial a Superintendência-Geral, absorveu as atribuições que antes eram do DPDE, foram somados ao atual patrimônio do Cade os bens e direitos pertencentes ao MJ e afetados às atividades do DPDE, da antiga SDE. Esta Secretaria foi reformulada e transformada em uma Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).</p>

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>seguinte ao do vencimento, à razão de 1% (um por cento), calculados na forma da legislação aplicável aos tributos federais; II - multa de mora de 20% (vinte por cento).</p> <p>§ 2º Os juros de mora não incidem sobre o valor da multa de mora.</p> <p>Art. 26. (VETADO).</p> <p>Art. 27. As taxas de que tratam os arts. 23 e 26 desta Lei serão recolhidas ao Tesouro Nacional na forma regulamentada pelo Poder Executivo.</p> <p>Art. 28. Constituem receitas próprias do Cade: I - o produto resultante da arrecadação das taxas previstas nos arts. 23 e 26 desta Lei; II - a retribuição por serviços de qualquer natureza prestados a terceiros; III - as dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos; IV - os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades ou organismos nacionais e internacionais; V - as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; VI - os valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e</p>		

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p>imóveis de sua propriedade; VII - o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações; VIII - os valores apurados em aplicações no mercado financeiro das receitas previstas neste artigo, na forma definida pelo Poder Executivo; e IX - quaisquer outras receitas, afetas às suas atividades, não especificadas nos incisos I a VIII do caput deste artigo. § 1º (VE- TADO). § 2º (VETADO).</p> <p>§ 3º O produto da arrecadação das multas aplicadas pelo Cade, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que trata o <i>art. 13 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985</i>, e a <i>Lei no 9.008, de 21 de março de 1995</i>. § 4º As multas arrecadadas na forma desta Lei serão recolhidas ao Tesouro Nacional na forma regulamentada pelo Poder Executivo.</p> <p>Art. 29. O Cade submeterá anualmente ao Ministério da Justiça a sua proposta de orçamento, que será encaminhada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para inclusão na lei orçamentária anual, a que se refere o § 5º do <i>art.</i></p>		

LEI 12.529/2012	LEI 8.884/1994	Comentários
<p><i>165 da Constituição Federal.</i> § 1º O Cade fará acompanhar as propostas orçamentárias de quadro demonstrativo do planejamento plurianual das receitas e despesas, visando ao seu equilíbrio orçamentário e financeiro nos 5 (cinco) exercícios subsequentes. § 2º A lei orçamentária anual consignará as dotações para as despesas de custeio e capital do Cade, relativas ao exercício a que ela se referir.</p> <p>Art. 30. Somam-se ao atual patrimônio do Cade os bens e direitos pertencentes ao Ministério da Justiça atualmente afetados às atividades do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico.</p>		

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 09 de dez. 2011.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 09 de dez. 2011.



DESAFIOS DO PODER PÚBLICO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

*GOVERNMENT CHALLENGES FOR THE COMPETITION DEFENSE AT THE
BRAZILIAN CIVIL AVIATION SECTOR*

Gabriel de Mello Galvão

Procurador Federal lotado na Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Procurador-Geral da ANAC entre novembro de 2008 e agosto de 2012, Mestre em Direito Público – FD/UnB.

Leonardo Raupp Bocorny

Advogado da União, Consultor Jurídico Substituto do Ministério da Defesa, Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aviação e Administração Aeronáutica em Constante Transformação; 1.1 O Primeiro Período Civil: o Departamento de Aeronáutica Civil (DAeC); 1.2 Sob a Administração Militar: do Departamento De Aviação Civil (DAC); 1.3 O Segundo Período Civil – Primeira Etapa: da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e do Comando da Aeronáutica; 1.4 O Segundo Período Civil – Segunda Etapa: a Secretaria de Aviação Civil

do Ministério da Defesa (SAC/MD); 1.5 O segundo Período Civil – Terceira Etapa: a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC/PR); 1.6 Questões Concorrenciais e o Atual Contexto de Transições; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O direito aeronáutico e o direito da concorrência no Brasil passaram por recentes inovações, que acompanham a evolução dos setores afetados por essas especialidades do direito público brasileiro. O histórico da atuação do poder público nesses dois campos revela a necessidade de coordenação entre os órgãos competentes e a utilidade do estudo dos fatores e razões da evolução do setor regulado e das instituições públicas que o regulam e fiscalizam. Fatos recentes indicam ainda a possibilidade de surgimento de novas questões concorrenciais na aviação civil, demandando especial atenção do poder público nessa matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Concorrência. Defesa da Concorrência. Direito Aeronáutico. Instituições Públicas. Regulação. Infraestrutura. Aviação Civil. Transporte Aéreo. Aeroportos.

ABSTRACT: Aeronautical and competition law in Brazil went through recent innovations, that follow the evolution of the sectors affected by these peculiarities of the Brazilian Public Law. The history of government actions in those fields reveal the necessity of coordination between the competent institutions and the value of studies about the aspects and reasons for the evolution of the regulated sector and institutions that regulate and control it. Recent facts indicate the emergence of new civil aviation competition issues, which will demand special attention of the government.

KEYWORDS: Competition Law. Competition Defense. Aeronautical Law. Public Institutions. Regulation. Infrastructure. Civil Aviation. Air Transportation. Airports.

INTRODUÇÃO

A Defesa da Concorrência no Brasil passou por recentíssima modificação, decorrente da edição da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (referida neste artigo como Lei de Defesa da Concorrência – LDC), em aperfeiçoamento da legislação destinada a concretizar os preceitos estruturados no art. 170 da Constituição Federal de 1988. O atual presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, bem sintetiza o significado da nova lei, em suas diversas dimensões ⁽¹⁾:

Essas modificações inauguram uma nova fase na implementação da política de defesa da concorrência brasileira.

Primeiro, porque a Lei 12.529/2011 consolida avanços no que tange à implementação dessa política no SBDC propriamente dito. Aqui, trata-se tanto dos avanços que se deram na esfera institucional, como no que diz respeito a questões de direito material que deram objeto de discussões frequentes no regime da Lei 8.884/1994.

Segundo, mas não menos importante, porque a nova lei abre novos caminhos para que a política brasileira da concorrência seja cada vez mais pensada para além da esfera exclusivamente administrativa, com uma maior coordenação entre a repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e, o que é ainda mais incipiente no Brasil, também na esfera civil. [...]

Considerando a diversidade de assuntos que passam pelo crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é natural imaginar que essa nova conformação da legislação concorrencial vá espalhar seus efeitos sobre diversos campos da atividade econômica, tendo em vista tanto o plano procedimental quanto o material, e os resultados dessa nova fase fornecerão farto material para estudo.

Mas, em momentos como o presente, parece especialmente interessante voltarmos a atenção para setores da atividade econômica que sejam ou pouco estudados ou que, por sua vez, estejam passando por suas próprias transições.

Entendemos que esse é o caso da aviação civil brasileira. Como será destacado na sequência, os temas de aviação civil passaram longo período sob a guarda da administração militar, e apenas a partir de 2006 passaram a sofrer plenamente a exposição ao escrutínio público típico

1 CORDOVIL, Leonor [et al.] *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.31

das administrações civis e que já era rotina em outros serviços públicos no Brasil.

Some-se a essa circunstância o fascinante ritmo de crescimento da aviação civil nos últimos anos e as consequências e desafios dessa explosão para os empresários do setor e para a administração pública encarregada da regulação e da fiscalização.

Pretende-se, assim, neste artigo, um primeiro mapeamento das atuais interseções inevitáveis entre a regulação da aviação civil e a defesa da concorrência e a identificação de desafios futuros nessa matéria e de possíveis campos para estudo.

1 AVIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO AERONÁUTICA EM CONSTANTE TRANSFORMAÇÃO

O transporte aéreo, no Brasil e no mundo, passou nas últimas décadas por substantivas transformações, seja em razão do desenvolvimento de novas tecnologias aeronáuticas, seja em razão de fatores jurídicos, políticos e econômicos. Ambos os aspectos são fundamentais para compreender e estimular o crescimento desse modal de transporte. Combinam-se mutuamente, na medida em que se trata de um setor com grande demanda por inovações tecnológicas e que, em muitos países, constitui-se em serviço público para a coletividade. Chama-se a atenção para o segundo aspecto.

Em que pese a existência um número razoável de pesquisas acerca dos fatores político-econômicos, a verdade é que poucos são os estudos que têm dedicado esforços para compreender a questão do ponto de vista jurídico.

Ocorre que, mesmo na seara jurídica, há um vasto campo de elementos a serem estudados – o que talvez explique o desestímulo pela análise do tema a partir dessa perspectiva. Por esta razão, a presente análise limita-se ao exame de um dos principais aspectos jurídicos que envolvem o setor aéreo e que significativamente determinou os rumos da aviação no País, a saber, o regime das instituições públicas dedicadas a esse importante modal de transporte.

Com efeito, a Administração Pública Federal tem observado e experimentado, nas últimas décadas, importantes mudanças na sua organização, no que se refere ao arranjo dos órgãos e entidades públicas voltadas ao setor aéreo. Entendê-los adequadamente é fundamental para que o interesse público seja realizado, na medida em que, constitucionalmente, a prestação de serviços aéreos, aeroportuários e aeronáuticos são competências atribuídas à União.

A seguir, passa-se a traçar a linha evolutiva das instituições públicas relacionadas ao setor aéreo, bem como investigar os motivos pelos quais as transformações ocorreram.

1.1 O PRIMEIRO PERÍODO CIVIL: O DEPARTAMENTO DE AERONÁUTICA CIVIL (DAEC)

O primeiro órgão da Administração Pública Federal com competências para lidar com a aviação no País foi então Departamento de Aeronáutica Civil, criado por meio do Decreto n. 19.902, de 22.4.1931, e integrante da estrutura do Ministério da Viação e Obras Públicas.

Naquele momento, observava-se administrativamente a necessidade de um órgão específico para o trato da matéria. Oportuno destacar as considerações feitas à edição do referido Decreto:

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições que lhe confere o art. 1º do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, e

Atendendo à necessidade de dar organização definitiva aos serviços civis de navegação aérea;

Atendendo a que os serviços aeronáuticos envolvem questões técnicas, jurídicas e administrativas de feição inteiramente nova, que exigem métodos e processos de trabalho diversos dos atualmente adotados na administração pública;

Atendendo às relações que terão de ser mantidas com organizações estrangeiras e, especialmente, com a Comissão Internacional de Navegação Aérea, na forma dos convênios internacionais;

Atendendo a que esses objetivos não podem ser atingidos, com propriedade e eficiência, por nenhuma das atuais repartições do Ministério da Viação e Obras Públicas; [...]

Sua finalidade era “superintender os serviços relativos à aeronáutica civil e comercial” (art. 1º do seu regulamento). Estava organizado em três divisões, a saber, Divisão Administrativa, Divisão de Operações e Divisão do Tráfego. Por eles, o DAeC reunia competências para estabelecer políticas e, em alguma medida, executá-las, bem como para regular e fiscalizar questões como instalações de aeródromos, concessões de linhas aéreas, tarifas, vistoria e matrícula de aeronaves, registro de aeronautas, execução de regras internacionais referentes à aviação, balisamento de rotas, planos e cartas de viação aérea, dentre outros.

Um dado que merece destaque é o de que os Ministérios da Guerra e da Marinha manteriam junto ao Departamento de Aeronáutica Civil dois oficiais aviadores “como elementos de ligação e colaboração no estudo das questões de aeronáutica e no desempenho de funções técnicas especializadas” (art. 14 do regulamento).

É importante observar que inexistia previsão constitucional ou legal a respeito de competências da União ou de qualquer ente Federado a respeito da aviação civil. Com efeito, a aviação havia recém surgido, e nenhuma previsão legal, até então, atribuía a esta ou aquela pessoa de direito público interno qualquer responsabilidade sobre o setor.

Todavia, havia a necessidade premente de organizar o Estado brasileiro com instituições voltadas para o tema. Lembre-se do contexto político em que vivia o País. Iniciavam-se naquela época os primeiros anos do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, decretado por Getúlio Vargas. Daí porque o citado Decreto n. 19.902 ter se fundamentado na norma de caráter excepcional que o instituiu, veiculada por meio do Decreto n. 19.398, de 11.11.1930 e que conferiu ao Governo Provisório o exercício discricionário, “em toda sua plenitude”, das “funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo”, até a eleição da Assembléia Constituinte para o estabelecimento da reorganização constitucional.

A respeito, é em 1934 que, pela primeira vez, se insculpe previsão constitucional relativamente a competências executivas e legislativas da União em matéria de navegação aérea.

Posteriormente, por meio do Decreto n. 2.961, de 20.1.1941, é criado o Ministério da Aeronáutica. Naquele momento, a aviação indicava tratar-se de promissor segmento e suas atividades ganhavam complexidade. O Presidente da República, considerando “o desenvolvimento alcançado pela aviação nacional e a necessidade de ampliar as suas atividades e coordená-las técnica e economicamente”, “que sua eficiência e aparelhamento são decisivos para o progresso e segurança nacionais” e, “finalmente, que sob uma orientação única esses objetivos podem ser atingidos de modo mais rápido e com menor dispêndio”, resolve transferir o DAeC, do Ministério da Viação e Obras Públicas para o então criado Ministério da Aeronáutica. Seu pessoal civil é também transferido para essa estrutura. Vale registrar que não são modificadas as competências do órgão, apenas sua localização na estrutura administrativa federal.

É relevante destacar as razões apresentadas para a edição do referido decreto. A aviação é, naquele instante, concebida como um setor que, por suas determinantes técnicas e de elevada complexidade, deve possuir orientação política e regulação econômica oriundos

da mesma autoridade. Além disso, a atribuição à Aeronáutica como a instituição responsável pelo setor parece ser resultado do entendimento de que a aviação, mesmo civil, representava elemento estratégico a ser considerado em matéria de segurança nacional. Com efeito, travava-se a 2ª Guerra Mundial, oportunidade em que se verificou a importância da indústria da aviação como condição para a estabilidade e poder de uma nação, desde o acompanhamento da cadeia produtiva, controle dos materiais e formação de pilotos até o controle do espaço aéreo em sua acepção mais ampla. Eis as razões por que os órgãos militares deixam de apenas colaborar tecnicamente, como no modelo anterior, para estabelecer integralmente os rumos do desenvolvimento do modal aéreo.

Nos seus últimos anos de existência, com a edição do Decreto nº 60.521, de 31.3.1967, que estabeleceu a estrutura básica da organização do Ministério da Aeronáutica, o DAeC tem suas competências reescritas nos seguintes termos:

O Departamento de Aeronáutica Civil é o órgão do Alto Escalão incumbido de assegurar a consecução dos objetivos da Política Aeronáutica Nacional, no setor dos transportes aéreos civis, públicos e privados, planejando, orientando, incentivando, coordenando, controlando e apoiando as suas atividades.

Não são observadas mudanças substanciais em relação àquelas competências que já lhe eram atribuídas. Isso porque, do ponto de vista jurídico, convém notar que continuava a existir na Administração Pública Federal um único órgão, vinculado a uma autoridade militar, e ao qual se lhe conferiam responsabilidades de formular políticas, planejar, regular e fiscalizar o setor.

Sobre a criação do Departamento de Aeronáutica Civil, portanto, conclui-se que:

- era, inicialmente, em 1931, órgão da administração pública federal de natureza civil, integrante da estrutura de ministério também civil (Ministério da Viação e Obras Públicas);
- a participação de representantes militares era complementar às atividades do órgão e, a respeito, na perspectiva tão somente técnica;
- o órgão reunia competências das mais diversas em matéria de aviação, sendo responsável tanto pela elaboração de políticas e execução material de certas atividades do setor, como a regulação e fiscalização técnica como econômica da aviação;
- inexistia previsão constitucional ou legal a respeito da aviação civil ou mesmo do direito aeronáutico, razão pela qual, diante

da necessidade de organizar o Estado para o trato do tema, o órgão surge com fundamento no Decreto de instalação do Governo Provisório;

- em 1941, com a criação do Ministério da Aeronáutica, o DAeC é para aquela Pasta transferido, consolidando, nos anos seguintes, a centralização em um único órgão todas as competências políticas, gerenciais e técnicas relativas ao modal aéreo.

1.2 SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR: DO DEPARTAMENTO DE AVIAÇÃO CIVIL (DAC)

O Departamento de Aeronáutica Civil é substituído em 1969 pelo Departamento de Aviação Civil (DAC). Ainda compreendido na estrutura do Ministério da Aeronáutica, o órgão inicialmente teve suas competências definidas por meio do Decreto nº 65.144, de 12.9.1969, diploma normativo que instituiu o Sistema de Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica.

A visão de gestão pública através da criação de sistemas era a diretriz legal recém editada na época, conforme previsão do art. 30 do Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967⁽²⁾. A respeito, cabe destacar os principais efeitos jurídicos do estabelecimento de determinado órgão como o central de um sistema, a saber o reconhecimento dos poderes normativo, de supervisão e de fiscalização sobre os demais que a ele se vinculam por meio do sistema.

Dessa forma, e utilizando-se de termos mais precisos na descrição das competências do DAC e dos elementos que compõem juridicamente a expressão “aviação civil”, observa-se, na verdade, que, por meio da edição do Decreto nº 65.144/1969, houve o aprofundamento da centralização administrativa, de modo que todo e qualquer assunto relativo ao setor estaria sob a responsabilidade deste único órgão da Administração Pública Federal.

O DAC passou a ter previsão legal quando foram acrescidos ao Decreto-Lei nº 200/1967, por parte do Decreto-Lei nº 991, de 21.10.1969, os dispositivos com a identificação detalhada dos órgãos setoriais do Ministério da Aeronáutica (art. 66 daquele diploma).

Não será objeto de análise a adequação das medidas adotadas pelo DAC. Para tanto, há os estudos de política econômica.

2 Art. 30. Serão organizadas sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central.

§ 1º Os serviços incumbidos do exercício das atividades de que trata este artigo consideram-se integrados no sistema respectivo e ficam, conseqüentemente, sujeitos à orientação normativa, à supervisão técnica e à fiscalização específica do órgão central do sistema, sem prejuízo da subordinação ao órgão em cuja estrutura administrativa estiverem integrados. [...]

Do ponto de vista jurídico, cabe investigar as transformações das competências desse órgão da Administração Pública Federal e os fatores que lhe foram determinantes. A respeito, é possível distinguir dois grandes momentos da atuação do DAC.

Durante as décadas de 70 e 80, o DAC, de fato e de direito, foi o único e grande responsável pelo desenvolvimento do setor, seja ao tratar de aspectos eminentemente técnicos, seja ao determinar o modo de utilização, pelas empresas, do espaço aéreo brasileiro e internacional, bem como do sistema aeroportuário.

Mesmo a criação do Conselho Aeroviário Nacional, no âmbito do Ministério da Aeronáutica, por meio do Decreto-Lei nº 270, de 28.2.1967, e constituído pelo Decreto nº 61.819, de 4.12.1967, a quem se atribuiu a elaboração de um Plano Aeroviário Nacional, não é suficiente para caracterizar a elaboração de um conjunto de agentes na formação do processo decisório em relação à indústria aeronáutica civil, na medida em que seu período de existência foi muito curto – sua extinção ocorreu com a edição da Lei nº 5.989, de 17.12.1973 –, tampouco houve a elaboração do pretendido documento. Certo é que, ao final e na prática, as competências relativas ao planejamento e coordenação setorial foram exercidas pelo DAC.

Constitucionalmente, desde 1934, tem sido competente a União para explorar, direta ou indiretamente, os serviços de navegação aérea e legislar sobre esse modal de transporte. No plano legal, normas disciplinaram o setor de modo a submetê-lo a estrito controle do DAC. Nesse sentido, chama-se a atenção para as seguintes disposições do já revogado Decreto-Lei nº 32, de 18.11.1966 (Código Brasileiro do Ar):

Art. 74. Os serviços aéreos de transporte regular ficarão sujeitos às normas que o Governo estabelecer para impedir a competição ruínosa e assegurar o seu melhor rendimento econômico podendo, para êsse fim, a autoridade aeronáutica competente, a qualquer tempo, modificar rotas, frequências, horários e tarifas de serviço e outras quaisquer condições de concessão ou da autorização.

Art. 75. As normas e condições para à exploração de serviços aéreos não regulares, inclusive os de táxi-aéreo, serão fixadas pela autoridade aeronáutica competente, visando a evitar a competição desses serviços com os de transporte regular, e poderão ser alteradas pela mesma autoridade quando julgado necessário, para assegurar, em conjunto, melhor rendimento econômico dos serviços aéreos.

Semelhantes disposições foram inscritas na vigente Lei nº 7.565 (Código Brasileiro de Aeronáutica), de 19.12.1986, mas que não encontram mais força na atualidade:

Art. 193. Os serviços aéreos de transporte regular ficarão sujeitos às normas que o Governo estabelecer para impedir a competição ruinosa e assegurar o seu melhor rendimento econômico podendo, para esse fim, a autoridade aeronáutica, a qualquer tempo, modificar frequências, rotas, horários e tarifas de serviços e outras quaisquer condições da concessão ou autorização.

Art. 194. As normas e condições para a exploração de serviços aéreos não regulares (artigos 217 a 221) serão fixadas pela autoridade aeronáutica, visando a evitar a competição desses serviços com os de transporte regular, e poderão ser alteradas quando necessário para assegurar, em conjunto, melhor rendimento econômico dos serviços aéreos.

Parágrafo único. Poderá a autoridade aeronáutica exigir a prévia aprovação dos contratos ou acordos firmados pelos empresários de serviços especializados (artigo 201), de serviço de transporte aéreo regular ou não regular, e operadores de serviços privados ou desportivos (artigos 15, § 2º e 178, § 2º), entre si, ou com terceiros.

A regulação produzida nessa época não era meramente técnica, tampouco indicativa para o setor privado. Pelo contrário, era determinante, de modo que o Estado chamava para si a responsabilidade por decidir a respeito da eficiência produtiva e da eficiência alocativa dos recursos da indústria do transporte aéreo. Dessa forma, todos os aspectos econômicos do setor e as formas de operação das empresas poderiam ser objeto de disciplina pelo DAC.

Vigia o regime de regulação estrita (ou competição controlada). Assim, os valores das tarifas, as rotas, os horários, as empresas entrantes e o nível de concorrência estavam sujeitos a complexo monitoramento e, portanto, passíveis de decisão político-administrativa.

É nesse contexto, por exemplo, que se observa a edição do Decreto nº 76.590, de 11.11.1975, que dispõe sobre os sistemas integrados de transporte aéreo regional (SITAR). Por esses sistemas, poderiam ser instituídas regiões do País ou redes regionais de linhas aéreas, nas quais somente uma empresa de transporte aéreo seria considerada habilitada a oferecer os serviços. Referida empresa não poderia realizar operações de âmbito nacional, e suas atividades teriam a remuneração suplementada

com recursos oriundos de um adicional de 3% incidente sobre as tarifas de passagens aéreas das linhas domésticas. Conforme registra estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, constituíam-se verdadeiros monopólios. Com efeito, “cabe destacar que um dos princípios estabelecidos para os SITAR era a delimitação clara de atuação de empresas regionais e nacionais; como norma geral do modelo de regulação, sobressaía o desestímulo à concorrência no mercado de aviação civil, vista como prejudicial à estabilidade do mercado”⁽³⁾.

Outra diretriz administrativa vigente na época é aquela contida no Decreto nº 75.070, 9.12.1974. Por esse diploma, determinava-se, de um lado, que fossem construídos e operados aeroportos pela União ou pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO em todas as capitais ou cidades relevantes e que somente essas pessoas o fizessem. De outro, caberia aos Estados a construção e operação de aeródromos de interesse regional, por meio de atos de concessão ou autorização. Nenhuma disposição havia sobre a participação de capital privado. Em tempo, registre-se que a INFRAERO surge neste contexto institucional e, segundo sua lei de criação (Lei nº 5.862, de 12.12.1972), estava vinculada e sujeita à supervisão do Ministério da Aeronáutica, cabendo-lhe implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe fosse atribuída por aquele órgão, o que denota a absorção pelo Estado da prestação dos serviços aeroportuários, sem qualquer participação da iniciativa privada.

Além disso, vale registrar que, nesse período, surge a concepção de que as empresas prestadoras de serviços aéreos regulares seriam sujeitas a um procedimento especial de extinção, não se lhes aplicando boa parte da legislação falimentar ordinária. É o caso dos artigos 187 e seguintes do Código Brasileiro de Aeronáutica. Exemplificativamente, citem-se as regras prevendo a tentativa inicial de restabelecimento por meio de intervenção por agente público, a impossibilidade de requerer concordata, o privilégio de certos créditos da União em caso de extinção e a preferência pela liquidação extrajudicial, aplicável o pedido de falência tão somente nos casos de o ativo não ser suficiente para atender pelo menos à metade dos créditos ou se houver fundados indícios de crimes falimentares.

A partir da década de 90, o modelo intervencionista começa a ser substituído por um regime de maior flexibilidade. No plano normativo, observa-se a edição do Decreto nº 99.179, de 15.3.1990, que instituiu o

3 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A regulação do Mercado de Aviação Civil. Notas apresentadas no Seminário Regulação do Setor de Transporte Aéreo promovido pela Secretaria de Acompanhamento, Econômico (Seae) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 28/08/2003, no IPEA/ Brasília: <<http://www.ipea.gov.br/pub/notas/notastecnicas2.pdf>>.

Programa Federal de Desregulamentação, “fundamentado no princípio constitucional da liberdade individual, com a finalidade de fortalecer a iniciativa privada, em todos os seus campos de atuação, reduzir a interferência do Estado na vida e nas atividades do indivíduo, contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos serviços prestados pela Administração Pública Federal e sejam satisfatoriamente atendidos os usuários desses serviços”

Os Estados Unidos já haviam iniciado seu processo de desregulamentação do setor aéreo a partir dos anos 70, sob o entendimento de que a aviação civil se constituía de um mercado potencialmente competitivo, razão pela qual eventual disciplina deveria ser evitada e plenamente justificada, sob pena de gerar distorções no funcionamento da economia (redução da produtividade das empresas, permanência de agentes ineficientes, redução do bem-estar dos usuários e prejuízos financeiros no setor). De fato, nos EUA, se observou um grande desenvolvimento do modal aéreo com a superação do modelo intervencionista, especialmente quando se observam dados relativos aos preços cobrados pelas passagens, número de empresas do setor e freqüências e horários de rotas.

Direcionando as atenções ao usuário, e não mais às empresas, a relação da Administração Pública Federal com o setor de aviação civil passou a contemplar o ambiente concorrencial como estímulo ao desenvolvimento da qualidade dos serviços aéreos. Dá-se início à introdução de elementos de um regime de livre mercado.

A 5ª Conferência Nacional de Aviação Civil, de novembro de 1991, propôs medidas para a desregulamentação. Nesse sentido, segundo Márcia Prates Tavares e Bolívar Moura Rocha, são estabelecidas, nos anos seguintes, pelo DAC, as seguintes ações: (a) eliminação gradual das restrições associadas ao funcionamento de linhas aéreas domésticas; (b) flexibilização de vôos charter; (c) incentivos à alocação de novas linhas ou alteração das já existentes, (d) implementação gradual da liberdade tarifária. De fato, por meio da Portaria 340/GM5, de 12.6.1991, novas regras foram estabelecidas para o estabelecimento, aprovação, modificação e cancelamento de linhas aéreas regulares domésticas, introduzindo-se aspectos concorrenciais, pela Portaria nº 075/GM5, de 6.2.1992, foi instituída a liberação monitorada das tarifas aéreas domésticas; por meio da Portaria nº 569/GM5, de 5.9.2000, eliminou-se em definitivo a distinção entre empresas regionais e nacionais; com a edição da Portaria nº 248/GM5, de 10.8.2001, alcançou-se a liberação das tarifas dos vôos regulares.

É importante verificar que o processo de desregulamentação dos anos 90, ao introduzir elementos de livre mercado no setor de aviação civil, não atentou contra o Código Brasileiro de Aeronáutica, na medida em que

a diretriz de se buscar o melhor rendimento econômico, preconizada pelos artigos 193 e 194, demonstrava-se, segundo estudos setoriais, atendida.

Com efeito, análises econômicas apontam, a partir de dados do DAC, que “o fluxo passageiros.km em 2000 foi de 20,5 milhões, contra 11,8 milhões em 1992, o que representa um crescimento de mais de 9% a.a., taxa muito superior à da expansão da economia” (4). Ademais, estudos específicos puderam desmistificar a crença de que o setor aéreo não sobreviveria em um ambiente concorrencial, bem como que a má situação financeira das empresas tradicionais seria fruto de um “excesso de oferta” indesejável a que foram levadas a produzir em razão da competição. De fato, novas empresas ingressam no mercado, e aquelas existentes cedem espaço exatamente em razão da maior eficiência das entrantes no mercado, fruto da racionalização de suas operações. No que se refere ao mercado de aviação regional, houve expressivo aumento do número de cidades atendidas. Por fim, verifica-se o surgimento de dois tipos de competição até então inexistentes, a saber, por preços e por diferenciação (qualidade do serviço).

As mudanças ocorridas no setor de aviação civil foram acompanhadas de alterações na organização na Administração Pública Federal.

Nesse sentido, ainda na década de 90, é editada a Lei nº 8.884, de 11.6.1994, a qual transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Referida legislação marca um importante passo no controle das atividades dos agentes do setor aéreo, na medida em que questões relativas a práticas anticoncorrenciais deixam de ser objeto de exame pelo DAC e passam, a partir daí, ao exame do CADE.

A função de estabelecer as políticas para o setor também foi objeto de nova definição no âmbito da Administração Pública Federal. A mudança institucional se deu no momento em que passou a prever a existência de um órgão colegiado de assessoramento ao Presidente da República cuja atribuição seria propor a política relativa ao setor de aviação civil. Nessa linha, é editado o Decreto nº 3.564, de 17.8.2000, instituindo o Conselho de Aviação Civil (CONAC). Lembre-se de que, até então, cabia ao DAC o mister de exercer o planejamento e a coordenação do setor, nos termos do Decreto nº 60.521/1967. Por oportuno, registre-se que, recentemente, com a alteração da Lei nº 10.683, de 28.5.2003, referida função daquele colegiado foi modificada, a fim de que seja o órgão responsável por “estabelecer as diretrizes da política relativa ao setor de aviação civil”.

4 Idem. p. 15.

1.3 O SEGUNDO PERÍODO CIVIL – PRIMEIRA ETAPA: DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC) E DO COMANDO DA AERONÁUTICA

O passo seguinte e determinante para o arranjo institucional da União diz respeito à diretriz estabelecida pela Lei Complementar nº 97, de 9.6.1999, no sentido de se editar lei ordinária para a criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a qual competiria, dentre outras matérias institucionais, regular e fiscalizar a aviação civil e as infraestruturas aeronáutica e aeroportuária. Para tanto, seriam transferidas competências técnicas da Aeronáutica para a nova entidade, nos termos da futura lei.

Após seis anos, é editada a Lei nº 11.182, de 27.9.2005, por meio da qual é criada a ANAC e são estabelecidos novos princípios aplicáveis ao setor.

Um dos conceitos mais importantes introduzidos pela nova legislação diz respeito à distinção entre dois tipos de infraestrutura, a saber, a aeroportuária e a aeronáutica. Ao contrário do Código de Brasileiro de Aeronáutica, que identifica o setor a partir da noção de infraestrutura aeronáutica e dentro do qual se insere o sistema aeroportuário, a Lei nº 11.182/2005 cria dois campos distintos, de igual equivalência normativa, e para os quais deve haver distinta regulação.

Do ponto de vista administrativo, o surgimento da ANAC representa mais um corte no conjunto de competências até então atribuídos à Aeronáutica. Isso porque a autarquia constitui-se em autoridade de aviação civil, ou seja, o agente responsável pela regulação e fiscalização técnica das atividades desse modal, inclusive das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica, à exceção das matérias afetas ao Comando da Aeronáutica, quais sejam, controle do espaço aéreo e investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

Nessa perspectiva, coexistem duas autoridades, a saber, a já mencionada autoridade de aviação civil, na espécie exercida pela ANAC, e a autoridade aeronáutica, função afeta ao Comando da Aeronáutica. Não há sobreposição de competências; pelo contrário, ambas concorrem, cada qual em sua esfera de atuação, para formação do arcabouço de regulação técnica do modal aéreo.

Com relação à repressão de condutas contrárias à ordem econômica, vale lembrar que a lei de criação da ANAC não derogou as disposições da Lei nº 8.884/1994. Pelo contrário, registra, em seu artigo 6º, que “com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais na área da defesa e promoção da concorrência, a ANAC celebrará

convênios com os órgãos e entidades do Governo Federal, competentes sobre a matéria.”. Ademais, “quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades [referidos no caput do artigo 6º], para que adotem as providências cabíveis”. É mantida, portanto, a atuação do CADE no mercado de aviação civil.

Todavia, a Lei nº 11.182/2005 é importante não apenas por estabelecer uma nova autoridade no setor com poderes de regulação e fiscalização, mas por consagrar dois dos princípios que hoje são tidos como basilares do modal aéreo nos Países desenvolvidos e que adotam o modelo de livre mercado. Sobre isso, chama-se a atenção para a previsão legal do princípio da liberdade de rotas, sujeito apenas aos fatores limitantes de capacidade operacional e ditames de serviço adequado (art. 48, §1º) ⁽⁵⁾, e do princípio da liberdade tarifária (art. 49) ⁽⁶⁾.

A previsão desses dois postulados não é mera opção legislativa. Trata-se do amadurecimento da visão institucional acerca da indústria aeronáutica. Com efeito, boa parte da regulação técnica torna-se fruto de atos de um ente civil, de modo que, por exemplo, a vinculação do setor aéreo a aspectos militares e de interesse à segurança do País, como na década de 40 do século passado, é mitigada. Além disso, a própria noção do serviço aéreo é transformada para a concepção de ser não uma atividade a ser explorada em monopólio, resultado direto de sua origem estatal e dependente da intervenção da União, mas um serviço público com forte conteúdo econômico e, por isso mesmo, hábil a absorver aspectos de livre mercado, a fim de que se desenvolva de modo eficiente e atendendo ao interesse da coletividade.

1.4 O SEGUNDO PERÍODO CIVIL – SEGUNDA ETAPA: A SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DO MINISTÉRIO DA DEFESA (SAC/MD)

5 Art. 48. [...]

§ 1º Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC.

6 Art. 49. Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime de liberdade tarifária, as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido.

As duas autoridades já citadas, à toda evidência, estão, no exercício de suas competências, obrigadas a observar as políticas estabelecidas pelo Poder Público.

Sobre o tema – formulação de políticas públicas – , observa-se nova reforma institucional. Por meio do Decreto nº 6.223, de 4.10.2007, é criada, no âmbito do Ministério da Defesa, a Secretaria de Aviação Civil (SAC/MD), órgão responsável pelo assessoramento do Ministro de Estado da Defesa na condução das políticas voltadas ao setor aéreo. Coube à SAC/MD realizar o trabalho de articulação entre os órgãos e entidades envolvidos no setor aéreo e, como atribuição complementar, secretariar os trabalhos do CONAC. Note-se que, neste momento, tanto ANAC, como INFRAERO e, por óbvio, o Comando da Aeronáutica, integram a estrutura do Ministério da Defesa.

Com base nesse arranjo institucional, se observa a criação de um ambiente institucional propício ao debate público e para a reflexão dos problemas setoriais, a partir dos quais se viabilizou a produção de diversas diretrizes políticas ao modal aéreo. De fato, durante o período em que a SAC/MD prestou seus serviços, trabalhando dados e elaborando propostas de ação governamental, verifica-se, apenas para citar alguns exemplos:

- (a) a edição do Decreto nº 6.780, de 18.2.2009, o qual veicula a Política Nacional de Aviação Civil (conjunto de diretrizes e estratégias que nortearão o planejamento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da aviação civil brasileira, estabelecendo objetivos e ações estratégicas para esse setor), donde se extrai, dentre outras medidas, o estímulo à participação do capital privado, tanto para a prestação de serviços aéreos, como para a ampliação da infraestrutura aeroportuária;
- (b) a edição do Decreto nº 7.168, de 5.5.2010, que dispõe sobre o Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil Contra Atos de Interferência Ilícita;
- (c) a edição do Decreto nº 7.205, de 10.6.2010, que dispõe sobre o modelo de concessão aplicável à exploração do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante - ASGA, no Estado do Rio Grande do Norte, constituindo-se no primeiro aeroporto objeto de delegação pela União ao setor privado;

- (d) a aprovação da Lei nº 12.379, que institui o Sistema Nacional de Viação, que, dentre outras medidas, consagra a possibilidade de celebração de convênios de delegação entre União e Estados/Municípios para posterior exploração aeroportuária pelo setor privado (arts. 6º, §2º, e 37);
- (e) a definição da natureza jurídica da relação entre União e empresas prestadoras de serviços aéreos regulares domésticos, por meio da Resolução CONAC nº 7/2008;
- (f) o envio, pelo Exmo. Sr. Presidente da República ao Congresso Nacional, das Mensagens nºs 115 e 116, de 11.3.2010, as quais tratam de reformas no Código Brasileiro de Aeronáutica em questões relativas, respectivamente, ao regime de exploração dos serviços aéreos e aos direitos dos usuários;
- (g) a definição de competências acerca de matérias controvertidas entre ANAC e Comando da Aeronáutica;
- (h) o incremento dos convênios celebrados com unidades da Federação no âmbito do Programa Federal de Auxílio a Aeroportos, criado pela Lei nº 8.399, de 7.1.1992;
- (i) a revisão do Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO, cujos ganhos econômicos foram rapidamente detectados em estatísticas da empresa;
- (j) a introdução de mecanismos de liberação dos valores de passagens aéreas internacionais com origem no Brasil, segundo dispõe a Resolução nº 83/2009-ANAC,
- (k) a garantia de acesso à infraestrutura aeroportuária, por meio do compartilhamento de áreas operacionais de aeroportos, nos termos da Resolução nº 113/2009-ANAC, a qual estabelece critérios e procedimentos para a alocação de áreas;
- (l) as medidas aplicáveis para proteção do usuário, em casos de atrasos e cancelamentos de voos e às hipóteses de preterição de passageiros, conforme dispõe a Resolução nº 141/2010-ANAC;

- (m) o estabelecimento de um modelo, transparente e objetivo, de regulação de tarifas aeroportuárias que incentive a busca de eficiência, qualidade de serviço e modicidade tarifária, nos termos da Resolução nº 180/2011-ANAC; dentre outros.

Dados econômicos apontam o expressivo crescimento do setor ao longo destes primeiros anos do século XXI, seja em relação à quantidade de vôos ofertados, seja em relação a diversificação de destinos. Com efeito, segundo dados da ANAC, apenas entre abril/2010 e abril/2011, o mercado doméstico cresceu 15,44% em termos de assentos-quilômetros oferecidos (ASK) e 31,45% em termos de passageiros-quilômetros-pagos-transportados (RPK). No que se refere a vôos internacionais realizados por empresas brasileiras, esses números correspondem, respectivamente, a 18,59% e 34,88%.

1.5 O SEGUNDO PERÍODO CIVIL – TERCEIRA ETAPA: A SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (SAC/PR)

A última etapa da evolução institucional de interesse do modal aéreo diz respeito à retirada dessa matéria no âmbito do rol daquelas que compõem os assuntos afetos ao Ministério da Defesa. Com a edição da Medida Provisória nº 527, de 18.3.2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.462, de 5.8.2011, houve a transferência do tema a um novo órgão, denominado Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, ao qual se atribuiu o planejamento setorial e desenvolvimento de políticas, além da supervisão sobre as ações da ANAC e da INFRAERO.

A desvinculação da aviação civil em relação a um órgão afeto a assuntos militares representa notória mudança de paradigma, vivido desde a década de 40 do século passado. Com efeito, muito embora ainda se reconheça a importância estratégica do controle do espaço aéreo, do ponto de vista da Administração Pública, não parecia fazer mais sentido que o controle técnico e econômico das atividades de aviação civil, (já suficientemente caracterizada como serviço público e cujo conteúdo econômico revelou-se capaz de atrair suficientes investidores privados e de admitir ambiente concorrencial), estivesse atrelado a uma estrutura organizacional cuja finalidade principal é, por meio do preparo e do emprego das forças armadas, a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem.

Além disso, cabe considerar o momento histórico de estabilidade democrática e de fortalecimento institucional em que vive o País hoje, razão por que a concepção atual dos órgãos militares e respectivas competências é, à toda evidência, bastante diversa daquela entendida há cerca de 60 anos.

É importante registrar que indigitada modificação institucional não teve por finalidade redistribuir a competência relativa ao controle do espaço aéreo. Com efeito, essa atribuição permanece afeta ao Comando da Aeronáutica, em especial ao Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA. Ademais, subsistem as atividades de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos no âmbito da referida Força, especificamente a cargo do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA, criado pelo Decreto nº 69.565, de 19.11.1971. Tais competências decorrem do que dispõe o art. 8º, II e XXI, e parágrafos 2º e 6º, da Lei nº 11.182/2005, o qual permanece inalterado neste particular.

1.6 QUESTÕES CONCORRENCIAIS E O ATUAL CONTEXTO DE TRANSIÇÕES

Do histórico traçado acima é importante reter duas observações principais: (i) a evolução da legislação setorial e das instituições públicas competentes sobre a matéria indica que o Estado brasileiro tem sistematicamente reagido e se adaptado às mutações desse setor de atividade econômica, bem como tem buscado direcionar a evolução do setor conforme a noção de interesse público desses sucessivos períodos da evolução da aviação; e (ii) a complexidade do mercado de aviação civil hoje é reproduzida na estrutura da administração federal, que se dividiu em órgãos e entidades especializadas, conforme as prioridades de enfrentamento de questões determinadas.

Assim, se pensarmos na eficiência do Estado brasileiro na regulação e na fiscalização da aviação civil, o primeiro imperativo que surge é o da coordenação e articulação entre os órgãos e entidades desse sistema. Por isso é que parece absolutamente relevante, e necessário para a defesa do interesse público nesse setor, que haja atuação conjunta e harmônica entre SAC-PR, Ministério da Defesa (MD), ANAC (sob supervisão ministerial da SAC-PR), DECEA-COMAER (sob supervisão ministerial do MD) e CENIPA-COMAER (também sob supervisão ministerial do MD), todos sob a orientação política pelo CONAC. A isto se soma ainda o papel estratégico desempenhado pela INFRAERO que, a um só tempo, é vetor da política da União (na exploração de aeroportos,

sob a orientação da SAC-PR, que representa a União no Conselho de Administração da estatal) e também agente regulado pela ANAC.

Paralelamente e complementarmente a esse sistema setorial, tem-se ainda o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que, ao menos no plano jurídico-formal prevê a articulação entre SEAE-MF, CADE e ANAC ⁷.

Obviamente, a complexidade da estrutura administrativa tem suas razões históricas (vide a evolução da administração da aviação civil referida anteriormente) e uma finalidade específica, que é enfrentar a complexidade do setor regulado e fiscalizado por meio da constituição de estruturas especializadas. Essa situação, por outro lado, pressupõe a eficiência administrativa e a diligência dos dirigentes dessas organizações, caso contrário as estruturas administrativas especializadas se transformariam em fator impeditivo do bom funcionamento e do crescimento do setor.

Por essa razão é que parece improvável tentar entender a aviação civil brasileira por meio da análise de questões isoladas. Ainda que isso seja viável em procedimentos administrativos específicos (por exemplo, no caso em que determinada empresa pede autorização administrativa para operar determinada rota, ou nos atos de concentração de empresas em mercados específicos), deve ser abrangente qualquer estudo nessa matéria que tenha por finalidade entender o mercado de aviação ou formular soluções consistentes para situações de impasse.

Com esse propósito é importante registrar desde logo duas características comuns entre o direito da concorrência e o direito aeronáutico, que são:

- (i) a diversidade de mecanismos de tutela jurídico-administrativa; e
- (ii) a complexidade do universo tutelado pelo poder público. Especificamente sobre o direito da concorrência, é possível divisar dois grandes mecanismos jurídico-administrativos fundamentais. O primeiro, assim indicado por se desenvolver no universo da atuação preventiva do poder público, é o controle de concentrações, delineado nos art. 88 e 90 da LDC⁸. O segundo, erigido como chave de abóbada do sistema é a repressão de

⁷ Em complementação aos mecanismos legais de cooperação entre o CADE e as agências reguladoras, tem sido celebrados acordos de cooperação técnica para a promoção da eficiência na promoção da concorrência. No caso da ANAC, foi celebrado acordo de cooperação técnica em 19.11.2009.

⁸ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

condutas descritas como infrações da ordem econômica, listados no art. 36 da LDC ⁽⁹⁾, por meio de diversos instrumentos.

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.

[...]

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."

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Se empreendermos um esforço de mapeamento do plexo de temas e problemas desses dois campos do direito brasileiro no contexto presente, o resultado quase imediato é a constatação de que as questões concorrenciais já são um fator essencial para a compreensão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

do setor. Intuitivamente, como será exposto mais adiante, supõe-se que o leque de questões concorrenciais se amplie e se transforme em um dos principais focos de atuação do Estado na defesa do interesse público nesse campo.

Sobre a primeira constatação, é importante notar que o histórico de atuação do CADE em seus processos revela que os temas da aviação civil apresentam relevância na defesa da concorrência.

Os casos mais conhecidos são os de associações, acordos operacionais de diversos formatos, fusões e aquisições entre empresas aéreas. São exemplos dessa categoria:

- (i) a aprovação da incorporação, pela Varig, das empresas Nordeste e Rio-Sul – processo nº 08012.006671/2002-27;
- (ii) o embrião de uma fusão entre TAM e Varig, a partir de fevereiro de 2003, iniciada mas descontinuada – processo nº 08012.001291/2003-87;
- (iii) a alienação, à VRG [Gol], das unidades produtivas da antiga Varig, denominadas Varig, Nordeste e Rio-Sul, já no processo de derrocada da Varig – processo nº 08012.007916/2006-67;
- (iv) aquisição, pela GTI, das ações da VRG pertencentes à VarigLog e Volo, condicionada pelo CADE à devolução de 10 pares de slots da Varig no aeroporto de Congonhas, SP – processo nº 08012.003267/2007-14;
- (v) operação de fusão entre TAM e LAN, aprovada com a condição de permuta de slots em Guarulhos e escolha entre alianças globais diferentes das quais fazem parte das duas empresas – processo nº 08012.009497/2010-84;
- (vi) entendimentos para a aquisição da WebJet e VRG [Gol] 08012.008378/2011-95; (vii) aquisição, pela TAM, da totalidade das ações da Pantanal – processo nº 08012.000321/2010-67;
- (viii) incorporação das ações da Trip pela Azul – processo nº 08700.004155/2012-81.

Esses exemplos, apesar de muito significativos, representam apenas uma parte das questões concorrenciais existentes na rotina do transporte aéreo. Outras questões também sensíveis apresentam relevância comercial e significado concorrencial, tais como:

- (a) Contratos e acordos, ou renovações ou aditamentos destes, quanto a compartilhamento de voos/*codeshare*:
 - (i) entre LAN e TAM – processo 08012.011750/2007-64;
 - (ii) entre VRG e Air Europa – processo nº 08012.002471/2008-91;
 - (iii) entre VRG e Air France – processo nº 08012.003128/2009-44;
 - (iv) entre VRG e AeroMexico – processo 08012.008715/2009-20;
 - (v) entre VRG e American Airlines – processo nº 08012.010625/2009-07;
 - (vi) entre VRG e Delta – processo nº 08012.002877/2010-13;
 - (vii) entre VRG e Qatar Airways – processo nº 08012.00035/2011-82;
 - (viii) entre Varig e Iberia – processo nº 08700.004215/2012-66;
 - (ix) entre VRG e KLM – processo nº 08012.003340/2012-15.
- (b) Formação de alianças regionais ou globais: entre Delta e VRG – processo 08012.011158/2011-44
- (c) Operações de concentração relacionadas a sistemas de reserva e banco de dados de clientes, como ocorreu nos seguintes casos:
 - (i) associação entre Varig, TransBrasil e o sistema AMADEUS para operação de sistema de reservas, aprovada com a celebração de termo de compromisso de desempenho – processo nº 08012.008101/1999-79; e

- (ii) associação entre TAM e Varig para a formação de empresa destinada a comercializar pacotes de turismo – processo nº 08012.002335/2000-43.
- (d) Operações de reestruturação societária em empresas de manutenção de equipamentos aeronáuticos e de aeronaves, atividade essa que representa a um só tempo uma parcela significativa das despesas das empresas aéreas e um requisito regulatório imprescindível à garantia da segurança operacional das aeronaves:
 - (i) desmembramento das operações de manutenção da antiga Varig, com alienação de ações à GE – processo 08012.001710/1998-96; e
 - (ii) alteração de controle acionário da empresa resultante desse desmembramento – processo nº 08012.010665/2005-17.
- (e) Operações referentes ao comércio varejista existente nos aeroportos, como é o caso típico das lojas de venda de produtos *duty free*, analisado pelo CADE na alteração de controle societário da BRASIF, adquirida pela DUFREY, aprovada no processo nº 08012.002004/2006-07.
- (f) Distribuição de combustíveis de aviação e de lubrificantes para turbinas: (i) operação entre BP e ExxonMobil nas operações de distribuição de lubrificantes – processo 08012.006734/2000-83; (ii) ato de concentração referente à operação realizada entre TOP Aviation e BP Global – processo nº 08012.007182/2002-92.

Por último é importante observar também que o CADE tem, em seu histórico, a análise de possíveis infrações nesse setor, em diversas oportunidades, pelo que se pode constatar dos seguintes exemplos:

- (i) averiguação preliminar sobre suposta conduta coordenada entre TAP e Varig, arquivada – processo nº 080000.014704/1995-70;

- (ii) averiguação preliminar de práticas anticoncorrenciais pela Petrobrás na distribuição de combustível de aviação – processo nº 08000.020939/1996;
- (iii) aplicação de penalidade ao SNEA, Varig, Vasp, TransBrasil e TAM, por ofensa ao disposto nos art. 20, I c/c 21, I e II, da Lei nº 8.884/1994 – processo 08012.000677/1999-70;
- (iv) averiguação preliminar contra Varig e sistema AMADEUS, arquivado por decorrência da prescrição intercorrente – processo nº 08012.005052/2001-34;
- (v) averiguação sobre suposta prática de preços abusivos pela TAM, arquivada por prescrição - processo nº 08012.001470/2003-14;
- (vi) averiguação preliminar contra Varig e TAM, arquivada – processo nº 08012.004067/2004-28; (
- vii) averiguação quanto a denúncia sobre prática de preços predatórios pela Gol em suas tarifas promocionais – processo nº 08001.006298/2004-03
- (viii) averiguação preliminar por suposta prática de preços predatórios pela Varig na linha para Boa Vista – RR, também arquivada – processo nº 08012.008719/2005-95;
- (ix) averiguação preliminar de suposta prática de preços predatórios pela GOL contra a WebJet – processo nº 08012.007719/2005;
- (x) averiguação preliminar de suposta prática de preços predatórios pela TAM contra a WebJet, arquivada – processo nº 08012.002164/2006-48.

Do levantamento não-exaustivo de casos acima, não restam dúvidas sobre a diversidade de temas concorrenciais relacionados à aviação civil, nem sobre a importância do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para controlar as concentrações, as eventuais infrações nesse setor, em seus diversos desdobramentos, e ainda analisar outras questões associadas ao tema, de modo a dar

plena aplicação aos preceitos constitucionais, consideradas as balizas atuais da LDC.

Pode-se, portanto, estimar que continuarão a apresentar implicações concorrenciais as operações societárias e atividades empresariais que já vêm sendo examinadas rotineiramente pelo CADE, conforme identificado acima, a saber:

- (i) associações, acordos operacionais de diversos formatos, fusões e aquisições entre empresas aéreas;
- (ii) operações de concentração relacionadas a sistemas de reserva e banco de dados de clientes;
- (iii) operações de reestruturação societária em empresas de manutenção de equipamentos aeronáuticos e de aeronaves;
- (iv) operações referentes ao comércio varejista existente nos aeroportos;
- v) distribuição de combustíveis de aviação e de lubrificantes para turbinas.

Mas essa visão panorâmica deve ser complementada pela principal novidade do setor, que é a reestruturação da prestação dos serviços de infraestrutura aeroportuária, que apresenta suas complexidades específicas e tem ocorrido em diversas etapas.

Como observado acima, talvez o momento mais marcante para a constituição de uma infraestrutura aeroportuária significativa no Brasil tenha sido a criação da INFRAERO em 1972. Sem prejuízo do mérito dessa decisão de política governamental da época e dos inegáveis resultados produzidos, ocorreu um visível descompasso entre o crescimento do volume do transporte aéreo e a infraestrutura disponível.

Nesse ponto, o primeiro efeito observado foi o estrangulamento das instalações em determinados aeroportos e a deterioração dos serviços, tanto daqueles prestados pela INFRAERO, quanto daqueles prestados pelas empresas aéreas e até por órgãos públicos que neles desempenham suas competências¹⁰. Um dos fatores que têm sido apontados

¹⁰ TC 026.156/2011-3 (decisão do plenário do TCU)

SUMÁRIO: RELATORIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. DPF/MJ. RFB/MF. CONTROLES MIGRATÓRIO E ADUANEIRO NOS AEROPORTOS INTERNACIONAIS DO BRASIL.

como determinantes para esse fato tem sido a falta de instrumentos flexíveis e ágeis o suficiente para que a INFRAERO atuasse de modo empresarialmente adequado – fator esse que veio a motivar a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC ¹¹.

Mas existe outro resultado importante dessa situação, que é o possível desequilíbrio do mercado de transporte aéreo, tendo em vista as possíveis distorções que pode gerar a falta de espaço para operação de vôos, tais como a dificuldade de entrada de novas empresas no mercado ou da formação de uma posição dominante por determinadas empresas. No regime legal de liberdade de exploração de rotas, restringida apenas pela limitação de capacidade do aeroporto ¹², não é por outra razão que o CADE em, ao menos, duas oportunidades vinculou a aprovação de atos de concentração à redistribuição ou permuta de *pares de slots* (horários para pouso/decolagem individualizados, alocados à empresa aérea).

Assim, sem prejuízo das medidas de aprovação prévia de atos de concentração e repressão a infrações da ordem econômica, parece que hoje o meio realmente eficaz de prevenir abusos seja assegurar

INSUFICIENTE ALOCAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS NOS PROCEDIMENTOS AFETOS AOS CONTROLES MIGRATÓRIO E ADUANEIRO. OUTRAS OPORTUNIDADES DE MELHORIA. RECOMENDAÇÕES. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES INTERESSADOS. MONITORAMENTO.

11 Lei nº 12.462/2011.

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

12 Vide Acórdão do TCU sobre as obrigações sob o atual regime da concessão para exploração do transporte aéreo - ACÓRDÃO Nº 346/2008 - TCU - PLENÁRIO, TC - 011.088/2005-9, no qual expressamente o tribunal orientou à ANAC a estritamente observar esse regime de liberdade, nos seguintes termos do item 9.2 do dispositivo do acórdão: "9.2. *determinar à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/92 c/c art. 250, II, do Regimento Interno deste Tribunal, que se abstenha de considerar aspectos relativos à eventual excesso de oferta de vôos na análise de novos pedidos de Hotran por parte das concessionárias de serviços aéreos domésticos de transporte de passageiros em face ao disposto na Lei 11.182/2005, art. 48, parágrafo 1º...*"

que o crescimento da infraestrutura aeroportuária acompanhe o crescimento do transporte aéreo.

Observa-se que essa meta tem sido buscada por meios diversos. Grande parte desse esforço passa pela reformulação da forma de atuação da INFRAERO (com a aplicação do RDC, por exemplo), mas também pela concessão da exploração dos aeroportos à iniciativa privada.

No âmbito federal, já foram realizados quatro leilões para a concessão. O primeiro, para a outorga para concessão da exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante – RN, destinado a substituir o atual aeroporto de Natal – RN. Os outros três foram realizados com base em um único edital, para a outorga da concessão para exploração dos aeroportos de Brasília-DF, Guarulhos-SP e Campinas-SP.

Só pelo fato de serem concedidas essas importantes estruturas para exploração pela iniciativa privada, surgiram novas questões que não se apresentavam no regime de predominância da INFRAERO. Um exemplo significativo que demonstra a profundidade da reestruturação foi a criação da tarifa de conexão, prevista no art. 3º, V, da Lei nº 6.009/1973, com a redação dada pela Lei nº 12.648/2012 (conversão da Medida Provisória nº 551, de 22.11.2011), considerado fator determinante para a viabilidade das novas concessões, uma vez que os aeroportos concedidos passam a ficar destacados do bloco de 66 aeroportos administrados pela INFRAERO¹³.

No leilão para a outorga da concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante¹⁴, foi prevista regra para restringir a possibilidade de integração *vertical* entre empresas aéreas e o aeroporto, nos termos do edital de licitação¹⁵.

13 No ponto, chama-se a atenção para o fato de que não se trata apenas da criação de mais uma fonte de receita. Em verdade, constitui-se em medida jurídica necessária à viabilidade de ingresso de novos agentes na exploração da infraestrutura aeroportuária. A estrutura tarifária até então estabelecida espelhava a situação de exploração por uma única empresa e permitia surgirem argumentos como o de que o setor somente se sustenta se administrado na forma de rede e em regime monopolista, sem que isso comprovasse ou sustentasse o argumento de que *monopólio* e *tarifas* se justificavam mutuamente. Ao se admitir a tarifa de conexão, o novo agente também pode se relacionar com a rede existente em fases intermediárias do voo, mas sem depender das receitas dos aeroportos de origem e destino. É por essa razão que a criação da citada tarifa deve ser compreendida mais do que mera tarifa do setor, mas, sim como ruptura do paradigma então vigente.

14 Disponível em: < <http://www2.anac.gov.br/asga/> > acesso em: 30.09.2012

15 3.14. As Empresas aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, não poderão participar deste Leilão isoladamente, sendo admitida a sua participação como membro de consórcio desde que observadas as seguintes condições:

3.14.1. participação máxima no Consórcio, considerando a consolidação das participações diretas e indiretas, limitada a 10% (dez por cento); e

Também no caso dos leilões para a outorga da concessão dos aeroportos de Brasília, Guarulhos e Campinas¹⁶ houve o tratamento de determinadas questões concorrenciais, tal como a restrição à possibilidade de integração vertical prevista no edital da licitação¹⁷. Ainda em relação aos aeroportos de Brasília, Guarulhos e Campinas, há também limitações à associação ou ao controle acionário cruzado, para evitar a integração *horizontal* ou o poder de influência entre concorrentes, conforme disposto em cada um dos Contratos de Concessão:

10.7.3. O Acionista Privado não poderá admitir, como acionista, qualquer entidade, suas controladoras, controladas, coligadas, que seja acionista direto ou indireto da Concessionária dos demais Aeroportos objeto do Edital do Leilão nº 2/2011.

Além disso, é possível que ocorram novos processos de concessão à iniciativa privada, mas em menor escala, em decorrência da recente autorização legal a que Estados, Municípios e Distrito Federal utorguem à iniciativa privada os aeroportos cuja exploração lhes tenha sido delegada por convênio pela União¹⁸.

3.14.2. vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração da SPE, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria enquanto vigente o Contrato de Concessão.

[...]

6.13. Fica vedada a participação da Concessionária ou de seus sócios, direta ou indiretamente, no capital votante de Empresas Aéreas, em percentual igual ou superior a dez por cento.

16 Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>>. Acesso em: 30 set.2012.

17 3.17. É admitida a participação de Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas como membro de Consórcio, observadas as seguintes condições:

3.17.1. participação máxima na Concessionária, considerando a consolidação das participações diretas e indiretas, limitada a 2% (dois por cento); e

3.17.2. vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração do Acionista Privado e da Concessionária, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria enquanto vigente o Contrato de Concessão.

3.18. É admitida a participação em até 20% (vinte por cento) na Concessionária de empresas controladoras de empresas aéreas ou coligadas a empresas aéreas e que sejam coligadas ou controladas, direta ou indiretamente, por entidades de direito público brasileiras ou de países com os quais a República Federativa do Brasil tenha assinado acordo de serviços aéreos.

[...]

6.18. A participação dos acionistas do Acionista Privado, direta ou indiretamente, no capital votante de empresas aéreas deverá observar as regras de limitação à participação previstas neste Edital.

18 Houve significativa discussão no âmbito do governo federal quanto à possibilidade legal de que os entes federados sub-delegassem a privados a exploração de aeroportos sob sua responsabilidade nos termos de convênios celebrados com a União. Firmou-se o entendimento de que não havia autorização legal para

Dependendo do número ou da relevância dos aeroportos que também passem à exploração da iniciativa privada com base nesse mecanismo legal, é de se supor que novas questões concorrenciais (em sentido amplo) possam vir à pauta dos órgãos do SBDC ou até mesmo à consideração das instâncias políticas. Isto porque é possível, apesar das características essencialmente centrípetas do modelo federativo brasileiro, o surgimento de distorções concorrenciais resultantes de incentivos localizados, a exemplo do que ocorreu no caso do aeroporto de Leipzig-Halle, no qual a Comissão Européia, em decisão mantida pela oitava câmara do Tribunal da União Européia¹⁹, concluiu que seria contrária ao direito comunitário da concorrência a prestação de garantias adicionais pelo governo local ao aeroporto e à empresa DHL, na hipótese de retorno insuficiente dos investimentos²⁰.

Mas o problema não se resume a essas grandes iniciativas.

Dentro da operação dos aeroportos e na relação comercial existentes entre os diversos agentes que trabalham para que o transporte aéreo funcione, podem surgir outras questões de impacto concorrencial.

O primeiro indício disso pode ser observado a partir dos conflitos já identificados no âmbito da INFRAERO na distribuição de áreas aeroportuárias às empresas aéreas, aos prestadores de serviços auxiliares e aos demais comerciantes. Considerando o regime legal da INFRAERO que impõe a obrigatoriedade de licitações, observadas as disposições específicas do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, as ocorrências identificadas se resolveram sob o enfoque da legalidade da atuação da estatal²¹, mas isso não desautoriza a observação de que o conflito entre empresas pode sempre ocorrer nessas situações de escassez de áreas disponíveis no aeroporto, com implicações concorrenciais.

tanto, tendo em vista os precedentes legislativos, como o do regime de exploração de portos, que partiam de expressa autorização legal. A questão veio a ser pacificada com o disposto no inciso VIII, do art. 24-D da Lei nº 10.683/2003, com a redação dada pela Lei nº 12.462/2011, segundo o qual compete à SAC-PR: “transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, direta ou indiretamente”.

19 Decisão de 24.03.2011, Processos T-443/08 et T-455/08.

20 Cf. decisão da Comissão Européia, State aid No C 48/2006 (ex N 227/2006) – Germany. Disponível em: < http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/217622/217622_643788_29_1.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

21 Cf. decisão do TCU no TC-021.539/2005-5, instaurado com base de denúncia da empresa aérea Oceanair contra suposto favorecimento da Gol pela INFRAERO na distribuição de áreas: “Não há ilegalidade na celebração direta, sem licitação, de contrato para a concessão de áreas aeroportuárias de uso diretamente relacionado à exploração dos serviços de navegação aérea já devidamente concedidos por meio do competente procedimento licitatório”

Considerando a relativa uniformidade das características do transporte aéreo no mundo, reforçam essa hipótese, por exemplo, as conclusões da Autoridade da Concorrência da República Francesa na análise de consulta prévia sobre as consequências concorrenciais de eventual privatização de aeroportos franceses, que observou que, no caso de privatizações, seria especialmente necessária a manutenção de mecanismos de transparência e de isonomia da distribuição de áreas aeroportuárias pelo explorador privado do aeroporto, bem como na contratação de obras e de serviços ²².

No atual cenário, (i) em que se encontram pouco regulados pela ANAC os critérios para a distribuição de áreas aeroportuárias, de natureza operacional ou comercial (Resolução ANAC nº 113/2009), para o funcionamento e seleção, pelas empresas aéreas, das prestadoras de serviços aéreos (Resolução ANAC nº 116/2009) e para o compartilhamento das áreas de check-in pelas empresas aéreas (Resolução ANAC nº 208/2011), e que (ii) nos Contratos de Concessão celebrado essas questões são remetidas à livre negociação entre os interessados, é possível estimar também que conflitos e questões concorrenciais surjam nesses temas.

Caso isso ocorra, será fundamental o exercício pela ANAC de sua competência legal para mediar conflitos dessa natureza, e que os órgãos do SBDC desempenhem adequadamente suas funções, tanto no plano preventivo quanto no plano repressivo.

2 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do setor aéreo brasileiro, ao que tudo indica, não é consequência apenas das melhores condições econômicas do País em relação às últimas décadas, ou evolução das técnicas aeronáuticas, embora esses também sejam dados relevantes.

Considerando que esse setor historicamente é muito regulado, a evolução da aviação civil brasileira indica que é determinante o papel do Estado para esse desenvolvimento, ainda que por meio da decisão de reduzir a intensidade dessa regulação em determinadas oportunidades.

22 Avis nº 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français. / Parecer nº 10-A-04 de 22 de fevereiro de 2010 relativo a uma consulta da Associação para a manutenção da concorrência nas malhas e infraestruturas – AMCRI sobre os problemas de concorrência eventualmente resultantes da privatização dos aeroportos franceses.

Assim, a evolução do setor parece ser fruto da adequada compreensão do papel do Estado no que diz respeito à sua participação no setor de transportes aéreos. A visão de planejamento, associada à premissa de que a intervenção estatal cabe tão somente naquelas hipóteses de evidente falha de mercado, forma o pano de fundo em que atualmente se organizam as instituições públicas brasileiras, distinguindo-se as funções de planejamento e formulação de políticas; repressão a condutas anticoncorrenciais, regulação técnica dos serviços aéreos, aeroportuários e aeronáuticos; e prestação dos serviços de transporte e aeroportuários.

Destaca-se a relevância das questões suscitadas no presente estudo, sobretudo quando se considera que, em matéria de aviação civil, confluem sensíveis preceitos constitucionais tais como a mobilidade dos cidadãos, a circulação de bens, a integração nacional e a defesa da concorrência e do consumidor.

Sem prejuízo da necessidade de estudos detalhados sobre questões específicas tratadas neste artigo, defende-se que a eficiente proteção do interesse público no campo da aviação civil depende:

- (i) de estreita coordenação entre os diferentes órgãos governamentais que tratam da regulação e fiscalização setorial e entre estes e os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e
- (ii) da avaliação abrangente dos fatores e problemas relevantes para essa atividade econômica, para que a atuação estatal não tenha apenas efeitos fragmentados e inconsistentes.

Nesse contexto, avalia-se, ainda, que as recentíssimas mutações do setor, bem com as alterações no sistema de defesa da concorrência apresentarão ao Estado brasileiro significativos desafios e novos horizontes para a garantia do interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 19.398, de 11.11.1930.

_____ Decreto nº 19.902, de 22.4.1931.

_____ Decreto nº 2.961, de 20.1.1941.

- _____ Decreto-Lei nº 32, de 18.11.1966.
- _____ Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967.
- _____ Decreto-Lei nº 270, de 28.2.1967.
- _____ Decreto nº 60.521, de 31.3.1967.
- _____ Decreto nº 61.819, de 4.12.1967.
- _____ Decreto nº 65.144, de 12.9.1969.
- _____ Decreto-Lei nº 991, de 21.10.1969.
- _____ Lei nº 5.862, de 12.12.1972.
- _____ Lei nº 5.989, de 17.12.1973.
- _____ Decreto nº 75.070, 9.12.1974.
- _____ Decreto nº 76.590, de 11.11.1975.
- _____ Lei nº 7.565 (Código Brasileiro de Aeronáutica), de 19.12.1986.
- _____ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- _____ Decreto nº 99.179, de 15.3.1990.
- _____ Lei nº 8.399, de 7.1.1992.
- _____ Lei nº 8.884, de 11.6.1994.
- _____ Lei Complementar nº 97, de 9.6.1999.
- _____ Decreto nº 3.564, de 17.8.2000.
- _____ Lei nº 10.683, de 28.5.2003.
- _____ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A regulação do Mercado de Aviação Civil. Notas apresentadas no Seminário Regulação do Setor de Transporte Aéreo promovido pela Secretaria de Acompanhamento, Econômico

(Seae) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 28/08/2003, no IPEA/Brasília: <<http://www.ipea.gov.br/pub/notas/notastecnicas2.pdf>>

_____ Lei nº 11.182, de 27.9.2005.

_____ Tribunal de Contas da União, decisão na TC-021.539/2005-5.

_____ Decreto nº 6.223, de 4.10.2007.

_____ Conselho Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 7/2008.

_____ Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 346/2008 - TCU – PLENÁRIO, TC - 011.088/2005-9.

_____ Decreto nº 6.780, de 18.2.2009.

_____ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 83/2009.

_____ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 113/2009.

_____ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 116/2009.

_____ Presidência da República. Mensagens nºs 115 e 116, de 11.3.2010.

_____ Decreto nº 7.168, de 5.5.2010.

_____ Decreto nº 7.205, de 10.6.2010.

_____ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 141/2010.

_____ Lei nº 12.462, de 5.8.2011.

_____ Lei nº 12.529, de 30.11.2011.

_____ Tribunal de Contas da União, decisão na TC 026.156/2011-3.

_____ Agência Nacional de Aviação Civil, Resolução nº 180/2011.

_____ Agência Nacional de Aviação Civil, Contrato de concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante – RN, disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/asga/>>

_____ Agência Nacional de Aviação Civil, Contratos de concessão dos aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos, disponíveis no site: <http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>

CORDOVIL, Leonor ... [et al.] Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANÇA. Autoridade da Concorrência da República Francesa. Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia, State aid No C 48/2006 (ex N 227/2006): http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/217622/217622_643788_29_1.pdf

_____ Tribunal Geral, decisão de 24.03.2011, Processos T 443/08 et T 455/08.

AS COMPOSIÇÕES NO CADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*AGREEMENTS IN CADE AS AN EFFECTIVENESS TOOL FOR THE
COMPETITION DEFENSE*

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade

SUMÁRIO: Introdução; 1 Composto com o CADE
1.1 O Acordo de Leniência; 1.2 O Termo de
Compromisso de Cessação; 1.3 O Acordo para
aprovação de atos de concentração; 2. Considerações
Finais; 3 Referências.

RESUMO: Este artigo trata das composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. Inicialmente são abordados alguns pontos sobre os instrumentos de composição da Lei 12.529, de 2011, em comparação com aqueles da legislação antitruste de outros países. Em um segundo momento, aborda-se o significado do Acordo de Leniência trazido pela Lei 8.884, de 1994 e analisa-se o Termo de Compromisso de Cessação como instrumento de efetivação da tutela de direitos coletivos. Ao final, o artigo discorre sobre o acordo para aprovação de atos de concentração trazido pelo art. 92 da Lei 12.529, de 2011.

PALAVRAS-CHAVE: Composição. Efetividade. Leniência. Acordo.

ABSTRACT: This paper considers the agreements made by CADE as an effectiveness tool for the competition defense. At first it approaches some aspects about agreement tools found in Law 12.529/2011, in comparison with foreign antitrust legislation. Second, it approaches the meaning of Leniency Agreement at the scope of the Law 8.884/2004, also it analyzes the Cease Conduct Commitment as an effectiveness protection tool to implement collective rights. Finally, this paper discusses the approval of Mergers as they are defined by the article 92 of the Law 12.529/2011.

KEYWORDS: Negotiations. Effectiveness. Leniency. Agreements

INTRODUÇÃO

As análises de concentração econômica ou conduta anticompetitiva no Cade exigem informações sobre o mercado e as particularidades dos envolvidos no processo. Seja para obtenção da autorização do ato de concentração (art 88, § 5º da Lei 12.529/11), ou mesmo na apuração de prática infrativa (art 36 e ss da Lei 12.529), depara-se com a expectativa de o binômio rapidez/efetividade nortear a ação da autoridade antitruste.

Se rapidez exige uma manifestação em “tempo econômico”, efetividade demanda resultado, resolução do impacto concorrencial da concentração ou da conduta com pertinência das obrigações e minimização dos custos privados.

Em relação a atos de concentração, a Lei 8.884/94 previa a submissão de atos de concentração *a posteriori*. Em certos casos, de maior complexidade, o processo podia demorar anos. A já consumação do ato, por vezes, não trazia incentivos para que os agentes econômicos trouxessem todos os elementos para análise. Os ofícios para colheita de informações eram uma praxe (art 54, §7º da Lei 8.884/94) e havia sempre situações de descontentamento recíproco ao cabo da análise do Conselho¹.

No caso de condutas anticompetitivas, a instrução probatória respaldando a ampla defesa e contraditório tende a exigir um trâmite demorado ao processo. Assim, o ato de corrigir imediatamente o efeito lesivo da prática investigada dependia da concessão de uma eventual medida preventiva (art 52 da Lei 12.529), cuja precariedade não punha um ponto final no distúrbio do mercado.

Nesse sentido, a Lei 8.884/94 previa instrumentos de efetividade, os quais auxiliavam na colheita de provas e antecipavam as deliberações

1 A título exemplificativo, pode-se citar o Processo Administrativo nº 08012.001697/2002-89, que tratava da aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda. Tal operação foi formalizada em 22 de fevereiro de 2002 e submetida ao CADE em 15 de março de 2002. O Plenário do CADE adotou uma Medida Cautelar, com a celebração do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), sendo esse o primeiro APRO da história CADE. Em 04 de fevereiro de 2004, o Plenário concluiu que a transação deveria ser rejeitada porque (1) nem a esperada redução nos custos variáveis (eficiências), nem o grau de rivalidade remanescente no mercado, seriam suficientes para evitar os aumentos de preço ao consumidor de chocolate, e (2) não havia qualquer remédio estrutural capaz de reduzir os efeitos negativos da elevação da concentração. Assim, o Conselho determinou à Nestlé que vendesse a Chocolates Garoto a um concorrente que tivesse participação inferior a 20% no mercado relevante. As partes peticionaram junto ao CADE requerendo reconsideração da decisão, o que o CADE negou em 3 de fevereiro de 2005. As empresas recorreram novamente ao CADE, propondo alienações parciais de produção e marca. O CADE, mais uma vez rejeitou o pedido de reconsideração, em 27 de abril de 2005. Assim, a Nestlé ajuizou perante o Poder Judiciário ação para rever a decisão do CADE. Tal lide ainda se encontra sob análise do Poder Judiciário.

administrativas com participação direta dos agentes econômicos: o programa de leniência, o Compromisso de Cessação-TCC, bem como Acordo para Aprovação de Atos de Concentração-TCD.

A Lei 12.529/11, que é um marco histórico e decisivo para o aprimoramento da política brasileira de defesa da concorrência, a qual introduziu profundas alterações no SBDC, não fez tábula rasa das conquistas dos instrumentos de efetividade, mantendo-os. O Cade preocupou-se, inclusive, de aperfeiçoar alguns aspectos em seu novo regimento.

O Programa de Leniência (art 86 e ss da Lei 12.529/11) , o Compromisso de Cessação-TCC- (art 85 da Lei 12.529/11), bem como Acordo para Aprovação de Atos de Concentração-TCD (art 92 da Lei 12.529/11) revelam o incremento da participação dos agentes econômicos nas deliberações do CADE. Tal contexto minimiza a quebra de assimetria de informações, buscando, de forma consensual, enfrentar os impactos concorrenciais dos casos submetidos ao CADE, trazendo a tempo presente soluções para prevenção ou correção de aspectos anticompetitivos. A observância dos instrumentos da lei para atribuir rapidez/efetividade tem ainda o mérito de reduzir o número de processos judicializados.

1 COMENDO CO7M O CADE

O trâmite ordinário dos processos no Cade conduz a uma decisão unilateral da autarquia, mormente quando não se vislumbra restrição à ação privada dos agentes econômicos. É assim em grande parte dos casos.

Em 2010, dos 716 Processos Administrativos julgados pelo CADE, apenas em 3 houve condenações. Naquele ano, dos 616 atos de concentração analisados, 15 foram reprovados ou aprovados com restrições. Já em 2011, dos 892 Processos Administrativos julgados pela autarquia, somente em 2 houve condenação dos representados. Também no ano passado, dentre os 713 atos de concentração analisados, somente 19 não foram plenamente aprovados pelo CADE.

Por fim, neste ano de 2012, entre janeiro e julho, não houve nenhuma condenação nos 681 Processos Administrativos de apuração de infração à ordem econômica julgados pela autarquia. No mesmo período, dos 573 atos de concentração julgados, apenas 11 foram reprovados ou aprovados com restrições.²

² Fonte: Coordenação-Geral de Estudos e Pareceres do CADE. Dados referentes aos meses de janeiro a julho de 2012.

Por outro lado, existem processos em que a potencialidade lesiva observada exigirá restrição. E nestas hipóteses o envolvimento do agente econômico na solução do problema afigura-se importante para maior rapidez a melhor adequação da decisão do Cade.

É bem verdade que a solução negociada deve observar redobradas cautelas. A eficácia da ação estatal deve comportar sempre o caráter reparatório/corretivo, mas cada acordo e a própria “política de acordo” não pode prescindir da dimensão propedêutica, muitíssimo importante para orientar os demais agentes econômicos nas ações futuras.

Nesse sentido, a previsão de composições administrativas deve estar atrelada à estrutura que viabilize regras e parâmetros objetivos. No mais, a qualidade técnica e reputacional das composições trará legitimidade à expansão do instrumento.

A Lei 12.529/11, em compasso com a Legislação de concorrência de vários países do mundo, manteve a estrutura de composições da Lei 8.884/94, e trouxe outros aspectos importantes. Assim como no Brasil, tendem a ser excepcionais as operações sobre as quais são impostas restrições por órgãos de defesa da concorrência no exterior, devido à utilização de acordos, análises fragmentadas (arts. 59, §1º, e 48 VI) e aprovações condicionadas (art. 61)³.

Nos Estados Unidos, país com maior tradição na defesa da livre Concorrência (vide o *Sehrman Antitrust Act* de 1890), aproximadamente 90% dos casos de cartel, que têm natureza criminal, terminam com alguma forma de acordo processual – *plea agreements* ou *plea bargain* –, assim como cerca de 90% dos casos criminais federais⁴.

Em vista da celeridade processual, benéfica a todas as partes, incluindo à Administração Pública, Roberto Domingos Taufick relata vantagens na composição e concessão de medidas preventivas também verificada nos Estados Unidos:

Issuing or not the Second Request is also a strategic decision-making process. Even before submitting the matter to the Merger Screening Committee, the attorneys of the team and then the AD an DADs must counter weigh their beliefs and finding with the probability that the court will buy their argument to at least grant PI. In the premerger system, where an expeditious procedures is essential for the effectiveness of deal, once granted the PI by federal district

3 TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei 12.529/2011. Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência / Roberto Domingos Taufick – Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012

4 BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei nº 8.884/94. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, nº Edição de 31 de dezembro de 2007 – edição especial: reforma da lei concorrencial brasileira. p. 26-27

court there is an increasingly likelihood that the parties will soon come to an agreement with the FTC or at least will not rebut the Commission's opinion. If the likelihood that the PI will be granted is minimal, the agency will almost certainly neither further the analysis nor go to court for an unlikely divestiture order.⁵

Percebe-se, assim, que os *consent decrees* norte-americanos cumprem função equiparável a do TCC brasileiro. Tal como no Brasil, esses instrumentos permitem à *Antitrust Division* estadunidense gastar menos do que seria gasto em caso de julgamento e concedem ao representado a oportunidade de evitar custos, inconvenientes e riscos do julgamento. A divisão concorrencial do *Department of Justice* busca encerrar a conduta investigada, prevendo mecanismos de *compliance*, apresentação de relatórios periódicos e inspeção nos arquivos da empresa.

O voto-vogal de Luiz Carlos Prado no Requerimento 08700.005281/2007-96 esclarece que:

Os *consent decrees* podem ser operacionalizados pela Federal Trade Commission (FTC) ou pelo Departamento of Justice (DOJ), embora os acordos relacionados a cartel sejam de competência prioritária do DOJ. No primeiro caso, os acordos devem ser analisados pelo *Administrative Law Judgement (ALJ)*, que exerce espécie de controle externo naquela entidade. No caso do DOJ, a validade do acordo depende de aprovação judicial dos termos pactuados pelo órgão.

A FTC costuma trabalhar com *consent decrees* preparados pelo seu *Bureau of Consumer Protection* ("BCP"), nos quais a admissão de culpa não é exigida e há uma contraprestação pecuniária. Estipulação afastando a admissão de culpa também tem sido comum nos acordos celebrados pelo DOJ, visando coibir práticas anticoncorrenciais, embora a contraprestação pecuniária não seja praxe. [...]

5 A decisão de conceder, ou não, a instrução complementar é, também, estratégica. Mesmo antes de submeter o caso ao Comitê de Análise de Atos de Concentração, os advogados e o coordenador-geral e coordenadores devem sopesar as suas crenças e achados com a probabilidade de que o tribunal acatará o seu argumento para, ao menos, conceder a liminar. Na análise prévia, em que a celeridade do processo é essencial para a efetividade do negócio, uma vez concedida a liminar pelo Tribunal distrital, a probabilidade de que os requerentes entraram em acordo com a FTC ou de que, pelo menos, não contestarão a decisão da comissão é crescente. Se a probabilidade de que a preliminar seja concedida for mínima, a agência provavelmente não aprofundará a análise nem tentará em juízo uma improvável decisão pelo desinvestimento. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 14, p. 69-106. IOB/CADE: Brasília, 2007.

O ordenamento brasileiro conferiu tratamento semelhante ao TCC no que diz respeito à abrangência da matéria e ao momento de proposição, que se estende até a sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada. Nesse sentido, o legislador não estendeu ao TCC as condições injustas peço art. 35-b da Lei n.º 8.884/94 – entre elas, a necessidade de que o CADE não dispusesse de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo. (grifo nosso)

Como se pode observar a ideia de composição é extremamente benéfica para a defesa da concorrência, devendo ser observadas na Lei 12.529/11 as especificidades de cada instrumento de acordo.

1.1 O ACORDO DE LENIÊNCIA

Também inspirada nas normas antitruste estrangeiras, análoga à delação premiada do Direito Penal Brasileiro⁶, a leniência tem por escopo breçar a prática infrativa à ordem econômica, mediante o auxílio de coautor que confesse o ilícito e traga elementos à elucidação do caso.

Presente na Lei 8.884/94, o instrumento é utilizado mundialmente para combater a lei do silêncio que impera diante das empresas, as quais em acordo colusivo prejudicam a ordem econômica.⁷ Contudo, há diferenças entre os diversos países o que tange às vias disponíveis aos agentes investigados para propositura de acordos depois de já ter sido celebrada uma leniência relativa a uma conduta específica.

Como bem exposto pelo voto do Conselheiro Relator Sr. Olavo Zago Chinaglia, no Requerimento n.º 08700.002709/2010-44, ao contrário da opção feita pelo legislador brasileiro, que restringiu a utilização do instituto de leniência à primeira empresa ou pessoa que denunciar o cartel, outras jurisdições aceitam que mais de um agente envolvido em uma infração colusiva seja beneficiado pelo programa de leniência. Para tanto, devem os investigados oferecer contribuições efetivas para o desenvolvimento da investigação, trazendo informações e evidências que ainda não haviam sido apresentadas pelo primeiro leniente.

Continuando sua análise, o Conselheiro esclarece que a Comissão Europeia, por exemplo, condiciona a concessão de tais reduções à apresentação pelas proponentes de um “valor acrescentado significativo” em relação aos elementos de prova trazidos pelo leniente ou encontrados pela própria Comissão. À primeira empresa que fornecer um valor

6 Vide art.159, §4º, que trata do crime de extorsão mediante seqüestro; art. 14 da Lei 8.907/99.

7 Sobre o tema ver OCDE, synthèse, “Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables”.http://www.oecd.org/document/3/0,2340,en_2649_34489_1890435_1_1_1_00.html

acrescentado à investigação pode ser concedida uma redução entre 30% e 50% da multa; à segunda, uma redução entre 20% e 30%, à terceira e às demais, reduções de até 20%. Sistemática semelhante é utilizada pelo *Bundeskartellamt*, autoridade antitruste alemã.

Também na Europa, apesar de a coação sobre outros agentes para participar do cartel se tratar de fator impeditivo para outorga do benefício de imunidade total, mas não parcial, não há vedação expressa ao benefício da leniência por parte do líder do cartel. Além de trazerem novos subsídios ao conjunto probatório da comissão, as empresas que desejam obter a redução de suas multas também devem atender a todas as obrigações cumpridas pelo primeiro leniente, como cooperar plenamente com a investigação, reduzir a termo sua participação no conluio e abster-se de destruir elementos de prova. Assim, fica garantida a corrida pelo primeiro lugar no programa de leniência, que se mostra claramente mais vantajoso do que acordos deixados posteriormente⁸.

Assim como no Brasil, nos Estados Unidos, o instituto da leniência é reservado apenas para o primeiro agente que denunciar a infração. Aos demais investigados, é possível somente a celebração de “*plea agreements*”. Nesse tipo de acordo, além de confessar a sua participação no ilícito, a empresa deve cooperar ativamente com a investigação a fim de obter reduções que normalmente variam entre 30% e 35% da multa esperada, conforme o valor da colaboração da empresa para o desenvolvimento da investigação. Há situações, porém, em que a redução concedida à primeira empresa que celebrou um *plea agreement* chegou a quase 60%, dada a relevância de sua cooperação exemplar para a resolução do caso concreto⁹.

Independente de qual legislação nacional se aplique, a efetividade de um acordo de leniência depende de certeza, clareza e prioridade que as autoridades públicas lhe emprestam. Enfim, as empresas e pessoas físicas precisam ser incitadas a se manifestar com a garantia das condições e vantagens auferidas pela delação dos demais integrantes da colusão.

A legislação nacional continua na vertente já exposta na Lei 8.884/94, dando ampla liberdade ao órgão investigativo (Superintendência Geral do CADE) na celebração e elaboração dos termos da leniência, incumbindo ao Tribunal Antitruste, verificado o cumprimento do acordo, tão-somente a materialização das vantagens esperadas pelo infrator. (art 86, IV, §§3º e 4º).

8 Requerimento nº 08700.002709/2010-44. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/t39201216523375.pdf>. Último acesso em 03 set. 2012.

9 Requerimento nº 08700.002709/2010-44. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/t39201216523375.pdf>. Último acesso em 03 set. 2012.

O acordo traça requisitos cumulativos, os quais, em resumo, demandam: i) ser celebrado com a empresa que primeiro se apresentar; ii) cessar a prática; iii) Superintendência não ter provas suficientes para assegurar a condenação; iv) empresa e pessoa física confessar e cooperar com a investigação e processo administrativo; (art 86, §1º).

Verifica-se, assim, que os elementos são de aferição do ente investigador, o qual é o único a poder indicar se os requisitos legais foram ou não preenchidos nos termos do acordo celebrado. Deve-se buscar sempre a transparência, mas diante de um juízo específico das exigências que foram feitas pela Superintendência Geral e às quais o infrator aderiu.

It must be transparency and predictability to the greatest extent possible throughout a jurisdiction's cartel enforcement program, so that companies can predict with high degree of certainty how they will be treated if they seek leniency and the consequences will be if they not.¹⁰

A validade, cabimento e oportunidade na celebração do acordo de leniência estão sob o crivo do Superintendente. Ele é que estipula as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e resultado útil para o processo (art. 86, §3º).

Ao contrário de outros instrumentos de efetividade da Lei, como o Termo de Compromisso de Cessação, o acordo de leniência não é exercido *ad referendum* do Plenário CADE. A Superintendência é a única e última instância administrativa para aceitação, processamento e declaração de cumprimento da leniência.

Enfim, a competência do Plenário CADE restringe-se a fixar a pena cabível (extinção total da punibilidade ou redução da pena de um a dois terços, na forma do art. 86, § 4º, I e II, da Lei 12.529/11).

Com efeito, o acordo de leniência propicia sempre para os celebrantes do acordo o juízo da Superintendência sobre o seu cumprimento: i) cumpriu o acordo, o CADE irá extinguir a punibilidade ou reduzir a penalidade nos termos legais (86, § 4º, I e II, da Lei 12.529/11); ii) não cumpriu o acordo, consoante informado pela Superintendência, a pessoa física ou jurídica pode ter contra si o trâmite regular do processo administrativo, sem que, contudo, possa haver caracterização de confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude a proposta de leniência rejeitada (art 86, §10 da Lei 12.529/11).

O Cade já conta com positivos exemplos de acordo de leniência. O caso do “Cartel de Vigilantes do Rio Grande do Sul” e dos “Peróxidos” trouxeram o debate sobre o alcance da leniência. O Processo Administrativo

10 <<http://www.usdoj.gov/atr/public/specches/206611.htm>>.

n.º 08012.001826/2003-10, referente ao primeiro caso, foi instaurado para apuração de conluio entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul, para atuação em licitações públicas e privadas. Assim, sociedades empresárias ofertavam seus serviços de modo concentrado combinando entre si quem ganharia cada licitação, derrubando os preços sempre que nova empresa tentasse desestabilizar o cartel e oferecendo seus serviços a preços inferiores ao valor concentrado.

De fato, tal caso foi paradigmático ao Direito concorrencial brasileiro, pois nele se deu o primeiro acordo de Leniência do SBDC, celebrado entre a sociedade empresária Antares e os Srs. Rubem Oreli e Alexandre Luzardo com a União, em 2003. Portanto, apesar de o Plenário do CADE ter considerado esses Representados como incursos no art. 20, inciso I, c.c. o art. 21, incisos I e VII, da Lei n.º 8.884/94, os Conselheiros deixaram de aplicar a pena, julgando extinta a punibilidade, em razão do cumprimento do Acordo de Leniência. O Judiciário, analisando o tema, reconheceu a legalidade do acordo de leniência, firmado mediante suficiente conjunto probatório colhido no devido processo legal¹¹.

O caso dos Peróxidos foi analisado pelo Processo Administrativo n.º 08012.004702/2004.77, que tinha por objetivo apurar denúncia de cartel no mercado brasileiro de peróxido de hidrogênio, entre os anos de 1995 e 2004. Os representados vinculados ao Grupo Degussa celebraram Acordo de Leniência com a União, por intermédio do Secretário de Direito Econômico, constando como interveniente-anuentes o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo. Para tal, os beneficiários do acordo de leniência confessaram a prática das infrações administrativas e penais tipificadas nas Leis n.º 8.884/94 e 8.137/90, bem como forneceram à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça uma série de documentos e detalhes que desvendam como tinha sido criado e como se deu o funcionamento do cartel estabelecido entre a Degussa Brasil Ltda. e a Peróxidos do Brasil. Pela colaboração da sociedade empresária ter atingido os resultados específicos de identificação dos demais coautores da infração e de obtenção de informações e documentos que comprovem a infração sob investigação, a Degussa, bem como diversos de seus funcionários,

11 Caso confirmado pelo CADE: “Cartel dos Vigilantes do RS”. PA 08012.001826/2003-10. Para a Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, analisando a Ação Ordinária n.º 2007.71.04.006953-8/RS, que questionava o acordo: “Repise-se que a apuração da infração se deu através de elementos *colhidos em acordo de leniência*, [...] mediante um suficiente conjunto probatório colhido no devido processo legal que, sob um manto de legitimidade, possibilitou a conclusão do CADE sobre o conluio empresarial criado para aniquilar ou prejudicar a livre concorrência no mercado sulino de vigilância, [...]”

fizeram jus aos benefícios previstos nos artigos 35-B da Lei 8.884/94. Esse foi o entendimento final do Plenário do CADE:

Decisão: [...] Foi declarado, à unanimidade, o cumprimento do acordo de leniência celebrado no âmbito da investigação com a concessão dos benefícios previstos nos artigos 35-B, §4º, inciso I e 35-C, Parágrafo Único, ambos da Lei nº 8.884/94, em especial a extinção da ação punitiva da administração pública em favor dos representados Degussa Aktiengesellschaft, Degussa Brasil Ltda., e Srs. Weber Ferreira Porto, Marcelo Ronald Schaalmann, Roberto de Barcellar Blanco, Sidnei Inácio Cestari, Werner Karl Ross, Hans Willmann, Wilfried Eul e Karl-Erhard Müller [...]

Como se pode observar, a composição produto da leniência não só eximiu os partícipes do ilícito de qualquer penalidade, como também auxiliou a administração na colheita de provas para elucidação dos cartéis.

1.2 O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

O Termo de Compromisso de Cessação pode ser visto como mais um instrumento de efetivação da tutela de direitos coletivos, prescindindo do processo judicial. Isabel Vaz defende que a tentativa de celebração de TCC's se trata de "*uma missão de cunho positivo e eminentemente ativo, onde mais do que reprimir, o Estado se propõe a orientar, persuadir e convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica*"¹².

Também Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues asseveram que:

O compromisso de cessão de prática é um meio alternativo de solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais em risco diante de determinadas práticas supostamente anticoncorrenciais [...]

Nesse sentido, se houver condições para a celebração do compromisso, privilegia-se essa forma de composição do conflito. É importante que os órgãos públicos tentem de forma exaustiva firmar o compromisso quando são viáveis, todavia, não há um direito do particular à celebração do TCC.¹³

12 VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 273.

13 DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 266-267.

Cumprindo função semelhante ao TCC, o Termo de Ajustamento de Conduta (Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 8.078/90) é bem festejado inclusive pela jurisprudência, que reconhece a importância das composições extrajudiciais como forma de desafogamento do Judiciário:

TRF 2ª Reg.

Apelação Cível 371439, 8ª Turma

Rel. Min. POUL ERIK DYRLUND, em 29.08.2006.

DANO AMBIENTAL – DEMOLIÇÃO DE OBRA CLANDESTINA - ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL – REFLORESTAMENTO – TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA SEM ANUÊNCIA DO IBAMA – LEI 7.347/85 – HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL.

[..]

2 - Movido pelo interesse de salvaguardar o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Ministério Público Federal celebrou um Termo de Ajuste de Conduta com o réu, o qual fora devidamente homologado pelo juízo a quo. [...]

6 - Sendo o TAC uma manifestação convergente de vontades para assegurar a saúde do meio ambiente, verifica-se que os requisitos para sua validade foram preenchidos in casu, quais sejam, manifestação volitiva do MPF e do causador do dano dirigidas a estabelecer ações ou omissões que assegurem a preservação ambiental. Com efeito, restou provado que apesar do réu ter construído em área de preservação ambiental, o mesmo se submeteu prestativamente ao projeto de reflorestamento, comprometeu-se a não construir perto dos cursos d'água e angariou melhorias ecológicas ao local, conforme o depoimento do engenheiro florestal do IBAMA colhido em audiência. Por outro lado, como bem salienta o MPF, em suas contra-razões, o acordo celebrado possui objeto mais amplo do que o veiculado na inicial. 7 - *Por todas essas razões, conclui-se que com o TAC foi assegurada a solução mais positiva para o meio-ambiente, além de desafogar o Poder Judiciário.* Por certo, não se alcançaria melhor resposta com a demolição da casa já construída, ao revés, os fatos provam que o apelado foi bastante eficaz na submissão aos termos do

acordo corroborando com a defesa pelo direito constitucionalmente garantido. 8 – Recurso conhecido e desprovido.

STJ

Recurso Especial nº 802.060 - RS (2005/0201062-8)

Relator : Min. Luiz Fux

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. INQUÉRITO CIVIL. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. ART. 5º, § 6º, DA LEI 7.347/85. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. COAÇÃO MORAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE COBRANÇA. MULTA MORATÓRIA. HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO PELO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 9º, §§ 2º E 3º DA LEI 7347/85

[...]

Sob esse enfoque a abalizada doutrina sobre o tema assenta: "[...] Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. *Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente.* (RODRIGUES, Geisa de Assis, Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 198).

[...] adverte a doutrina, verbis: "[...] Para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. *Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial.* (FARIAS, Talden, Termo de Ajustamento e Conduta e acesso à Justiça, in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v.LII, p.121).

O TCC é tem duas premissas fundamentais para ser acatado: (i) a legalidade da proposta e (ii) a conveniência e oportunidade da aceitação da proposta.

Para que seja possível aliam-se os interesses gerais da Administração Pública com aqueles específicos do processo administrativo em questão, bem como se atingir um ponto ótimo entre as finalidades do TCC e o interesse das partes requerentes, a Lei 12.529/11, secundada pelo RICADE, estabeleceram mecanismos e regras direcionados a um melhor aproveitamento dos benefícios do TCC em cotejo com o contexto global da política de combate e repressão de condutas anticompetitivas:

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

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

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

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

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

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

§ 3º (VETADO).

§ 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

§ 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§ 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§ 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.

§ 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

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

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

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

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

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

Tratando de TCC, deve-se ter em conta que a política de defesa da concorrência possui efetivamente caráter dissuasório para a obtenção de um ambiente concorrencial mais saudável, devendo-se procurar, para tanto, não somente punir agentes econômicos, mas também sinalizar ao mercado as melhores práticas a serem adotadas por ele.

A legitimidade para requerer a celebração de TCC não se confunde com direito à celebração. Ao revés, o que é garantido é o direito de propô-lo ao CADE que, analisando todas as circunstâncias e a conveniência administrativa poderá celebrar o TCCP.

A redação do dispositivo legal é clara: trata-se de uma faculdade do CADE, como muito bem expressa a prescrição legal: “poderá ser celebrado pelo CADE”.

Não se cuida aqui, é certo, de direito líquido e certo do investigado, mas sim de algo que depende da coincidência de interesses: a privada (do investigado) e do interesse de toda a coletividade (representado na atuação do CADE¹⁴).

É justamente atuando em defesa dos interesses de toda a coletividade que, ao CADE, foi determinado o dever de analisar o momento, a gravidade da infração que está sendo apurada, a eficiência da celebração do TCC em face da decisão final, o estágio em que se encontra a instrução processual, em suma, sopesar os benefícios, as vantagens de firmar um acordo em face dos danos já perpetrados a toda coletividade pela conduta do agente do mercado.

Ressalte-se que o CADE, enquanto gestor dos interesses difusos da coletividade, tem a sua atuação vinculada inevitavelmente aos referidos interesses, podendo, assim, serem coincidentes com o interesse individual do agente em celebrar o acordo ou não

Essa tese foi reconhecida pelo Poder Judiciário no julgamento do Mandado de Segurança 2007.34.00.009575-8, impetrado pela Associação Brasileira de Exportadores de Cítricos – ABECITRUS contra despacho do Plenário do CADE que rejeitou o pedido de celebração de acordo para suspender o Processo Administrativo nº 08012.008372/1999-14, o qual visava a celebração de termo de ajustamento de conduta – TAC entre CADE, SDE e as indústrias processadoras de laranja e o conseqüente encerramento de investigação de formação de cartel pelas mesmas:

14 Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. *A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.*

Mandado de Segurança nº N° 2007.34.00.009575-8/DF ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EXPORTADORES DE CÍTRICOS ABECITRUS [...] No caso, não há necessidade de defesa prévia ao exame do pedido de celebração do compromisso de cessação, pois seu eventual indeferimento não se configura condenação ou pena impostas às representadas, mas sim liberalidade do CADE, não sendo caso de incidência do art. 5º, LV, da Constituição Federal neste exato momento do processo administrativo.

O Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, em julgamento de proposta de TCC, trouxe aspectos importantes que devem ser cotejados na celebração do Termo:

Por parte da representada, os direitos renunciáveis, que assumem a forma de obrigações de não fazer, bem como os demais tipos de obrigações passíveis de estipulação, podem assumir diversas formas. Há conteúdos de previsão obrigatória, e outros que dependem do acordo entre as partes. As estipulações cuja previsão é obrigatória são: (i) obrigação de cessar a prática delituosa; (ii) fixação de um valor a título de multa pelo não cumprimento do acordo, dentre outras sanções possíveis; (iii) obrigação de recolher uma contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos (“FDD”), em valor a ser fixado pelo CADE. Exemplos de estipulações cuja previsão é facultativa, pendente de negociação são: (i) obrigação de implementar um programa de prevenção à infrações a ordem econômica (programa de compliance); (ii) renúncia ao direito de não produzir prova contra si mesmo, que assume a forma de obrigação de colaborar com as investigações em curso no SBDC; (iii) renúncia ao direito de se declarar inocente, que assume a forma de reconhecimento de culpa, possuindo implicações relevantes na credibilidade do compromisso de interrupção do litígio; (iv) renúncia a direitos processuais, tais como o de continuar litigando, tanto dentro do processo administrativo em questão, como em eventuais processos judiciais decorrentes.

Como se observa, é primordial obter do agente a cessação da prática. A contribuição pecuniária, quando tal contribuição não for um requisito de legalidade do acordo, deve ser encarada como um elemento de conveniência e utilidade. Outro aspecto importante é a ponderação entre o custo de um processo administrativo e a possibilidade de se chegar a uma solução negociada satisfatória para ambas as partes.

São vários os exemplos de TCCs celebrados com sucesso, os quais demonstram o êxito do instrumento para atribuir efetividade/celeridade na política de defesa da concorrência.

Em relação a TCC's em processos de investigação de cartéis nos quais inexistia leniência anterior, são exemplos aqueles realizados com a JBS S.A. (PA n. 08012.002493/20058-16), com a Lafarge Brasil S.A (PA n. 08012.011142/2006-79) e com a Alcan Embalagens Ltda. (PA n. 08012.004674/2006-50). Nesses TCCs, previu-se basicamente o recolhimento de contribuições pecuniárias por parte dos compromissários, além de estabelecer a obrigação de cessação da conduta investigada aos respectivos processos administrativos.

O CADE também já celebrou TCC's em processos nos quais já havia uma leniência anterior, como três realizados no âmbito do PA 08012.010932/2007-18 (Mangueiras Marítimas). Nestes acordos, as proponentes, além de reconhecerem sua participação no ilícito, comprometeram-se a cooperar com a investigação de forma bastante ampla, obrigando-se a colaborar na análise e interpretação de evidências e a fornecer documentos referentes à conduta investigada. Para a fixação da contribuição pecuniária, utilizou-se um método de escalonamento, mais benéfico aos proponentes conforme a sua ordem de chegada, de forma a tornar mais atraente o compromisso aos investigados que primeiro se dispuseram a reconhecer sua culpa e colaborar com as investigações.

É válido mencionar também os TCC's celebrados no decorrer de processos administrativos que investigavam potenciais prejuízos à livre concorrência gerados por condutas unilaterais de sociedades empresárias. A título exemplificativo, em 4 de julho de 2012, foi firmado um TCC entre o CADE e a Souza Cruz S.A, no bojo do Processo Administrativo nº. 08012.003921/2005-10.

De acordo com tal termo de compromisso, a sociedade empresária se obrigou a retirar dos contratos de locação, celebrados com determinados pontos de venda, qualquer cláusula que lhe garantisse exclusividade de merchandising, de exposição e/ou de venda naqueles estabelecimentos. Por meio do TCC, a Souza Cruz também se obrigou a permitir o armazenamento de produtos de empresas concorrentes em seus displays e a não criar qualquer empecilho para que essas possam acoplar display próprio junto à área externa contígua ou adjacente ao display instalado nos pontos de venda. A Souza Cruz se comprometeu, por fim, a recolher uma contribuição pecuniária do Fundo de Direitos Difusos.

Outro TCC com a finalidade de cessação de uma conduta unilateral foi celebrado entre o CADE e a Oi Brasil Telecom S.A. (que anteriormente correspondia à Telemar Norte Leste S.A. e à Brasil Telecom S.A.).

Desde 2005, o SBDC analisava os Processos Administrativos n^{os}. 008012.007199/2011-31, 08012.004551/2005-38, que investigavam supostas práticas discriminatórias e predatórias da Oi nos mercados de conexão ADSL à rede internet e de provimento de acesso banda larga à internet na Região I do Plano Geral de Outorgas – PGO.

Além disso, no Processo Administrativo n^o. 08012.004552/2005-82, averiguava-se a conduta da Oi de direcionamento de vendas em favor dos provedores de acesso à internet integrantes do seu grupo econômico, após contratação de sua infraestrutura. Também a essa sociedade empresária era atribuída a prática de discriminação empreendida pelo seu *call center* e o cancelamento da prestação do serviço de infraestrutura para clientes de provedores de acesso não aderentes ao seu plano Provedor Preço Zero.

Dessa forma, em 25 de abril de 2012, foi celebrado TCC que prevê o tratamento isonômico por parte da Oi aos provedores que aderirem ou não a seu Plano, além de contribuição pecuniária e outras obrigações acessórias. Por fim, os três processos administrativos referidos ficarão suspensos enquanto estiver sendo cumprido o acordo, que vigorará até o fim de 2015, e serão arquivados, caso atendidas as condições estabelecidas.

Como se observa, o TCC é importante instrumento de composição que tem atingido diversas investigações de conduta, trazendo para o mercado soluções instantâneas de colaboração com autoridade na instrução dos processos e correção de prática investigadas como conduta.

1.3 O ACORDO PARA APROVAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Em atos de concentração, não raras vezes a decisão procura contemplar a proteção do interesse da coletividade ante as informações já colacionadas, sem atribuir medidas estruturais e/ou comportamentais que possam superar as exigências de solução do caso concreto.

O art. 92 da Lei 12.529/11 trouxe dispositivo específico sobre a formulação de acordos, mas mereceu ser vetado ante as restrições contidas no dispositivo. Como bem lançadas as razões de veto: “Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”.

Por outro lado, o Regimento Interno da Autarquia bem disciplinou o acordo em concentrações:

Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação.

§1º O ACC será autuado em apartado e apensado ao processo administrativo para análise de ato de concentração econômica.

§2º As propostas de ACC serão submetidas à aprovação pelo Tribunal.

§3º O ACC negociado na Superintendência-Geral deverá ser encaminhado ao Tribunal, para homologação, juntamente com a impugnação do referido ato de concentração.

§4º Em caso de falta de informações suficientes nos autos, para a análise da adequabilidade da proposta, ou em seu juízo de conveniência e oportunidade, o Cade poderá rejeitar o ACC.

§5º Na elaboração, negociação e celebração do ACC, a Superintendência-Geral e o Conselheiro-Relator poderão solicitar a assistência de quaisquer órgãos que compõem o Cade.

§6º O Cade, a seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas da(s) compromissária(s).

§7º Aprovada a versão final do ACC pelo Plenário do Tribunal, será a compromissária intimada a comparecer ao Tribunal do Cade, perante o Presidente, para proceder à sua assinatura.

§8º O ACC será assinado em uma via original destinada a cada compromissária e outra para os autos.

§9º No prazo de 5 (cinco) dias de sua celebração, versão pública do ACC será disponibilizada no sítio do Cade (www.cade.gov.br) durante o período de sua vigência.

§10. Anotar-se-á na capa do processo administrativo para análise de ato de concentração econômica a existência de ACC

São vários os exemplos de soluções de consenso, aproveitando os aspectos positivos da concentração, agindo o Cade para proteger o mercado. atos de concentração.

O caso Sadia/Perdigão (AC 08012.004423/2009-18) é exemplificativo disso. O CADE e empresas chegaram a um acordo para aprovar a operação, pois o CADE vislumbrou que era necessário intervir na estrutura e no comportamento dos agentes envolvidos, pois se verificou um conjunto de indústrias com elevada concentração e barreiras à entrada, limitada rivalidade efetiva decorrente, em parte, da presença de concorrentes com fragilidades em várias dimensões. Houve também a alienação para terceiro de capacidade em processamento e suprimento próprio de carnes *in natura* e alienação e retirada temporária de ativos tangíveis e intangíveis pertencentes a BRF.

As determinações permitiram a imediata instalação de ambiente mais competitivo no mercado, sem perder as sinergias da criação da BRF, produto da operação Sadia/Perdigão

Nos Atos de Concentração n^{os}. 0812.002018/2010-07 e n^o. 08012.002259/2012, o grupo Votorantim, em fevereiro de 2010, por meio da Votorantim Cimentos S.A. (“Votorantim”), realizou duas operações pelas quais adquiriu de 21,2% na Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. No entanto, na visão do CADE, a participação minoritária entre concorrentes no mercado de cimento e concreto é sensível problema concorrencial. A assinatura do Termo de Compromisso de Desempenho que determinou o desfazimento das aquisições permitiu ao Plenário Tribunal Administrativo, em sua 1^a sessão ordinária, aprovar os Atos de Concentração n^{os}. 0812.002018/2010-07 e no. 08012.002259/2012, relativos a aquisição de ações ordinárias representativas de 32% do capital volante e total da Cimpor pela InterCement.

Nesse caso, era de interesse comum, para fazer face às preocupações concorrenciais protegidas no TCD, que fossem encontradas soluções que promovessem descruzamentos societários entre concorrentes, incluindo a rápida e completa desvinculação de Votorantim, sob todos os ângulos, dos ativos e operações atualmente detidos pela Cimpor. Assim, a Compromissária Cimpor poderia adquirir as participações detidas pelo grupo Votorantim em tais sociedades ou alienar suas participações para o Grupo Votorantim ou para terceiros, sem vínculo direto ou indireto com a alienante, enfatizando-se a vedação de não influência e/ou participação da Votorantim em toda e qualquer decisão e/ou ação atinentes a Cimpor do Brasil.

Em atos de concentração, como visto, a celebração de acordos tem o potencial de não só de “aproveitar” a operação nos seus efeitos positivos, na visão das próprias empresas, mas também antecipar as

correções essenciais na visão do Cade, evitando na medida do possível a instabilidade do mercado em razão da judicialização ou cumprimento tardio da decisão do Cade

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade da política de defesa da concorrência exige a atuação célere e efetiva da autoridade antitruste. Abreviar a duração dos processos e quebrar a assimetria das informações sobre os casos auxilia nessa missão.

As composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência têm apresentado resultados positivos e contado cada vez mais com a aderência dos agentes econômicos.

Se toda decisão proferida pelo CADE é passível de devolução ao Judiciário, guardião absoluto dos direitos e garantias constitucionais (art 5º, LV da CF), soluções que resolvam os problemas concorrenciais sem a interveniência judicial tendem a contemplar ao mesmo tempo a preservação do dinamismo na atividade econômica que propicia desenvolvimento e inovação e a preocupação do Estado em exercer de forma ideal o seu poder de polícia, preservando o ambiente concorrencial, mantendo-o hígido.

REFERÊNCIAS

BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei nº 8.884/94. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. Edição de 31 de dezembro de 2007 – edição especial: reforma da lei concorrencial brasileira.

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

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei 12.529/2011. Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 273.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 05 jun. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 05 jun. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em 17 set. 2012.



A NOVA LEI DO CADE E A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CIVIL CONTIDA EM SEU ARTIGO 47

*CADE'S NEW LAW AND THE CIVIL INDEMNITY LAW SUIT
INSTITUTED IN ARTICLE 47*

*Marcela Ali Tarif Roque
Procuradora Federal em exercício na Procuradoria-Federal
Especializada junto ao CADE*

SUMÁRIO: 1 Aspectos Gerais sobre o Tema; 2 Da Reparação Civil Tratada na Lei nº 12.529/2011 e a Independência de Instâncias; 3 Legitimidade para ser Autor e Réu na Ação de Indenização da Lei 12.529/2011; 4 Direitos que se busca Tutelar: individuais e individuais homogêneos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho analisa o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, que trata do direito de ação para proteção de interesses individuais ou individuais homogêneos, voltados ao ressarcimento por danos provocados pela prática de infrações contra a ordem econômica, bem como a possibilidade de cessação dessas condutas. Dentre os aspectos estudados se inclui a legitimidade ativa para propositura da demanda e a natureza dos interesses protegidos.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil de Indenização. Defesa da Concorrência. Infração Contra a Ordem Econômica.

ABSTRACT: The present paper analyzes the 47th article of Brazilian Law no. 12.529/2011, which deals with the right of action for the protection of individual interests or homogeneous individual interest, leaning towards compensations for damages caused by violations against the economic order, as well as the possibility of termination of such conducts. Among the aspects approached by this paper, there is the active legitimacy to pursue the demand and the nature of the interests protected .

KEYWORDS: Indemnity law suit. Competition defense. Violation against the economic order.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O TEMA

Com o presente artigo pretende-se realizar a análise do artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, que reproduz integralmente a redação do artigo 29 da revogada Lei nº 8.884/1994, ao tratar da possibilidade de responsabilização civil decorrente da prática de condutas que constituam infração contra a ordem econômica. Segue redação da norma a ser estudada:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

O artigo acima reproduzido prestigia o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser excluído da apreciação do Poder Judiciário. E não poderia ser diferente, na medida em que se trata de dispositivo constitucional absoluto, sem espaço para exceções ou condicionamentos, salvo hipóteses inseridas de forma expressa no próprio texto constitucional.

De acordo com Fredie Didier Jr.¹, a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário reflete uma conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o poder público o monopólio da jurisdição, de modo que o Estado passou a ter o dever de prestar jurisdição, independentemente da procedência do pedido.

Por essa razão, a tutela jurisdicional deve ser concedida pelo Estado a todos que dela se socorrerem, tenham eles ou não razão.

Nesse sentido é que a norma do artigo 47 reafirma a regra constitucional que afasta a necessidade de esgotamento da via administrativa para que se obtenha guarida jurisdicional. Assim, o prejudicado poderá valer-se do Poder Judiciário independentemente da existência ou encerramento de processo administrativo que trate dos mesmos fatos apresentados em juízo.

1 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 9. ed. Jus Podium, p. 86.

É bom que se esclareça, desde logo, que a pretensão de que trata o artigo 47 refere-se a direito do prejudicado em face do sujeito que pratica atos de infração contra a ordem econômica, e não contra a entidade administrativa responsável pela análise dos aspectos concorrenciais decorrentes dessa conduta.

Por outro lado, ao disciplinar que a ação de indenização independe do inquérito ou processo administrativo, e que esses não serão suspensos em virtude de seu ajuizamento, a norma deixa claro que as instâncias civil e administrativa são absolutamente independentes.

Por isso, em caso de propositura de ação de responsabilidade civil resultante de prejuízos causados por ato de infração contra a ordem econômica, não é obrigatória a manifestação do CADE ou de qualquer órgão administrativo sobre o pedido do requerente, tampouco existe qualquer relação de prejudicialidade entre os processos administrativo e judicial.

2 DA REPARAÇÃO CIVIL TRATADA NA LEI Nº 12.529/2011 E A INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS

Como já destacado, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 trata da possibilidade de qualquer prejudicado ingressar em juízo a fim de obter reparação civil quanto aos danos resultantes das práticas condenadas pela lei concorrencial. Foi mantida a previsão contida no artigo 29 da revogada Lei nº 8.884/1994, no sentido de garantir a independências entre as instâncias administrativa e judicial.

Segue novamente a transcrição da norma em estudo, agora com destaque para os pontos que serão analisados neste tópico.

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, *independentemente do inquérito ou processo administrativo*, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. (grifo nosso)

Embora a alusão sobre a independência entre as esferas judicial e administrativa tenha sido feita na parte final do dispositivo, o tema será desde logo apresentado, uma vez que sua abordagem tem o condão de trazer à luz pontos importantes para a compreensão dos demais aspectos do dispositivo em estudo.

A norma legal garante a possibilidade de que, independentemente do inquérito ou processo administrativo, os prejudicados pelas práticas de infração contra a ordem econômica obtenham a cessação dessas condutas, bem como indenização pelas perdas e danos dela decorrentes.

Referida previsão chancela a regra vigente no direito brasileiro, segundo a qual as instâncias administrativa, cível e penal não se confundem e não se prejudicam, salvo a hipótese relativa ao direito criminal, em que a negativa de autoria ou do próprio fato oferecem implicações às demais esferas.

A despeito da previsão geral inserida no artigo 927 do Código Civil, pela qual já seria possível a responsabilização daqueles que, por ato ilícito, causarem dano a outrem, a lei concorrencial apresentou previsão específica para prejuízos e danos resultantes da prática de infrações contra a ordem econômica. Tal previsão evidencia a intenção do legislador de conferir especial proteção do equilíbrio de mercado interno², na medida em que, além do Estado, a preservação de um ambiente sadio passa a ser fiscalizada também pelos agentes econômicos diretamente relacionados.

O posicionamento adotado por Jayme Vita Roso, ao tratar do artigo 29 da revogada Lei nº 8.884/1994, caminha nesse sentido quando afirma categoricamente que “a pretensão de receber indenização independe do processo na SDE ou no CADE”.³

Assim como ocorre com os fatos cujas implicações são sentidas em esferas diversas, como é o caso de infrações penais cujos efeitos são sentidos nas esferas funcional e civil, a Lei nº 12.529/2011 prestigia o aspecto cível sem prejuízo, evidentemente, da possibilidade de apuração dos aspectos administrativos e criminais pelo CADE e pelo Ministério Público, respectivamente.

Nesse sentido é o teor do artigo 9º, §2º, da Lei nº 12.529/2011, que prevê que o Ministério Público deve ser comunicado das decisões do Tribunal do CADE, para fins de adoção das demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições:

§ 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. (grifo nosso)

2 Entendido aqui na acepção constitucional a ele conferida. O artigo 219 da Constituição Federal estabelece que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

3 ROSO, Jayme Vita. Novos Apontamentos à Lei Antitruste Brasileira. São Paulo: LTr, 1998.

Diante dessa observação, resta evidenciado que a proteção conferida pela atuação do Ministério Público, ao menos na hipótese do artigo 9º, § 2º, não se confunde com a tutela eminentemente civil tratada pelo artigo 47, pois, na primeira hipótese, a atuação do *Parquet* parece relacionar-se com eventual averiguação de prática dos crimes contra a ordem econômica ou, ainda, sobre a possibilidade de ingresso com ação civil pública para defesa de interesses difusos e coletivos.

Entretanto, deve ser esclarecido que, em razão da independência de instâncias, tanto a apreciação judicial resultante da aplicação do artigo 47 (ação reparatória civil) como a proferida em sede de ação civil pública não se confundem com a análise feita pelo CADE, tampouco a substitui ou com ela guarda relação de prejudicialidade.

Sobre o tema, segue transcrição parcial da ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1181643 / RS:

ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM ECONÔMICA. PORTOS. TARIFA DE ARMAZENAGEM. CARGA PÁTIO. COBRANÇA ABUSIVA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. LEI 8.884/1994 E ART. 12 DA LEI 8.630/1993.

1. O Poder Judiciário é competente para examinar Ação Civil Pública visando à proteção da ordem econômica, independentemente de prévia manifestação do CADE - Cade ou de qualquer outro órgão da Administração Pública.

[...]

(REsp 1181643/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 20/05/2011).

A decisão judicial proferida em sede de ação civil pública não se confunde, por sua vez, com ato judicante concorrencial resultante da decisão emanada pelo tribunal do CADE.

Não é por outra razão que, no mesmo Recurso Especial acima mencionado, o Ministro Relator Herman Benjamin sustentou com brilhantismo a inexistência de qualquer *bis in idem* entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, uma vez que possuem escopos diversos e cumuláveis.

A relevância das lições expostas no referido voto justifica a reprodução parcial dos trechos tidos por esclarecedores quanto ao tema:

A recorrente aduz que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência teria competência exclusiva para o exame da matéria. A afirmação está equivocada.

O Cade é autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, competente para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas, e ostenta sua conformação institucional atual desde 1994. É órgão administrativo judicante responsável pela apreciação, em apertada síntese, de processos administrativos e atos de concentração instruídos pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Os três órgãos compõem os pilares que sustentam as políticas de defesa administrativa da livre iniciativa e da livre concorrência no Brasil.

Trata-se de um ramo ainda jovem da Ciência Jurídica. (...) No Brasil, a despeito de o Cade existir desde 1962, foi apenas com a instituição de uma economia de mercado pós-redemocratização e com a edição da Lei 8.884/94 que se erigiu a proteção da concorrência a tema de relevância para as políticas públicas econômicas e sociais.

No âmbito da atividade repressiva, neste primeiro período de consolidação da disciplina e da tutela antitruste no Brasil, concentraram-se esforços no “public enforcement”, ou seja, na tutela da concorrência oferecida por entes públicos, preocupados com a eficiência dos agentes econômicos, com a concorrência como instituição e com a proteção do bem-estar social, sempre conforme a Lei 8.884/1994.

Foram, portanto, pouco menos de duas décadas destinadas à criação de órgãos especializados no exame da matéria e formação de técnicos com expertise em disciplina bastante específica e com ainda pouca disseminação acadêmica.

Esse esforço, bastante louvável, jamais eliminou a possibilidade do ‘public enforcement’ autônomo e independente – realizado por órgãos do Poder Judiciário, por meio de Ações Cíveis Públicas amparadas na Lei 7.347/1985 e Ações Penais fundadas na Lei 8.137/1990, especialmente em casos de cartéis –, tampouco do ‘private enforcement’, pelo qual concorrentes podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência

de condutas anticompetitivas, nos termos da regra geral do art. 927 do CC: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Não haveria qualquer 'bis in idem' entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos civis de sentenças penais, quando aplicáveis. (grifo nosso)

Embora esse aspecto não seja o tema central do presente estudo, convém esclarecer que eventual ação civil pública que verse sobre matéria concorrencial, bem como a decisão judicial dela decorrente, não pode ser confundida com a atribuição judicante conferida ao CADE.

Em razão da independência de instâncias vigente no Brasil, é possível, ainda, a responsabilização civil de uma empresa, sem que dos mesmos fatos seja possível aplicar qualquer pena de natureza criminal. É possível também uma decisão judicial concluir pela improcedência do pedido, enquanto que a análise do CADE culmine com a imposição de sanções ou restrições, e vice versa.

A fim de enriquecer o debate, convém apresentar aqui a peculiaridade das decisões proferidas pelo CADE, uma vez que a essa entidade a lei conferiu natureza judicante, de forma que suas decisões não podem ser identificadas como decisões administrativas ordinárias.

A natureza técnica e a complexidade da matéria que ordinariamente é examinada pelo CADE já foram reconhecidas em voto do Ministro Luiz Fux, quando ainda ocupava vaga do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que acolheu a doutrina de João Bosco Leopoldino da Fonseca, segundo a qual a decisão proferida pelo CADE tem natureza administrativa e também jurisdicional, na medida em que essa Autarquia definida pela legislação como órgão judicante em razão da especialidade e complexidade da matéria sobre a qual se pronuncia. Segue ementa do referido acórdão:

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)

[...]

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

Em reforço ao entendimento exposto na decisão acima, as decisões do Tribunal do CADE são tomadas por órgão colegiado e somente após ampla dilação probatória, com observância ao contraditório e à ampla defesa. O processo administrativo concorrencial é instruído com manifestação fundamentada de órgão técnico, que é constituído por especialistas no ramo, os quais realizam ampla análise econômica e mercadológica.

Em razão disso é que se entende como absolutamente legítima a presunção de legitimidade do ato administrativo no tocante às decisões proferidas pelo Tribunal do CADE. A circunstância descrita se mostra

merecedora da aplicação da doutrina segundo a qual a reapreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário somente pode ser admitida para fins de verificação da legalidade estrita, afastando-se a possibilidade de reapreciação indiscriminada do mérito administrativo.

De todo modo, ainda que se reconheça a possibilidade de decisões conflitantes nas diversas esferas em que uma infração contra a ordem econômica possa produzir efeitos, a decisão do CADE merece ser considerada como forte elemento na formação de convicção dos respectivos julgadores, na medida em que sua manifestação fundamenta-se em atuação complexa de seus órgãos, o que confere primor e legitimidade ao acórdão proferido por seu Plenário.

Por essa mesma razão, a despeito da independência de instâncias confirmada pela literalidade da lei, é importante que a reapreciação judicial das decisões proferidas pelo CADE seja realizada com parcimônia pelo Poder Judiciário.

Como exemplo emblemático dessa realidade, é possível que, diante de uma infração contra a ordem econômica, o CADE imponha condenação concorrencial ao ofensor, ao passo que, quando da análise judicial no bojo de ação indenizatória do artigo 47, o Poder Judiciário entenda pela improcedência do pedido ao argumento de que a conduta não afronta a Lei nº 12.529/2011.

Embora seja questionável a competência técnica do magistrado para apreciar condutas anticoncorrenciais⁴, essa sistemática colabora para que se faça cumprir o direito antitruste, pois se presume que o risco de responsabilização civil atua como mais um fator de desestímulo para a prática de condutas vedadas pela Lei nº 12.529/2011.

Esses aspectos reforçam a absoluta pertinência da inclusão de responsabilização civil em diploma legal destinado primordialmente à prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Ademais, além do desestímulo à prática de condutas anticompetitivas, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 reforça a preocupação do legislador quanto aos prejuízos resultantes da prática de infração à ordem econômica, que nessa espécie de tutela é voltada para danos individuais ou individuais homogêneos, tema que será abordado mais adiante.

É possível concluir, ainda, que a ilicitude conferida às práticas vedadas pela lei anticoncorrencial impõe aos agentes econômicos verdadeira obrigação de não fazer, motivo pelo qual é possível e recomendável a cominação de multa pelo descumprimento da decisão

⁴ Tema que ganha contornos ainda mais significativos quando se trata da judicialização de decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pois incide na famigerada questão relativa legitimidade da apreciação judicial quanto ao mérito administrativo.

judicial que reconhecer sua ilicitude, sem prejuízo da indenização resultante das perdas e danos resultantes da prática da infração, tutela que se insere no cerne da norma inserta no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011. Possível, portanto, a aplicação do artigo 461, *caput* e seus parágrafos, do Código de Processo Civil.

Como visto, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 tem por objetivo a proteção de bem jurídico de natureza civil, que não se confunde com ato judicante a ser praticado pelo CADE.

Vê-se que a Lei 12.529/2011 não se limitou a inserir no ordenamento jurídico normas de cunho exclusivamente administrativo e concorrencial, decorrentes do poder conferido ao CADE. Pelo contrário, além das normas de direito antitruste e concorrencial, há normas de caráter civil, penal, processual civil, conforme abaixo se demonstra:

Natureza da norma	Dispositivo na lei 12.529/2011
Administrativa	artigos 31 e seguintes, entre outros
Penal	artigo 116
Processual Civil	artigo 93 e seguintes
Processual penal	artigo 87

Essa constatação é reforçada pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no Recurso Especial nº 1.181.643 – RS. O voto do relator é extremamente elucidativo quanto à questão ao indicar que a tutela da concorrência oferecida por entes públicos preocupados com a eficiência dos agentes econômicos, tal qual o CADE, não é apta a anular a possibilidade de tutela pelo Poder Judiciário por meio de Ações Cíveis Públicas e Ações Penais, bem como por ações individuais manejadas pelos concorrentes, que podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência de condutas anticompetitivas, nos termos da regra geral do artigo 927 do Código Civil.

Entretanto, é bom que se esclareça que, ainda que aprecie casos que tenham mesmos elementos de fato, cada uma dessas esferas realiza a proteção ao bem jurídico por meio de instrumentos diversos.

Tanto é assim que o artigo 47, em sua parte final, é claro ao dispor que a demanda judicial nele tratada não depende do inquérito ou processo administrativo, tampouco implica em sua suspensão.

Logo, a apreciação judicial realizada por força do artigo 47 não se confunde com a análise feita pelo CADE, tampouco a substitui ou com ela guarda relação de prejudicialidade. Pelo contrário, como já abordado neste trabalho, é possível que a ação judicial fundada no artigo 47 resulte

em decisão de improcedência do pedido, enquanto que a análise do CADE imponha sanções, ou vice e versa. Do mesmo modo, é possível a ocorrência de responsabilização civil da empresa sem que dos mesmos fatos seja possível aplicar qualquer pena de natureza criminal. Em razão da independência de instâncias, é possível vislumbrar a ocorrência de qualquer dessas combinações.

3 LEGITIMIDADE PARA SER AUTOR E RÉU NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DA LEI 12.529/2011

Para estudo do tema relativo à legitimidade ativa e passiva para propositura de demanda civil, segue novamente a reprodução do artigo, com destaque para as expressões relevantes para a questão:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Inicialmente, registre-se que o artigo 3º do Código de Processo Civil é categórico ao dispor que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Legitimidade para agir é a pertinência subjetiva da ação, conforme notável definição doutrinária de Araken de Assis⁵. Nessa esteira, embora a legitimidade de parte não seja necessária para a propositura da demanda, em razão do direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional, ela é indispensável para a obtenção de pronunciamento de mérito.

De acordo com a Lei nº 10.529/2011, os prejudicados pelas infrações contra a ordem econômica podem, por si ou pelos legitimados indicados no artigo 82 da Lei nº 8.078/1990⁶, ingressar em juízo para defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos.

5 ASSIS, Araken de. Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n.09, 2003, *Apud* – Fredie Didier Jr. P. 177.

6 Lei nº. 8.078/1990 - Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
I - o Ministério Público,
II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

Por essa razão é que se conclui que a reparação civil tratada no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 confere proteção exclusivamente aos interesses individuais⁷, cuja tutela pode ser obtida diretamente pelos indivíduos ofendidos ou, ainda, pelos legitimados extraordinários de que trata o artigo 82 da Lei nº 8.078/1990, mediante substituição processual, em razão da expressa previsão legal.

A legitimidade ativa ordinária pertence, portanto, aos indivíduos de alguma forma prejudicados pelas infrações condenadas pela Lei nº 12.529/2011, prejuízo esse que deverá ser demonstrado em dilação probatória.

Quanto à legitimização extraordinária, a literalidade de norma é clara ao atribuir aos legitimados relacionados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor a possibilidade de ingresso com ação de indenização civil contra autores de infração contra a ordem econômica.

A correta interpretação do artigo 47, portanto, é no sentido de que a tutela individual somente pode ser obtida mediante legitimização ativa ordinária, ou seja, o prejudicado por si deve ingressar em juízo para satisfação de seu direito. A atuação dos legitimados indicados no artigo 82 da Lei 8.078/1990, a saber, legitimização extraordinária, somente se justifica caso se pretenda ingressar com tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, motivo pelo qual, por óbvio, esses legitimados não podem ingressar com ação indenizatória em defesa de interesses de um determinado indivíduo.

Embora essa conclusão pareça óbvia, a redação legal cuidou de realizar expressamente essa diferenciação, pois poderiam remanescer dúvidas quanto a sua correta interpretação.

Sob o prisma da legitimidade passiva, inicialmente, é importante registrar que a responsabilidade pelo pagamento da indenização foi atribuída pela lei àquele que praticou a infração a ordem econômica, pois o dispositivo legal realiza inequívoca vinculação entre a necessidade de cessação das práticas perpetradas pelo sujeito infrator e as perdas e danos dela advindas.

Portanto, a legitimidade passiva para figurar como réu na ação de indenização é exclusivamente da empresa ou indivíduo que praticou infração contra a ordem econômica.

Importante ressaltar que a artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 trata exclusivamente da responsabilidade pela prática de infrações contra a

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

7 Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais cuja tutela é realizada de forma coletiva.

ordem econômica, motivo pelo qual não há que se falar em pretensão de indenização contra qualquer organismo estatal por força desse dispositivo legal. Assim, não é possível a obtenção de indenização, por exemplo, contra o CADE, ao argumento de que sua atuação não foi eficiente e, em decorrência disso, haveria prejuízos resultantes de infrações praticadas por terceiros.

Por fim, convém esclarecer que a ação indenizatória de que trata o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, ainda que manejada pelos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, não se confunde com a ação civil pública que pode ser proposta pelos mesmos legitimados, para proteção de interesses difusos e coletivos *stricto sensu* relacionados com as infrações condenadas pela Lei nº 12.529/2011.

4 DIREITOS QUE SE BUSCA TUTELAR: INDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A questão relativa à natureza dos interesses protegidos pelo artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 guarda relação direta com a legitimidade ativa abordada no tópico anterior.

A fim de compreender a relevância da questão, convém destacar que os direitos coletivos são apresentados pelo artigo 81 da Lei nº 8.078/1990 da seguinte forma:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Além da caracterização acima destacada, a doutrina cuidou de aperfeiçoar a definição legal. Em apertada síntese, eis que o aprofundamento do tema refoge ao cerne da questão em análise, adota-se a seguinte acepção de interesses coletivos⁸:

a) *Difusos*: transindividualidade real ou essencial ampla, indeterminação de sujeitos, indivisibilidade ampla, indisponibilidade e vínculo meramente de fato a unir os sujeitos;

b) *Coletivos 'stricto sensu'*: transindividualidade real ou essencial restrita, determinabilidade dos sujeitos, divisibilidade externa e indivisibilidade interna, disponibilidade coletiva combinada com indisponibilidade individual e relação jurídica-base a unir os sujeitos;

c) *Individual homogêneo*: transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental, determinabilidade dos sujeitos, divisibilidade, disponibilidade (quando a lei não disponha ao contrário) e núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos.

Ocorre que o artigo 47 da Lei nº 12.529 somente conferiu proteção de natureza reparatória civil aos interesses individuais e individuais homogêneos. Disso se conclui que os interesses pertencentes a um número indeterminado de indivíduos, a saber, interesses coletivos *stricto sensu* e difusos, não foram albergados pela norma em estudo.

Em verdade, sequer haveria como compatibilizar a pretensão indenizatória de natureza civil, que exige individuação para fins de demonstração de prejuízo efetivo ou iminente, com a tutela de interesses coletivos⁹, cuja característica principal é a transindividualidade e indivisibilidade, os quais se caracterizam pela suplantação da órbita individual de interesse do sujeito prejudicado¹⁰.

Apenas a fim de enriquecer o debate, merece registro o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover sobre a temporária indivisibilidade dos interesses individuais homogêneos¹¹. Sustenta a referida autora que, em ações coletivas para defesa dos interesses individuais homogêneos, a pretensão processual do autor coletivo é condenatória, motivo pelo qual se reveste da dessa mesma natureza a

8 LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. Livraria Del Rey: Editora e Livraria Jurídica.

9 Aqui entendidos em caráter *lato sensu*.

10 Nesse sentido ensina Pedro Lenza em *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. Ed. RT. Pág. 68.

11 GRINOVER, A. P. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. p. 813 – comentários ao art. 95 do CDC e regras.

sentença que acolher o pedido. Em decorrência disso, o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor teria o condão de impor ao sucumbente uma condenação genérica, de modo que, declarada a responsabilidade civil do réu e a obrigação de indenizar, a respectiva condenação versaria sobre o ressarcimento dos danos causados, e não dos prejuízos sofridos.

Esse entendimento conduziria à conclusão de que, antes das liquidações e execuções individuais, o bem jurídico tutelado ainda seria tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência.

Sem pretender esgotar o assunto, a solução acima parece adequada, na medida em que desvincula a atuação do Ministério Público, e demais legitimados¹², da necessidade de realizar prévio juízo de individualização dos interesses. Pelo contrário, seria possível obter decisão judicial condenatória independentemente de individualização de interesse ou prejuízo, o que seria efetivado por ocasião da liquidação de sentença.

Até aqui se tratou da individualização do dano ou prejuízo. Todavia, o mesmo entendimento se aplica quanto à pretensão de cessação de práticas de infração contra a ordem econômica¹³, em que também há necessidade de individualização do ofendido, por expressa previsão legal. Essa orientação parece guardar coerência com o âmbito de proteção conferido pela norma, ou seja, proteção a interesses individuais ou individuais homogêneos, cuja peculiaridade principal refere-se a possibilidade de sua particularização.

Além disso, a individualização do interesse para obtenção da cessação da conduta com base no artigo 47 é indispensável para que seja possível diferenciar a tutela civil da tutela coletiva.

Portanto, sem prejuízo da cessação das condutas por força da ação civil tratada no artigo 47, as infrações contra a ordem econômica também podem ser interrompidas tanto pela atuação do CADE como pela propositura de ação coletiva pelos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Neste último caso, para proteção de interesses coletivos em sentido estrito. Além disso, não se pode ignorar que algumas condutas foram revestidas da natureza de ilícito penal, de forma que sua cessação pode decorrer diretamente de persecução criminal.

12 Quando do ingresso da ação indenizatória para proteção de direitos individuais homogêneos somente.

13 Lei nº 12.529/2011 - Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. (grifo nosso)

De todo modo, o processo administrativo que tramita no CADE e a ação coletiva são instrumentos que revelam mecanismos de proteção ao interesse público e a direitos coletivos, motivo pelo qual se reforça a constatação de que a cessação de condutas prevista no artigo 47 de Lei nº 12.529/2011 deve ser precedida de individualização do interesse do requerente, de modo a ficar comprovado nos autos da respectiva ação de reparação civil a real e efetiva necessidade de cessação da conduta impugnada, sob pena de indeferimento do pedido.

5 CONCLUSÃO

Em conclusão a tudo o que foi dito, entende-se que a previsão de ação para reparação civil inserida no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 se volta precipuamente à promoção da recomposição financeira do sujeito prejudicado, bem como ao reforço do arcabouço de mecanismos destinados a coibição de condutas de infração da ordem econômica.

Nesse sentido, são absolutamente pertinentes as considerações feitas por Gisela Ferreira Mation¹⁴, em monografia na qual demonstra essa verificação. Segue reprodução de trecho em que alguns aspectos relevantes sobre o tema são apresentados:

Além de possibilitar a reparação de danos causados por condutas anticompetitivas e fazer cessar a conduta, as referidas ações judiciais podem ser importante fator de dissuasão, já que aumentam as consequências financeiras negativas impostas a um agente infrator. O pagamento de indenização em ações civis pode representar uma parcela significativa da “sanção total” imposta a um agente infrator. Por exemplo, de acordo com pesquisa realizada por Connor e Helmers analisando cartéis internacionais processados em diversas jurisdições no mundo entre 1990 e 2005, 38% das consequências econômicas impostas a participantes de cartéis internacionais foi proveniente de ações privadas. Com as ações judiciais de perdas e danos causados por práticas anticompetitivas o custo de oportunidade de praticar uma conduta muda; é mais vantajoso praticar uma

14 MATION, Gisela Ferreira. Monografia intitulada: As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticorrecionais no Brasil. III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica. p. 8. 2008. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/2L/MONOGRRAFIA.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2012.

conduta anticoncorrencial se não houver risco de pagamento de indenização, além do pagamento da multa administrativa. Estas ações civis podem, portanto, aumentar o cumprimento do direito antitruste.

Nesse mesmo trabalho acadêmico foi destacado um segundo efeito positivo da inserção da responsabilização civil no âmbito concorrencial. Trata-se da possibilidade de obter a descentralização de aplicação da lei antitruste como forma de desestimular e fazer cessar a prática de condutas ofensivas à concorrência. Desse modo, a fim de coibir as consequências de determinada conduta anticoncorrencial, um particular poderia oferecer ao CADE representação contra o ato abusivo, sem prejuízo da propositura de ação judicial voltada para a cessação das práticas ilícitas e respectiva reparação civil.

Além disso, os aspectos apresentados no presente artigo revelam a possibilidade de coexistência entre processos de naturezas diversas voltados à apreciação dos mesmos fatos, consistentes nas mesmas infrações contra a ordem econômica.

Em razão disso, a cada uma das autoridades competentes é dada a possibilidade de apreciar a questão sob o ponto de vista específico, não havendo que se falar em *bis in idem*.

Embora não se negue o risco de resultados conflitantes, trata-se do modelo adotado pelo legislador brasileiro, voltado para apreciação individualizada dos fatos com vistas a circunstâncias diferenciadas, de modo que as consequências resultantes dessa apreciação podem apontar para resultados diversos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 9, 2003.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. volume 1. 9. ed. Jus Podium.

LENZA, Pedro . *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. Livraria Del Rey e Livraria Jurídica.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, A. P. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed.

MATION, Gisela Ferreira. Monografia intitulada: *As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticorrecionais no Brasil*. III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica. Página 8. 2008. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/2L/MONOGRAFIA.pdf>.

ROSO, Jayme Vita. *Novos Apontamentos à Lei Antitruste Brasileira*. São Paulo: LTr.1998.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



DOPROCESSOADMINISTRATIVONOCONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

THE ADMINISTRATIVE PROCESS FOR THE MERGER REGULATION

Roberto Inácio de Moraes

*Procurador Federal em exercício junto à Procuradoria Federal
Especializada junto ao CADE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Processo Administrativo na Superintendência-Geral; 2 Do Processo Administrativo de Concentração Econômica no Tribunal; 3 Do Recurso Contra Decisão de Aprovação de Ato pela Superintendência-Geral; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho trata, de forma simplificada, do processo administrativo no controle de concentrações econômicas, fazendo uma abordagem prática do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Atos de Concentração. Processo Administrativo. Superintendência-Geral. Tribunal.

ABSTRACT: The Administrative Process for the Merger regulation
Abstract: This paper has a simplified approach of the administrative process for the regulation of economic concentrations, by adopting a practical approach.

KEYWORDS: Mergers. Administrative Process. General Superintendence. Tribunal.

INTRODUÇÃO

A Lei n 12.529/2011, ao tratar do Processo Administrativo no controle de atos de concentração econômica no Capítulo II, como não poderia ser diferente, disciplinou o procedimento tanto na Superintendência-Geral (Seção I), como no Tribunal (Seção II), além de, na Seção III, estatuir o trâmite do Recurso contra Decisão de Aprovação do AC pela Superintendência-Geral¹.

Esta diagramação certamente foi utilizada em razão da nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), e será seguida no presente artigo com intuito de melhor explicitar o processo administrativo de controle de concentrações de que trata a novel Lei Antitruste.

1 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL

O controle de concentrações econômicas, a partir de agora, será prévio, o que significa dizer que o interessado, ou interessados, deverão, antes da operação, protocolar junto ao CADE pedido de aprovação de ato de concentração, devidamente acompanhado com informações e documentos, estes definidos em resolução da Autarquia Antitruste (*RESOLUÇÃO Nº 2, DE 29 DE MAIO DE 2012*), juntamente com o comprovante de recolhimento da taxa processual².

A Resolução retro mencionada regulamenta os seguintes assuntos: o pedido de aprovação de Ato de Concentração (Seção I); o procedimento sumário (Seção II); a notificação de aquisição de participações societárias (Seção III); o formulário de apresentação de Ato de Concentração não sumário (Anexo I) e o formulário de apresentação de Ato de Concentração sumário (Anexo II).

Estando a petição em desacordo com o *caput* do art. 53 da Lei 12.529/2011, ou apresentado irregularidades ou defeitos que prejudiquem

1 “De forma semelhante à Lei n. 8.884/94, a NLAB prevê duas formas de procedimentos: (a) o procedimento simplificado (art. 54, I), em que a SG receberá a notificação da operação e proferirá decisão terminativa; e (b) o procedimento complexo (art. 54, II), em que a SG determinará a realização de diligências complementares. Nesse caso (procedimento complexo), se a SG concluir pela aprovação da operação sem restrições, poderá fazê-lo diretamente (art. 57, I); contudo, caso conclua pela necessidade de imposição de restrições ou pelo veto da operação, a SG impugnará o caso junto ao Tribunal (art. 57, II), que, após ouvir as partes e realizar (se o caso) instrução complementar, analisará e decidirá a respeito (arts. 58 a 63). (GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.125)

2 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.

o julgamento do mérito da operação, a Superintendência-Geral poderá determinar a emenda da petição, por uma única vez, sob pena de arquivamento³.

Se a petição de comunicação estiver corretamente instruída, ou emendada satisfatoriamente, a Superintendência-Geral publicará edital, fazendo constar a identificação das requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos⁴.

Cumpridas as formalidades iniciais, a Superintendência-Geral tomará, dependendo do caso, as seguintes decisões, a saber: conhecerá diretamente do ato, proferindo desde logo decisão definida em Lei como terminativa, quando a operação dispensar novas diligências ou for considerada de menor potencial ofensivo à concorrência, segundo resolução do CADE (*RESOLUÇÃO N° 2, DE 29 DE MAIO DE 2012*)⁵;

3 § 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.

4 § 2º Após o protocolo da apresentação do ato de concentração, ou de sua emenda, a Superintendência-Geral fará publicar edital, indicando o nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos.

5 Art. 7º A decisão de enquadramento do pedido de aprovação de ato de concentração em Procedimento Sumário é discricionária, e será adotada pelo CADE conforme os critérios de conveniência e oportunidade, com base na experiência adquirida pelos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na análise de atos de concentração e na identificação daqueles que tenham menor potencial ofensivo à concorrência.

Parágrafo único. Os atos em análise com base no Procedimento Sumário serão objeto de decisão simplificada por parte da Superintendência, nos termos do artigo 54, I, da Lei 12.529/2011.

Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:

I - Joint-Ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;

II - Consolidação de controle: as aquisições de participação notificadas nos termos do artigo 11 desta Resolução.

III - Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;

IV - Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;

V - Baixa participação de mercado com integração vertical: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não detinham, comprovadamente, participação superior a 20% nos mercados relevantes verticalmente integrados, antes da operação.

VI - Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada. BRASIL. CADE. Resolução n° 2, de 29 de maio de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <

ou determinará a realização de instrução complementar, indicando as diligências necessárias⁶.

Realizada a instrução complementar, a Superintendência-Geral reconhecerá que foi feita de forma satisfatória, recebendo como apta ao exame do mérito, ou determinará que seja refeita, se concluir pela sua incompletude⁷.

Além da instrução complementar prevista art. 53, inc. II, da Lei 12.259/2012, a Superintendência-Geral poderá, com base no art. 56 do mesmo diploma, determinar outra, desde que o faça por decisão fundamentada na qual haja declaração da complexidade da operação. As diligências devem ser indicadas na decisão do referido órgão, que poderá requerer ao Tribunal a prorrogação do prazo previsto no § 2º do art. 88 da Lei Antitruste⁸.

Concluídas as instruções complementares de que tratam o art. 53, inc. II e o art. 56, a Superintendência-Geral decidirá sobre ato, aprovando-o sem restrições, ou ofertará impugnação ao Tribunal, se entender que seja caso de reprovação, de aprovação com restrição, ou ainda não existirem elementos concludentes sobre os efeitos da operação no mercado⁹.

A impugnação deverá expor as preocupações concorrenciais, bem como os motivos pelos quais se acredita que o ato de concentração não pode ser aprovado ou somente pode ser aprovado com restrições¹⁰.

[http://www.cade.gov.br/upload/Resolução_2_2012_Análise - Atos de Concentração.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolução_2_2012_Análise_-_Atos_de_Concentração.pdf)>. Acesso em: 01 de outubro de 2012. p. 2/3.

- 6 Art. 54. Após cumpridas as providências indicadas no art. 53, a Superintendência-Geral:
I - conhecerá diretamente do pedido, proferindo decisão terminativa, quando o processo dispensar novas diligências ou nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência, assim definidos em resolução do Cade; ou
II - determinará a realização da instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.
- 7 Art. 55. Concluída a instrução complementar determinada na forma do inciso II do caput do art. 54 desta Lei, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se sobre seu satisfatório cumprimento, recebendo-a como adequada ao exame de mérito ou determinando que seja refeita, por estar incompleta.
- 8 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.
Parágrafo único. Declarada a operação como complexa, poderá a Superintendência-Geral requerer ao Tribunal a prorrogação do prazo de que trata o § 2º do art. 88 desta Lei.
- 9 Art. 57. Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral:
I - proferirá decisão aprovando o ato sem restrições;
II - oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.
- 10 Parágrafo único. Na impugnação do ato perante o Tribunal, deverão ser demonstrados, de forma circunstanciada, o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões pelas quais não deve ser aprovado

Em linhas gerais, estes são os aspectos legais concernentes ao processo de concentração econômica perante a Superintendência-Geral.

2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO TRIBUNAL

Em 48 (quarenta e oito) horas da impugnação da Superintendência-Geral, os autos serão distribuídos, por sorteio, ao Conselheiro-Relator¹¹.

Subindo os autos do processo administrativo destinado ao controle de ato de concentração econômica ao Tribunal, o interessado poderá apresentar manifestação dirigida ao Presidente, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da impugnação ofertada pela Superintendência-Geral, devendo ser acompanhada de provas, estudos e pareceres que sirvam de sustentáculo para pedido formulado¹².

Juntada a manifestação do interessado, o relator determinará a inclusão do processo em pauta, se entender que o mesmo está pronto para julgamento, caso contrário, poderá determinar a realização de instrução complementar, indicando os pontos a serem esclarecidos e as diligências necessárias à elucidação das questões controvertidas¹³.

É facultado ao relator o acompanhamento das diligências por ele determinadas, inclusive quando cometer à instrução complementar a Superintendência-Geral, bem como lhe é facultado autorizar, liminar e precariamente, a realização de ato de concentração no curso do processo¹⁴,

integralmente ou rejeitado.

- 11 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.
- 12 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.
- 13 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.
- 14 "A Lei 12.529/2001 prevê mecanismo pelo qual o Conselheiro-Relator poderá, precária e liminarmente, autorizar a realização de um ato de concentração antes de o Cade vir a julgá-lo. Para tanto, deverão ser impostas pelo Conselheiro-Relator condições que visem à preservação da reversibilidade da operação (art. 59, § 1º).

Diante do novo sistema de análise prévia de atos de concentração, a Lei 12.529/2011 criou um mecanismo similar ao Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (Apro), porém, ao contrário; ou, como

impondo, todavia, condições que garantam a reversibilidade da operação, de acordo com o caso específico dos autos¹⁵.

Concluída a instrução complementar, o Conselheiro-Relator determinará a inclusão do processo em pauta para julgamento¹⁶.

O Tribunal poderá aprovar o ato de concentração sem restrições, com restrições, ou rejeitá-lo integralmente, nesta última hipótese, inclusive por ausência de provas¹⁷, situação na qual o interessado terá que entrar com novo pedido nos moldes do art. 53, caso queira ver apreciado seu pedido de concentração econômica¹⁸.

No caso de aprovação com restrições, o Tribunal determinará as condições necessárias à preservação da concorrência nos mercados envolvidos¹⁹, indicando a Lei no parágrafo segundo do art. 61, de forma exemplificativa²⁰, haja vista o conteúdo do inciso VI deste dispositivo, as restrições a serem impostas, incluindo as seguintes:

I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II - a cisão de sociedade;

tem sido chamado pela comunidade antitruste e também pela mídia, como “Apro às avessas”. (CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius marque de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 159).

15 § 1º O Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.

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

16 Art. 60. Após a conclusão da instrução, o Conselheiro-Relator determinará a inclusão do processo em pauta para julgamento.

17 Art. 62. Em caso de recusa, omissão, enganiosidade, falsidade ou retardamento injustificado, por parte dos requerentes, de informações ou documentos cuja apresentação for determinada pelo Cade, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, poderá o pedido de aprovação do ato de concentração ser rejeitado por falta de provas, caso em que o requerente somente poderá realizar o ato mediante apresentação de novo pedido, nos termos do art. 53 desta Lei.

18 Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

19 § 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

20 “Trata-se de rol exemplificativo. Tanto a redação do início do art. 61, § 2º - as restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem – como o inciso VI não deixam margem quanto à natureza exemplificativa do rol”. (CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius marque de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 157)

- III - a alienação de controle societário;
- IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;
- V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e
- VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

É de se dizer que a decisão do Tribunal não comporta revisão²¹ no âmbito do Poder Executivo²². Todavia o Regimento Interno do CADE prevê a possibilidade de oposição de embargos de declaração, bem como a formulação de pedido de reapreciação.

“Seção II

Dos Embargos de Declaração

Art. 211. Das decisões proferidas pelo Plenário do Tribunal, poderão ser opostos embargos de declaração, nos termos do art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da sua respectiva publicação em ata de julgamento, em petição dirigida ao Conselheiro-Relator, na qual será indicado o ponto obscuro, contraditório ou omissivo, cuja declaração se imponha.

Parágrafo único. Ausente o Conselheiro-Relator da decisão embargada, o procedimento será encaminhado ao seu Substituto regimental.

Art. 212. O Conselheiro-Relator, se assim entender necessário, poderá abrir vista à parte ou ao interessado a quem eventual modificação do julgado possa causar gravame, para 66 manifestação, no prazo de 5 (cinco) dias e, após, poderá colher parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade.

21 “A decisão proferida pelo Tribunal faz preclusão administrativa. Assim, julgado o processo no mérito, o ato de concentração não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 318).

22 § 3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

Art. 213. Concluídos os autos, o Conselheiro-Relator apresentará os embargos de declaração em mesa para julgamento.

Parágrafo único. Quando forem manifestamente protelatórios ou se tratarem de embargos de declaração que reiteram outros ou a reapreciação já improvida, o Conselheiro-Relator os rejeitará de plano e apresentará a decisão para homologação do Plenário do Tribunal, com manifestação oral, se assim o desejar, do Procurador-Chefe do Cade.

Art. 214. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição da reapreciação e suspendem a execução do julgado.

Seção III

Da Reapreciação

Art. 215. A decisão plenária que rejeitar o ato de concentração econômica, ou o aprovar sob condições, bem como aquela que entender pela existência de infração à ordem econômica ou que aplicar sanção processual incidental, poderá ser reapreciada pelo Plenário do Tribunal, a pedido das partes, com fundamento em fato ou documento novo, capazes por si sós, de lhes assegurar pronunciamento mais favorável.

Parágrafo único. Consideram-se novos somente os fatos ou documentos pré-existentes, dos quais as partes só vieram a ter conhecimento depois da data do julgamento, ou de que antes dela estavam impedidas de fazer uso, comprovadamente.

Art. 216. O pedido de reapreciação será dirigido, no prazo de 15 (quinze) dias da publicação da decisão em ata de sessão de julgamento que deu ciência às partes, ao Conselheiro que proferiu o voto-condutor, mediante petição que indicará:

- I - o nome e a qualificação das partes recorrentes;
- II - o fato ou documento novo; e
- III - e as razões do pedido de nova decisão.

Art. 217. O Conselheiro-Relator da reapreciação indeferirá liminarmente o pedido, *ad referendum* do Plenário do Tribunal, quando:

- I - apresentado fora do prazo;
- II - não satisfeito qualquer dos requisitos do arts. 215 e 216; ou
- III - manifestamente improcedente a pretensão.

Art. 218. O pedido de reapreciação não suspende a execução da decisão atacada.

Art. 219. Estando o feito pronto para julgamento, o Conselheiro-Relator o incluirá em pauta²³.

Por último, resta esclarecer que os prazos previstos no Capítulo II não admitem suspensão ou interrupção²⁴, ressalvado o disposto no parágrafo 5º do art. 6 da Lei Antitruste²⁵.

3 DO RECURSO CONTRA DECISÃO DE APROVAÇÃO DE ATO PELA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL

Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral na forma do inc. I do *caput* do art. 54 ou na forma do inc. I do *caput* do art. 57 da novel Lei da Concorrência, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da decisão de aprovação caberá recurso ao Tribunal, inclusive por terceiros interessados e por Agências Reguladoras, tratando-se neste último caso de mercado regulado²⁶.

23 (BRASIL. CADE. Regimento Interno. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolucao_1_2012_-_RICADE_\(2\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolucao_1_2012_-_RICADE_(2).pdf)>. Acesso em: 17 de setembro de 2012). p. 65/66.

24 “Os prazos previstos para os processos de controle de atos de concentração econômica não se suspendem ou interrompem por qualquer motivo, ressalvado os casos de ausência de quórum mínimo para deliberação no Plenário e de análise dos pedidos de acordo em controle de concentrações”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 318).

25 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.

26 Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do *caput* do art. 54 e do inciso I do *caput* do art. 57 desta Lei: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;

No mesmo prazo aludido no parágrafo anterior, poderá o tribunal avocar o processo, por decisão fundamentada de um dos conselheiros, que ficará prevento para o julgamento da operação²⁷.

A interposição do recurso e a decisão que avocar o processo possuem o efeito de suspender a execução do ato de concentração²⁸, até decisão final do Tribunal²⁹.

Em até 48 (quarenta e oito) horas da interposição do recurso, os autos serão distribuídos por sorteio ao Conselheiro-Relator, que deverá, no prazo de 05 (cinco) dias, tomar alguma das seguintes providências:

- I - conhecerá do recurso e determinará a sua inclusão em pauta para julgamento;
- II - conhecerá do recurso e determinará a realização de instrução complementar, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas (o relator poderá acompanhar as diligências, inclusive se cometer a instrução à Superintendência-Geral)³⁰;
- III - não conhecerá do recurso, determinando o seu arquivamento.

O contraditório e a ampla defesa são garantidos por meio da possibilidade de apresentação de manifestação por parte das interessadas, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados do recebimento do recurso ou do recebimento do relatório conclusivo da instrução complementar, o que ocorrer primeiro³¹.

27 II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

28 “Deve-se atentar que a interposição de recurso ou a decisão de avocar o processo suspende a execução do ato de concentração até a decisão final do Tribunal. Ou seja, configurando-se uma dessas hipóteses (recurso ou avocação pelo Tribunal), as requerentes não poderão prosseguir com a realização do negócio jurídico até que o Tribunal profira decisão final”. (CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius marque de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 156).

29 § 4º A interposição do recurso a que se refere o caput deste artigo ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

30 § 5º O Conselheiro-Relator poderá acompanhar a realização das diligências referidas no inciso II do § 1º deste artigo.

31 § 2º As requerentes poderão manifestar-se acerca do recurso interposto, em até 5 (cinco) dias úteis do conhecimento do recurso no Tribunal ou da data do recebimento do relatório com a conclusão da instrução

O litigante de má-fé será punido na forma do § 3º do art. 65, sendo tal dispositivo aplicável a todas as fases do processo, não podendo a topologia (Seção III) da regra servir para incutir a ideia de que a punição seria aplicável somente no âmbito de recurso ou da avocação pelo Tribunal³². Tal previsão é nova, e está estribada nos mesmos fundamentos do parágrafo único, do art. 14, do Código de Processo Civil, estatuindo uma punição administrativa para aquele que descumprir o dever de lealdade e boa-fé processual (*contempt of court*).

4 CONCLUSÃO

As inovações trazidas pela Lei n. 12.529/2012 são notáveis, e proporcionarão uma análise mais eficaz e eficiente dos atos de concentração, conforme se percebe dos comentários aqui realizados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 17 de setembro de 2012.

BRASIL. CADE. *Regimento Interno*. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolucao_1_2012_-_RICADE_\(2\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolucao_1_2012_-_RICADE_(2).pdf)>. Acesso em: 17 de setembro de 2012.

BRASIL. CADE. *Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolucao_2_2012_Analise_-_Atos_de_Concentracao.pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

complementar elaborada pela Superintendência-Geral, o que ocorrer por último.

32 § 3º O litigante de má-fé arcará com multa, em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a ser arbitrada pelo Tribunal entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), levando-se em consideração sua condição econômica, sua atuação no processo e o retardamento injustificado causado à aprovação do ato.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius marque de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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



PARECER 2012 – PROCADE/PGF/AGU

Daniel Gustavo Santos Roque
Procurador Federal



PARECER N° _____ / 2012 – PROCADE/PGF/AGU

ATO DE CONCENTRAÇÃO n° 08700.007119/2012-70

REQUERENTES: BNDES Participações S/A e Prática Participações S/A

INTERESSADO: Superintendência-Geral do CADE

VERSÃO PÚBLICA

Ementa: Ato de Concentração. Aquisição de participação minoritária. Análise do conhecimento da operação. Aplicação dos artigos 9º e 10 da Resolução n° 02/2012 – CADE. Considerações em torno da existência de influência relevante. Parecer pelo conhecimento da operação.

Senhor Procurador-Chefe,

Trata-se de requerimento protocolado pela empresa PRÁTICA PARTICIPAÇÕES S/A (PRATICAPAR), nos termos do artigo 88 da Lei n° 12.529/2011, por meio do qual se requer a aprovação da operação a seguir descrita pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

DA PARTES ENVOLVIDAS E DA NATUREZA DA OPERAÇÃO

PRATICAPAR é uma holding de participações, controlada pela BRAVA PARTICIPAÇÕES S/A, que detém, direta ou indiretamente, participação societária superior a 20% na empresa de participações Coldpar Participações S/A, bem como nas seguintes empresas operacionais: Embtech Indústria e Comércio S/A; Prática Produtos S/A; Klimaquip S/A.

As sociedades operacionais acima referidas desenvolvem atividades de:

- a) industrialização e comercialização de placas eletrônicas para utilização na industrialização de fornos, máquinas de panificação, equipamentos de refrigeração, lavadoras de louças e assemelhados (Embtech);

- b) industrialização e comercialização, exportação e importação de fornos para cozinhas industriais, fornos para gastronomia, máquinas para panificadoras, tais como amassadeiras, modeladoras, batedeiras, divisoras de massas e cilindros (Prática); e
- c) industrialização e comercialização de resfriadores e congeladores rápidos, câmaras de conservação de produtos resfriados ou congelados, câmaras de fermentação, móveis refrigerados para aplicação comercial (Klimaquip).

Já a BNDESPAR constitui uma empresa holding de participações, que é controlada integralmente pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Integra, portanto, o GRUPO BNDES, juntamente com a Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME.

A operação objeto dos presentes autos envolve o ingresso da sociedade BNDES Participações S/A (BNDESPAR) no capital social da PRÁTICA PARTICIPAÇÕES (PRATICAPAR), por meio da subscrição de novas ações preferenciais, emitidas pela PRATICAPAR, todas com direito a voto e conversíveis em ações ordinárias.

As ações preferenciais subscritas representam 10% do capital social total da PRATICAPAR.

Além da subscrição das ações acima relatada, a operação também envolve a concessão, pelo BNDES, de uma linha de financiamento à PRATICAPAR voltada para:

- a) a ampliação de sua unidade industrial de Pouso Alegre/MG;
- b) o investimento em treinamento de seus funcionários;
- c) o desenvolvimento de novos produtos;
- d) a obtenção de capital de giro para o exercício de suas atividades (Contrato de Financiamento).

DO CONHECIMENTO DA OPERAÇÃO

O conhecimento de um ato de concentração constitui pressuposto de admissibilidade que antecede o julgamento do mérito da operação. A análise desse pressuposto pelo CADE, notadamente por ocasião da aplicação inicial da nova Lei nº 12.529/2011, assume fundamental importância, na medida em que propicia sinalizar ao mercado as situações

nas quais se afigura dispensável a notificação ao SBDC em razão da ausência de impacto de natureza concorrencial advinda de determinada operação.

No caso em apreço, o GRUPO BNDES adquire, por meio da subscrição da totalidade de novas ações preferenciais emitidas pela PRATICAPAR, participação acionária equivalente a 10% do capital social desta empresa.

Assim, vê-se que a controvérsia ora posta à apreciação do CADE não se confunde com aquela enfrentada nos autos do AC nº 08700.005381/2012-80, na medida em que o presente caso não veicula situação de consolidação de controle acionário. Ao contrário, a presente operação veicula hipótese de aquisição de participação acionária até então inexistente, razão pela qual o conhecimento ou não da operação deve ser enfrentado a partir das especificidades que o caso concreto envolve.

A preocupação exposta pelas requerentes em torno do conhecimento ou não da presente operação consiste no fato de que, como resultado do negócio jurídico celebrado, a BNDESPAR adquire direitos que podem ser enquadrados no conceito de “influência relevante”, na linha da jurisprudência firmada pelo CADE em torno da matéria, tais como:

- a) direito de veto sobre operações de fusão, incorporação, cisão ou transformação;
- b) indicação de membro do Conselho de Administração;
- c) restrições a investimentos pela empresa em outras atividades distintas daquelas previstas em seu objeto social ou em valores superiores ao montante pré-definido no plano de negócios ou no acordo de acionistas.

Diante do exposto, a análise do conhecimento ou não da presente operação passa pelo exame das seguintes questões:

- a) a implicação da eventual caracterização de “influência relevante” por ocasião da aplicação da Resolução nº 02/2012;
- b) a subsunção ou não da presente operação aos critérios de notificação obrigatória definidas pela legislação antitruste, a partir do exame relativo à existência ou não, em concreto, de “influência relevante” decorrente do ato notificado.

Posta a controvérsia a ser enfrentada, segue a análise jurídica da questão.

DA IMPLICAÇÃO DE EVENTUAL CARACTERIZAÇÃO DE “INFLUÊNCIA RELEVANTE” POR OCASIÃO DA APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO/CADE Nº 02/2012

Argumenta a requerente que a notificação da presente operação deu-se “ad cautelam” por se encontrarem presentes alguns requisitos configuradores da situação de “influência relevante”.

Eis o trecho da notificação que bem evidencia a preocupação exposta pela requerente:

14. Quanto ao critério de ‘controle comum’, se adotado aquele da Lei das S/A, nitidamente não está presente. Já, se adotado o conceito de controle antitruste e, especialmente, o de ‘influência determinante sobre matérias mercadologicamente relevantes’, é possível dizer, dependendo do que se entender por ‘influência relevante’ ou ‘matérias mercadologicamente relevantes’, que os direitos que passarão a ser detidos pela BNDESPAR após a subscrição de 10% do capital total da PraticaPar poderiam ser enquadrados em um desses dois critérios, ainda que o objetivo desses direitos seja exclusivamente a proteção do investimento e do empréstimo que serão realizados após a aprovação incondicional da Operação por este e. CADE.

15. Pela análise da sistemática da minuta do Acordo de Acionistas, percebe-se que todos os direitos positivos ou negativos concedidos à BNDESPAR estão associados, especialmente, à manutenção (a) do controle societário da PraticaPar, Brava Participações S/A e da Prática nas mãos dos atuais controladores da primeira (vide itens 3.1, 3.3, 3.4 e 3.6 do Acordo de Acionistas); (b) dos objetos sociais da PraticaPar e da Prática (vide item 2.1 e 4.1 do Acordo de Acionistas); (c) do valor dos dividendos a serem pagos à BNDESPAR (vide 4.1 do Acordo de Acionistas); e (d) da saúde financeira da PraticaPar e da Prática (vide item 4.1 do Acordo de Acionistas).

16. Ocorre, contudo, que alguns dos direitos da BNDESPAR, previstos especialmente nos itens 4.1 e 5.1 do Acordo de Acionistas, já foram declarados em decisões proferidas pelo e. CADE sob a égide da Lei nº 8.884/94 como geradores de ‘influência determinante sobre matérias mercadologicamente relevantes’, tais como (i) veto

sobre operações de fusão, incorporação, cisão ou transformação; (ii) indicação de membro do Conselho de Administração; ou (iii) investimentos pela empresa em outras atividades distintas daquelas previstas em seu objeto social ou em valores superiores ao montante pré-definido no plano de negócios ou no acordo de acionistas.

17. Assim, se mantido o entendimento proferido em tais decisões, a presente Operação seria, a princípio, classificada como um ato de concentração, já que a BNDESPAR estaria adquirindo ‘controle antitruste’, assim entendido como ‘influência determinante sobre matérias mercadologicamente relevantes’ da PraticaPar, e esta notificação seria obrigatória em face da presença do critério de faturamento definido no artigo 88 da Lei nº 12.529/11 e alterado pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.

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.”*¹

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” sob a perspectiva do direito societário, razão pela qual se fez necessária a construção de um sentido próprio ao termo a partir da 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

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

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*. (grifei).

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 08012.000476/2009-60²; AC nº 08012.008415/2009-41³ e AC nº 53500.012487/2007⁴.

A partir de então, a evolução da análise do tema no âmbito da jurisprudência do CADE permitiu evidenciar que o conceito de “influência relevante” adquiriu suma importância também na análise do conhecimento ou não de atos de concentração envolvendo aquisições de participações acionárias minoritárias por fundos

2 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia.

3 Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

4 Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

de investimento, conforme resulta da análise exemplificativa dos seguintes Atos de Concentração: AC nº 08012.002529/2007-15⁵; AC nº 08012.014090/2007-73⁶; AC nº 08012.012235/2008-82⁷; AC nº 08012.009662/2010-06⁸ e AC nº 08012.009529/2010-41⁹.

No caso específico dos fundos de investimento, a jurisprudência do CADE tem se inclinado no sentido de que as operações dessa natureza constituem ato de concentração econômica nas hipóteses em que os investidores do fundo detiverem poderes para influenciar a atuação dos gestores e estes, por sua vez, puderem exercer influência na sociedade investida. A questão tornou-se ainda mais interessante quando se observa que a jurisprudência do CADE parece caminhar para a presunção de existência de influência relevante dos fundos de investimento em participações, chamados de FIP, por força do que dispõe a Resolução nº 391/2003 – CVM.

Prosseguindo na análise da evolução do tema, cumpre ainda ressaltar que a análise da influência relevante também pode ser considerada por ocasião do exame dos impactos anticoncorrenciais resultantes da operação notificada.

Por ocasião da análise do Ato de Concentração nº 53500.012487/2007, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo estabeleceu intrínseca relação entre a existência de influência relevante e a análise dos efeitos anticompetitivos de uma determinada operação, mesmo quando esta envolve aquisição de participação minoritária:

58. É razoavelmente claro que, nos casos em que um agente adquire poder de controle ou de influência relevante sobre seu rival (mesmo que por meio de participação minoritária), a análise de eventuais efeitos anticompetitivos deve ser efetuada, já que a empresa adquirente passa a ditar, ou ao menos a influenciar de modo substancial, o comportamento de seu concorrente, podendo alinhá-lo aos seus interesses. Tal entendimento é utilizado não apenas pelo CADE, mas também pela maior parte das autoridades antitruste do mundo.

5 Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos.

6 Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos.

7 Relator: Conselheiro Cesar Costa Alves de Mattos.

8 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia.

9 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia.

Nos autos do Ato de Concentração nº 08012.009198/2011-21, foi adotada medida cautelar comportamental em operação que envolvia aquisição minoritária de participação societária, justamente em razão da necessidade de se resguardar o ambiente concorrencial do mercado relevante então sob análise. Em decisão monocrática, o Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia destacou os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes, por exemplo, da possibilidade de indicação de membros para o Conselho de Administração, ainda que da operação não resultasse a aquisição de controle societário formal:

Não procedem, ao menos em análise preliminar, os argumentos da Requerente.

Como já decidi o CADE anteriormente, aquisições de participações acionárias em rivais podem gerar sérias preocupações para o direito da concorrência, mesmo quando não confirmam ao adquirente capacidade de exercer influencia relevante sobre a empresa alvo.

Entre os principais efeitos anticompetitivos que podem decorrer de tal situação, destacam-se:

a diminuição dos incentivos do adquirente em concorrer com a empresa objeto, uma vez que ela passa a participar dos lucros por esta aferidos;

a facilitação de acertos colusivos entre a empresa adquirente e a empresa objeto.

A potencialidade de ocorrência desses efeitos é exacerbada quando a participação societária confere ao adquirente direitos de indicar membros para a Diretoria, para o Conselho de Administração ou para o Conselho Fiscal, uma vez que tais órgãos têm – por sua própria natureza – acesso a informações concorrencialmente sensíveis da empresa objeto.

[...]

Os problemas concorrenciais oriundos de participações minoritárias detidas por empresas em seus concorrentes são, portanto, claríssimos, em especial quando conferem direitos de indicação de membros para órgãos administrativos ou de fiscalização da sociedade objeto. [...]

Também é claro que a legislação societária não apresenta respostas suficientes para as preocupações relativas à preservação da ordem econômica, já que não é para esse fim que os institutos do direito societário foram desenhados. Nesse sentido, não se pode esperar – como sugere a CSN – que o dever de lealdade dos administradores para com os interesses da companhia seja suficiente para evitar prejuízos à ordem concorrencial.

[...]

Obviamente, a aquisição de participações minoritárias entre rivais não implica necessariamente a existência de problemas concorrenciais. Para se concluir pela configuração ou não de danos à ordem econômica, deve-se avaliar uma série de fatores, como a estrutura do mercado afetado, a possibilidade de ocorrência de condutas anticompetitivas unilaterais ou coordenadas e a eventual existência de eficiências.

Na verdade, mesmo as participações societárias passivas, que não geram poder de controle ou mesmo influencia relevante, podem gerar efeitos anticompetitivos, circunstância que deve ser aferida em cada caso não mais no momento do conhecimento da operação, mas sim por ocasião do julgamento do mérito do ato notificado.

Vale registrar, dada a pertinência com a questão, o seguinte trecho do voto proferido pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no AC nº 08012.008415/2009-41:

Isso não significa dizer, contudo, que participações societárias só serão passíveis de gerar efeitos anticompetitivos quando outorgarem ao sócio ao menos uma influência societária relevante sobre as decisões da empresa alvo. A má aplicação dos precedentes do CADE aqui citados comumente gera alegações no sentido de que participações societárias só alteram as condições concorrenciais de um mercado quando o sócio detentor do capital tiver o poder de influenciar, internamente, o comportamento da empresa, influenciando sua conduta no mercado. E isso não é verdade. Participações societárias minoritárias e sem influencia relevante, em alguns casos, podem gerar graves efeitos anticoncorrenciais, especialmente quando envolvem a aquisição de capital acionário de rivais.

[...]

Em suma, portanto, e a depender das características de cada mercado, da distribuição das participações societárias entre os agentes e de outros fatores passíveis de análise, é plenamente possível que a aquisição de uma participação societária, mesmo que minoritária e sem influência relevante, gere efeitos anticompetitivos.

Tal conclusão não ilide o fato, aqui já aceito, de que: (i) a aferição de influência relevante é suficiente para se verificar a composição de um grupo econômico; e (ii) como consequência, tal aferição é suficiente para a análise de conhecimento ou não conhecimento de um ato de concentração, já que, como explanado anteriormente, estará, necessariamente, se tratando de operações que não implicam participação de mercado superior a 20% e que envolvem grupos cujos faturamentos, à exceção da empresa em que detêm participação minoritária e sem influência relevante, são inferiores a R\$ 400 milhões (assim, mesmo que a empresa na qual o grupo detiver participação minoritária e sem influencia relevante for um rival, evidencia-se que estaremos diante de um mercado pequeno, mercado esse que, segundo os critérios de notificação do art. 54, §3º, não deve sofrer uma intervenção *ex ante* do órgão antitruste).

26. Operações mais vultosas, em regra, se enquadrarão nos critérios de notificação da Lei, mesmo que se desconsidere os faturamentos das empresas nas quais o grupo participante detenha participação sem influência relevante. Nesses casos sim, uma vez conhecida a operação, será relevante analisar se essas participações societárias, ainda que minoritárias e sem influência relevante, podem gerar efeitos anticompetitivos. A análise concorrencial de mérito (e não de conhecimento) poderá demonstrar no caso concreto, portanto, que determinada participação societária minoritária do participante do ato em uma dada empresa gera um efeito anticompetitivo, ainda que não se considere que essa empresa faz parte do grupo econômico do participante.

De tudo o quanto foi exposto, pode-se seguramente afirmar que o tema relativo à “influência relevante” esteve, ao longo da jurisprudência do CADE, diretamente relacionado tanto ao conhecimento de operações quanto à análise dos impactos anticoncorrenciais delas resultantes. Isso quer dizer que o instituto em referência assume indiscutível importância

para o sistema antitruste tanto por ocasião do conhecimento da operação quanto na análise do mérito do ato pelo CADE.

Disso resulta a impossibilidade de se interpretar os termos da Resolução nº 02/2012 de forma dissociada da construção jurisprudencial levada a efeito pelo CADE em torno da matéria. Com efeito, o conceito de “influência relevante” permitiu a construção de uma noção de poder de controle, ou de controle antitruste, mais própria e específica ao direito concorrencial do que aquela correspondente ao “controle acionário”, fornecida pelo direito societário.

Pensar de forma diversa acabaria por desconstruir toda a evolução jurisprudencial firmada pelo CADE em torno da matéria.

Diante das considerações expostas, cumpre examinar o conhecimento ou não da operação a partir da análise conjugada dos termos da Lei nº 12.529/2011, da Resolução nº 02/2012 e do instituto da “influência relevante”.

É o que se passa a fazer a partir do presente momento.

DA SUBSUNÇÃO DA OPERAÇÃO AOS CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DEFINIDAS PELA NOVA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE, A PARTIR DO EXAME RELATIVO À EXISTÊNCIA OU NÃO, EM CONCRETO, DE “INFLUÊNCIA RELEVANTE” DECORRENTE DO ATO NOTIFICADO

(VERSÃO CONFIDENCIAL)

Pode-se concluir, assim, que o faturamento dos grupos econômicos envolvidos na operação superou os limites mínimos fixados pelo artigo 88, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011, reajustados pela Portaria Interministerial nº 994/2012, na forma autorizada pelo §1º do referido dispositivo legal.

Ainda à luz dos ditames da Lei nº 12.529/2011, vale registrar que a presente operação amolda-se formalmente aos ditames fixados no artigo 90, inciso II, do referido diploma legal, assim transcrito:

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

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.

Por ocasião da regulamentação da expressão “*controle ou partes de uma ou outras empresas*”, a Resolução/CADE nº 02/2012 estabeleceu os seguintes critérios definidores da obrigatoriedade ou não da aquisição de participações acionárias:

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.

A análise do caso concreto bem revela que, sob o ponto de vista formal e societário, não houve aquisição de controle, que pudesse ensejar a aplicação do artigo 9º, inciso I, da resolução em referência.

(VERSÃO CONFIDENCIAL)

Ocorre que, como acima afirmado, o conceito de controle assume, no âmbito do direito antitruste, contornos próprios e específicos em relação àquele fornecido pelo direito societário. É justamente no âmbito do conceito de controle à luz do direito antitruste que deve ser adotado o conceito de influência relevante.

Dessa forma, ao estabelecer, como critério de notificação obrigatória, a aquisição de controle decorrente de operação, o inciso I do artigo 9º da Resolução nº 02/2012 não se limita ao controle societário de uma empresa (artigos 116 e 243, §2º, da Lei nº 6.404/1976), devendo ser interpretado no sentido de aquisição de controle antitruste, o que inclui a necessidade de verificar a existência ou não de influencia relevante em cada operação, ainda que esta evidencie apenas a aquisição de participação minoritária.

Daí porque o referido dispositivo, ao tratar da aquisição de controle, deve compreender tanto o controle acionário, exercido de forma isolada ou compartilhada, quanto o controle antitruste, relacionado à existência de influência relevante resultante da operação.

Nesse ponto, vale observar que a influencia relevante e o poder de controle acionário compreendem, conjuntamente, o conceito de “participações societárias ativas”. Essa é a conclusão que resulta da análise do seguinte trecho do voto proferido pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo por ocasião do julgamento do AC nº 53500.012487/2007:

39. Diz-se que um *sócio possui poder de controle sobre uma sociedade quando for titular de direitos que lhe assegurem preponderância nas decisões da empresa. Caso o sócio não possa, individualmente, controlar as decisões da empresa, mas possa, por exemplo, vetar ou impedir que outros sócios o façam, sendo necessário sua concordância para orientar o comportamento da empresa, diz-se que esses sócios gozam de poder de controle compartilhado. Embora o poder de controle normalmente diga respeito ao sócio detentor de capital superior a 50%, é possível, em determinados casos, que sócios minoritários controlem uma sociedade.*

40. Há casos, outrossim, nos quais um ou mais sócios *não detêm o poder de controlar, isolada ou conjuntamente, o comportamento de uma sociedade*, mas são capazes de exercer, ainda assim, uma influência relevante sobre as decisões da empresa, ainda que só detenham ações minoritárias.

41. Segundo estabelecido pelo CADE nos autos do AC nº 08012.010293/2004-48 (Ideiasnet e Flynet), e em outros que lhe seguiram, ‘constata-se influencia 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 influencia relevante por parte de um sócio, o Conselheiro Ricardo Cueva, na ocasião, 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, o exercício de influência nas Assembleias Gerais, a existência de acordo de acionistas e as previsões estatutárias, dentre outros. Se a análise desses ou quaisquer outros fatores demonstrarem a possibilidade de a firma influenciar a atuação da empresa alvo no mercado, há influência relevante.

42. Participações societárias que conferem ao detentor do capital o poder de controle, isolado ou compartilhado, ou o poder de exercer influência relevante sobre o comportamento da sociedade, são participações societárias ativas. Diversamente, participações que não conferirem ao sócio o poder de controlar ou de influenciar de modo minimamente relevante as decisões da empresa, e que representarem, preponderantemente, apenas um meio de acesso aos lucros da sociedade, são consideradas participações societárias passivas.

(...) 45. Para o presente voto, portanto, e preservado o conceito de influência relevante há muito construído pelo CADE, entende-se que *uma participação societária pode: (i) dar ao acionista o poder de controle sobre a firma, isolado ou compartilhado; (ii) dar ao acionista o poder de influencia relevante sobre a empresa; ou (iii) ser uma participação societária passiva; nesse caso, porém, pode-se falar em participações passivas (iii.a) com possibilidade de acesso a informações sensíveis e (iii.b) sem possibilidade de acesso a informações sensíveis.*” (grifei).

É justamente esse conceito mais amplo de controle, específico do direito concorrencial, que deve pautar a interpretação do artigo 9º, inciso I, da Resolução/CADE nº 02/2012.

Além de atender à teleologia da norma, tal interpretação mostra-se coerente, como já afirmado, com a jurisprudência sedimentada pelo CADE em torno da matéria.

Quer-se dizer com isso que a participação minoritária pode estar associada à possibilidade de exercício de influência relevante na sociedade, de modo a restar caracterizada a existência de concentração econômica, nos termos do artigo 90, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, c/c o artigo 9º, inciso I, da Resolução/CADE nº 02/2012.

Ademais, como já afirmado, não se pode deixar de registrar que o conceito de influência relevante possui inegável pertinência também na verificação da abrangência do grupo econômico envolvido na operação.

Dessa forma, permanecem perfeitamente aplicáveis as orientações construídas pelo CADE em torno da matéria, no que diz respeito à aplicação desse instituto também por ocasião da interpretação do artigo 4º da Resolução/CADE nº 02/2012. Vale lembrar que, na linha dos precedentes jurisprudenciais já citados, o conceito de grupo econômico deve ser compreendido a partir da análise antitruste, e não sob o prisma do direito societário.

Dessa forma, o instituto da influência relevante assume considerável importância, inclusive, na aplicação dos incisos I e II do artigo 10 da Resolução/CADE nº 02/2012, por força do que dispõe o seu parágrafo único, que assim estatui:

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.

Se o conceito de influência relevante ganha especial importância por ocasião da análise da abrangência de um grupo econômico, é certo que tal instituto pode ser levado em consideração tanto na apreciação do faturamento correspondente quanto na aferição da existência de sobreposição horizontal ou de integração vertical entre os grupos econômicos envolvidos.

De tudo o quanto foi exposto, tem-se que, mesmo com o advento da Resolução nº 02/2012, o conceito de influência relevante permanece perfeitamente aplicável:

- a) por ocasião da verificação da abrangência do conceito de grupo econômico, nos termos do artigo 4º, c/c artigo 10, incisos I e II, ambos da Resolução/CADE nº 02/2012;
- b) para fins de definição da aquisição de controle, nos termos do artigo 9º, inciso I, da referida resolução;
- c) ao tempo do exame dos efeitos anticoncorrenciais resultantes de determinada operação conhecida.

Firmadas essas premissas, cumpre verificar a existência ou não de influência relevante resultante da operação ora apreciada.

(VERSÃO CONFIDENCIAL)

Tais cláusulas, reunidas apenas a título exemplificativo, bem demonstram o exercício de influencia relevante do GRUPO BNDES sobre a PRATICAPAR, mesmo sem a existência de participação acionária suficiente para lhe garantir o controle da companhia à luz do direito societário.

Trata-se de controle que, analisado sob o prisma antitruste, legitima o conhecimento da operação, à luz do que dispõe o artigo 90, inciso II, da Lei nº 10.529/2012 c/c artigo 9º, inciso I, da Resolução/CADE nº 12/2012.

CONCLUSÃO

Com tais considerações, esta Procuradoria Federal manifesta-se, com base no artigo 90, inciso II, da Lei nº 10.529/2011 c/c artigo 9º, inciso I, da Resolução/CADE nº 02/12, *pelo conhecimento da operação*.

É o parecer. À apreciação superior.

Brasília-DF, 13 de setembro de 2012.

Daniel Gustavo Santos Roque
Procurador Federal

De acordo.

Brasília,

Cristina Campos Esteves
Coordenadora de Estudos e Pareceres
Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE



**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 precípuo 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