



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

MARIA FERNANDA JALORETTO

A ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PELO CADE E AS LEIS
8.884/94 E 12.529/11

BRASÍLIA
2012

MARIA FERNANDA JALORETTO

**A ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PELO CADE E AS LEIS
8.884/94 E 12.529/11**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Marlon Tomazette.

BRASÍLIA
2012

AGRADECIMENTOS

Sempre a Deus, em primeiro lugar, pelas oportunidades concedidas e pela iluminação do Espírito Santo ao longo dessa jornada. Aos meus queridos pais, cujo apoio constante, carinho e exemplo foram essenciais e determinantes para a execução deste trabalho e deste curso.

Ao professor orientador, Prof. Dr. Marlon Tomazette, por todas as dicas e pela paciência ao longo do desenvolvimento deste trabalho. Aos profissionais do CADE, em especial, o Dr. Breno Zaban Carneiro, pela oportunidade de conhecer de perto a autarquia e por todo incentivo e apoio no estudo da área da defesa da concorrência.

Aos meus colegas de curso e de monografia, em especial Théó, Alexander, Luciana, Laura e Anna Luíza, pelo companheirismo e amizade nessa reta final. E, por fim, a todos meus amigos, pela compreensão e suporte.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estabelece como valores da ordem econômica a livre iniciativa e a livre concorrência, contrapesos um ao outro, em seu art. 170. A fim de garantir esses princípios constitucionais, faz-se necessária a atuação estatal no sentido de exercer a defesa da concorrência. A edição de normas de ajuste como é o caso da legislação antitruste é essencial para o exercício dessa tutela do Estado. No Brasil, a Lei 8.884/94 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe acerca da submissão dos atos de concentração à análise antitruste. Por essa legislação, o modelo adotado é o da análise posterior das concentrações, isto é, essas produzem seus efeitos no mercado enquanto a decisão final do sistema não é proferida. Tal regime compromete a efetividade da aplicação da lei, uma vez que, nos casos mais complexos, há um dispêndio maior de tempo para a análise devido a não suspensão dos prazos legais para a requisição de informações, de modo que, ao final da análise, a estrutura de mercado poderá já estar comprometida. A fim de evitar esses efeitos, vem sendo adotadas medidas cautelares que visam garantir a reversibilidade das operações no caso de eventual reprovação das mesmas. Entretanto, essas medidas não são suficientes para garantir a efetividade da lei. Dessa maneira, a Lei 12.529/11 adota o regime de análise prévia dos atos de concentração e a não suspensão dos prazos legais fixados para a análise antitruste, garantindo a efetividade da legislação de defesa da concorrência nesse aspecto e propondo desafios institucionais para a sua implantação.

Palavras-chaves: Direito Econômico. Direito Concorrencial. Atos de Concentração. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Medidas Cautelares em Atos de Concentração. Acordo de Prevenção da Reversibilidade da Operação. Análise a posterior. Análise Prévia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 TUTELA DA CONCORRÊNCIA	10
1.1 Da ordem econômica	10
1.2 Da livre iniciativa	12
1.3 Da livre concorrência	13
1.4 Da legislação antitruste	15
1.4.1 <i>Breve histórico</i>	16
1.4.2 <i>Objetivos da política antitruste</i>	17
2 OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA LEI 8.884/94	20
2.1 Controle preventivo e repressivo	20
2.2 Motivos da concentração	22
2.3 Classificação e tipos de concentração	24
2.4 Os atos de concentração e a Lei 8.884/94	27
2.4.1 <i>A estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sob a luz da Lei 8.884/94</i>	27
2.4.2 <i>Os critérios de submissão dos atos de concentração na Lei 8.884/94</i>	28
2.4.3 <i>A Lei 8.884/94 e a análise a posteriori dos atos de concentração</i>	28
2.4.4 <i>Os Atos de Concentração e o decurso do tempo</i>	30
2.4.5 <i>Períodos de tramitação dos Atos de Concentração</i>	32
2.4.6 <i>As críticas ao regime adotado</i>	33
3 MEDIDAS UNILATERAIS ADOTADAS PELO CADE	36
3.1 Das medidas cautelares	37
3.1.1 <i>Conceito e previsão</i>	37
3.1.2 <i>Requisitos e fundamentos</i>	39
3.1.3 <i>Histórico</i>	40
3.2 Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação	41
3.2.1 <i>Conceito e previsão</i>	41
3.2.2 <i>Do mérito dos acordos</i>	44
3.2.2.1 Das cláusulas gerais	44
3.2.2.1.1 <i>Da vigência</i>	44
3.2.2.1.2 <i>Da revisão</i>	44
3.2.2.1.3 <i>Das penalidades</i>	45
3.2.2.1.4 <i>Do mérito</i>	46
3.2.2.2 Das cláusulas meritórias	46
3.2.2.2.1 <i>Das alterações de natureza societária</i>	46
3.2.2.2.2 <i>Das alterações nas suas instalações físicas e transferência ou renúncia aos direitos e obrigações relativos aos seus ativos</i>	47
3.2.2.2.3 <i>Da descontinuidade da utilização de marcas e produtos</i>	47
3.2.2.2.4 <i>Das alterações nas estruturas, logística e práticas de distribuição e comercialização</i>	48
3.2.2.2.5 <i>Das mudanças administrativas nas empresas que impliquem em dispensa de mão-de-obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos</i>	48

3.2.2.2.6 <i>Da interrupção de projetos de investimento pré-estabelecidos em todos os setores de atividade da empresa adquirida e de implementação de seus planos e metas de vendas</i>	48
3.2.2.2.7 <i>Da independência de administrações</i>	49
3.2.2.2.8 <i>Da submissão das pautas e atas de reuniões</i>	49
3.2.2.2.9 <i>Do Relatório de Auditoria Independente</i>	49
3.3 Relevância e críticas	50
3.3.1 <i>Necessidade e constitucionalidade da adoção das medidas cautelares para a análise dos atos de concentração sob a luz da Lei 8.884/94</i>	50
3.3.2 <i>Críticas a sua adoção dado o instituto da análise a posteriori</i>	52
3.3.2.1 Dificuldade de identificação da necessidade de adoção de medida cautelar	52
3.3.2.2 Período entre a notificação e a celebração do APRO	54
3.3.2.3 Tempo de análise e celebração de APRO	55
3.3.2.4 Conteúdo do APRO	55
4 A LEI 12.529/11 E A ANÁLISE PRÉVIA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	57
4.1 A nova estrutura do SBDC	57
4.2 Do duplo grau de jurisdição	60
4.3 Mudança para o regime de análise prévia	61
4.4 Da não suspensão de prazos para requisição de informações	63
4.5 Dos desafios a sua implantação	64
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	68

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Tempo de Permanência de ACs no CADE de 2006 a 2011.....	31
Quadro 2 – Atos de Concentração com a celebração de APRO e a respectiva decisão final.....	50
Quadro 3 – Percentagem de ACs julgados com celebração de APRO em relação aos ACs com imposição de restrição.....	52
Quadro 4 – Percentagem de ACs julgados com celebração de APRO em relação aos ACs com imposição de restrição severa.....	52
Quadro 5 – Tempos nos Atos de Concentração com celebração de APRO.....	53

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Tempo Médio de Tramitação no SBDC.....	32
--	-----------

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Ato de Concentração

APRO – Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

PA – Processo Administrativo

RICADE – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda

TCD – Termo de Compromisso de Desempenho

INTRODUÇÃO

Alguns aspectos da Lei 8.884/94, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), são atualmente objeto de crítica por parte da doutrina. Dentre estes, pode-se destacar a previsão de suspensão dos prazos legais e a análise *a posteriori* dos Atos de Concentração. Esses institutos comprometem a efetividade da legislação de defesa da concorrência.

As concentrações de mercado, segundo critérios definidos em lei, devem ser submetidas à análise do SBDC, que verifica se as mesmas não acarretam danos significativos para o ambiente concorrencial. Pelo regime adotado pela Lei 8.884/94, enquanto a análise é realizada pelo Sistema, a operação produz efeitos no mercado, podendo comprometer a sua estrutura e dificultar a reversão da operação, no caso de uma eventual reprovação.

O presente trabalho visa, dessa forma, analisar o instituto da análise *a posteriori*, os mecanismos encontrados pelo Sistema para garantir a reversibilidade das operações sob o regime da Lei 8.884/94 e, por fim, discorrer acerca da Lei 12.529/11, que altera substancialmente a estrutura do SBDC e o modelo de análise dos atos de concentração.

Dessa maneira, o capítulo 1 introduz o tema discorrendo acerca da tutela da concorrência e dos princípios e valores constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, essenciais para a compreensão dos fins aos quais se destina a legislação antitruste. O segundo capítulo, por sua vez, introduz o modelo de análise de atos de concentração sob a Lei 8.884/94, descrevendo a relevância do tema, os critérios de submissão dos atos ao SBDC e os principais problemas do regime de análise *a posteriori*.

Em seguida, o capítulo 3 se ocupa de analisar as medidas cautelares adotadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), visando garantir a reversibilidade das operações durante o transcorrer da análise. O capítulo aponta também as principais críticas ao instituto, tendo em vista o regime de análise e a possibilidade de, ainda assim, a operação acarretar, antes de aprovada ou rejeitada, danos ao mercado ou, ainda, o comprometimento de sua estrutura.

Por fim, o último capítulo dispõe acerca da Lei 12.529/11, que entra em vigor no dia 29 de maio de 2012 e altera substancialmente o regime de análise dos atos de concentração. A adoção do modelo de análise prévia cumulada com a previsão expressa de

não suspensão dos prazos legais pela nova lei é garantia de efetividade da legislação de defesa da concorrência brasileira, restando ao Estado somente o desafio de sua implantação.

1 TUTELA DA CONCORRÊNCIA

Antes de dar início a qualquer consideração acerca das normas relacionadas ao direito concorrencial, é necessário tecer algumas explanações acerca dos ditames constitucionais relacionados ao tema. Primeiramente, com relação ao conceito de Ordem Econômica e seu regramento constitucional, para, em seguida, verificar a importância atribuída pelo texto da Constituição Federal de 1988 aos valores da livre iniciativa e da livre concorrência.

1.1 Da ordem econômica

Trata-se de conceito abrangente explicitado no texto constitucional em decorrência da evolução constitucional brasileira. A Constituição Federal de 1988 afirma, em seu art. 170 caput, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e com a observância dos princípios elencados em rol.

Eros Grau¹, primeiramente, a definiu como um conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, conformação esta que se operaria mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos. Tal sentido atribuído ao termo aproxima-se da definição apresentada por Leonardo Figueiredo, segundo a qual por Ordem Econômica “entende-se as disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de interferência do Estado na condução da vida econômica da Nação”.²

Entretanto, ao aprofundar suas considerações, o professor Eros Graus distinguiu dois tipos de ordens econômicas, cada uma relacionada a uma esfera: a do mundo do ser e a do mundo do dever-ser, sendo o conceito preliminar relacionado a essa primeira esfera. Dessa forma, seu novo entendimento acerca do tema conduz a uma definição mais ampla que compreende o “conjunto de normas que define, institucionalmente, um

¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.68.

² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

determinado modo de produção econômica”.³ Assim, a ordem econômica, enquanto ordem jurídica, parte do mundo do dever-ser, é o conjunto de normas que institucionaliza uma ordem econômica relacionada ao mundo do ser.

Essa nova perspectiva possibilita e esclarece a transformação de uma ordem econômica liberal para uma intervencionista. Essa ocorre no momento em que as precedentes ordens econômicas, enquanto ordem jurídica, passam a instrumentalizar a implementação de políticas públicas.⁴ O enfoque na atuação estatal enquanto incentivador e guia na esfera econômica é fundamental para que seja atingido o fim ao qual a ordem econômica se destina, ou seja, o alcance da justiça social.

Dessa forma, o processo de intervenção do Estado na atividade econômica encontra-se descrito no Capítulo VII da Constituição Federal de 1988. É previsto, assim, a intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica como regra e, como exceção, sua intervenção direta. Essa última ocorrendo somente nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional. Nas palavras de Leonardo Figueiredo, o processo de interferência na condução da vida econômica:

“Pode se dar tanto de forma direta, na qual o Poder Público avoca para si a exploração das atividades econômicas, quanto de maneira indireta, na qual o Estado atua monitorando a exploração das atividades geradoras de riquezas pelos particulares, intervindo quando se fizer necessário para normatizar, regular e corrigir as falhas de seu mercado interno, em prol do bem comum e do interesse coletivo.”⁵

Assim, como diretrizes para a ordem econômica, a Constituição elencou nove princípios basilares: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, assim como o favorecimento das empresas de pequeno porte. Para fins da análise realizada nesse trabalho, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da livre iniciativa e da livre concorrência, valor e princípio do texto constitucional no que tange à ordem econômica.

³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.70.

⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72.

⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

1.2 Da livre iniciativa

A livre iniciativa recebeu especial importância no art. 170 da Carta Magna, ao ser destacada no caput do artigo e no parágrafo único.⁶ Entretanto, o seu sentido é mais amplo do que inicialmente possa ser inferido pela leitura superficial desses dispositivos. Eros Grau⁷ afirma tratar-se de termo de conceito extremamente amplo, cuja leitura do texto constitucional tem conduzido à conclusão restrita de que a livre iniciativa se esgota na liberdade de iniciativa econômica. Seu conteúdo é bem mais amplo: “É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolário da valorização do trabalho.”⁸

Leonardo Figueiredo aponta a liberdade econômica como corolário da livre iniciativa e, ainda, ao descrever a livre iniciativa como impossibilidade jurídica de o Estado restringir o exercício da atividade econômica, destaca, também, a liberdade na escolha do trabalho:

“Significa que o Estado não deve restringir o exercício da atividade econômica, salvo nos casos em que se fizer necessário, para fins de proteção do consumidor e de toda a sociedade. Outrossim, podemos destacar que, por este princípio, a escolha do trabalho fica ao arbítrio da liberdade do indivíduo (pessoa natural ou jurídica), não podendo o Estado interferir para tanto. Todavia, consubstanciado na defesa da coletividade, o Estado pode e deve disciplinar, impondo os requisitos mínimos necessários para o exercício da atividade laborativa, com o fito de que esta seja exercida, tão somente, por profissionais capacitados e habilitados para tanto.”⁹

Em termos mais genéricos, para Fernando Aguillar “O princípio da liberdade de empreender é o resguardo jurídico ao agente econômico de empreender o que desejar sem interferência estatal.”¹⁰ Entretanto, conforme apontado pelos ilustres doutrinadores, o regramento constitucional da livre iniciativa, em especial tendo em vista o parágrafo único do art. 170, demonstra também que o constituinte originário definiu o exercício da atividade econômica de forma direta pelo Estado como exceção.¹¹

⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 170. 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.

⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 203.

⁸ Ibidem, p. 208.

⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 63.

¹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 227.

¹¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 77.

Nesse sentido, resta aos próprios indivíduos, pessoas naturais ou jurídicas, a escolha sobre quais atividades serão exercidas na economia. O Estado, embora possa intervir e disciplinar, não tem competência constitucional para determinar quais atividades econômicas deverão ser exercidas nem quais e quantos bens serão produzidos. Os mercados são livres para se auto-regularem. As hipóteses de exercício da atividade econômica de forma direta pelo Estado estão constitucionalmente pré-definidas:

“Por oportuno, cabe ressaltar que é defeso ao Estado explorar a atividade econômica, devendo atuar, tão-somente, como agente regulador, fiscalizador e normatizador da economia, tendo caráter indicativo para a iniciativa privada, porém determinado para o setor público (art. 174). Excepcionalmente, o próprio legislador constituinte reserva para o Estado a iniciativa de empreender atividades econômicas, em regime tanto de concorrência com o particular, nos casos de imperativo para a segurança nacional ou de relevante interesse para a coletividade (art. 173), mediante prévia e expressa autorização legal, bem como em regime de monopólio, explorando com exclusividade a atividade econômica (art. 177).”¹²

Entretanto, é necessário o estabelecimento de um limite para essa auto-regulação dos mercados. Daí a existência e importância do princípio da livre concorrência, também constitucionalmente previsto e melhor descrito no tópico subsequente.

1.3 Da livre concorrência

Segundo Fernando Aguillar, o desenvolvimento da teoria do abuso de direito oferece limitação jurídica dos espaços de liberdade. Nesse sentido, há o estabelecimento de “limites negativos que, se ultrapassados, desencadeiam mecanismos jurídicos de reposição das ações individuais dentro de seus respectivos invólucros de liberdade”.¹³ Dessa forma, é o abuso do direito de livremente empreender que justifica a interferência estatal. O princípio da liberdade de concorrência é chamado a intervir na relação jurídica.

O autor o aponta como contraponto à liberdade de iniciativa.¹⁴ Para Eros Grau¹⁵ e Leonardo Figueiredo¹⁶, trata-se de um corolário da livre iniciativa. A análise desse último só é completa quando ponderada pela livre concorrência e, o contrário também é

¹² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 77.

¹³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 227.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 210.

¹⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 67.

verdadeiro, ou seja, “só existirá a livre-concorrência onde o Estado garante a livre-iniciativa”.

¹⁷ O instituto da concorrência pode ser conceituado como:

“a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela de mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico.”¹⁸

A concorrência, assim, é base e fundamento dos mercados. Seu conceito está estritamente ligado à ideia de disputa saudável, competição honesta e garantia de direitos: “a livre concorrência é a competição honesta, é a garantia de que todos têm o direito de acessar o mercado”¹⁹ ou ainda, segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca:

“A concorrência no mercado decorre de um conjunto de condições que permite a todos os agentes do mercado correr à compra e venda de forma a que cada um possa alcançar seus objetivos sem ferir, desarrazoadamente, as metas pretendidas pelos demais.”²⁰

O modelo econômico de concorrência perfeita é baseado em pressupostos relacionados diretamente ao instituto da livre concorrência como livre entrada, inúmeros competidores, independência entre os agentes e não determinação direta do preço de mercado. Essa disputa entre os agentes de mercado leva a uma maximização do bem-estar econômico:

“A competição reflete a disputa entre as empresas pela possibilidade de vender seus produtos para o maior número possível de clientes. É o principal mecanismo com que uma economia de mercado conta para garantir o seu bom funcionamento. Em mercados competitivos, as empresas precisam manter baixos custos e margens de lucro, oferecer produtos de boa qualidade, e estar sempre inovando e colocando novos produtos à disposição dos consumidores. Caso contrário, correm o risco de serem expulsas do mercado por concorrentes mais hábeis. No longo prazo, a disputa entre empresas em um mercado competitivo leva à maximização das eficiências alocativa, técnica e “dinâmica” (entendida esta como a resultante do progresso técnico), garantindo uma alocação ótima de recursos e o máximo de bem-estar social.”²¹

Entretanto, quando não há a garantia de algum desses pressupostos, caracteriza-se uma disfunção do mercado, comprometendo a maximização de bem-estar.

¹⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 67.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.356.

²⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

²¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.355.

Nessas circunstâncias, é necessário que haja a tutela da concorrência pelo Estado de modo a garantir o bom funcionamento dos mercados:

“Para que haja concorrência, é necessário que o mercado tenha um número suficientemente grande de produtores e consumidores de tamanhos não muito diferentes, agindo de forma independente. Isso faz com que nem vendedores nem compradores tenham *poder de mercado*, não sendo capazes de determinar, de forma unilateral ou coordenada, as condições com que bens e serviços são comercializados no mercado – em termos de preço, qualidade dos produtos e condições de venda, por exemplo.”²²

Sob a perspectiva das restrições à liberdade de empreender, “o princípio da liberdade de concorrência não é atributivo de liberdades em relação ao Estado, mas de prerrogativas de exigir do Estado que atue para reprimir o abuso de certas liberdades”.²³ Assim, é dever do Estado atuar intervindo de forma que a competição entre os concorrentes ocorra de forma justa e sem abusos, garantindo-se, assim, o equilíbrio entre oferta e demanda e a eficiência econômica.²⁴

Conforme destaca Eros Grau,²⁵ o abuso de poder econômico é inclusive citado explicitamente pelo texto constitucional em seu art. 173, parágrafo quarto.²⁶ Assim, para se evitar a existência injustificada de poder de mercado por parte dos agentes econômicos e a consequente disfunção nos mercados, é necessária a existência de normas que tutelem a livre concorrência assim como a interferência estatal como garantidor desse princípio.

1.4 Da legislação antitruste

A tutela estatal do princípio da livre concorrência tem como principal exemplo a legislação antitruste. Antes de discorrer sobre ela, é interessante destacar a classificação normativa realizada por Fernando Herren Aguillar²⁷ que divide em dois grandes

²² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.355.

²³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 228.

²⁴ Cf. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 67.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.210.

²⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 173. § 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.

²⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 226.

grupos as normas jurídicas que tutelam o funcionamento do mercado no capitalismo: as normas estruturais e as normas de ajuste.

As primeiras são aquelas que estabelecem a estrutura de base do mercado, como aquelas que modelam as formas empresariais para o exercício das atividades econômicas, aquelas que criam o aparato processual indispensável para que os direitos sejam exigíveis ou ainda aquelas que instituem o contrato como lei entre as partes. Já as segundas são aquelas que intervêm sobre o funcionamento do mercado instituído, para estimular ou reprimir determinados resultados. A tutela jurídica da concorrência se inclui entre as normas de ajuste.²⁸

Assim, para a maximização do bem-estar é necessário o estabelecimento de normas estruturais, que estabeleçam o fundamento necessário para a competição dos mercados, assim como a edição de normas de ajuste, aquelas que objetivam combater as disfunções do mercado. Faz-se, ainda, necessário o estabelecimento de uma política pública em defesa da concorrência, a chamada política antitruste.

1.4.1 Breve histórico

A primeira lei antitruste data de 1889, o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, do Canadá.²⁹ Entretanto, considerando a influência sobre a política antitruste brasileira, o texto reconhecido como marco do surgimento das leis antitruste é o *Sherman Act*, de 1890, dos Estados Unidos.

Calixto Salomão Filho³⁰ identifica três fatores da história norte-americana que culminaram com a edição do texto: o grande fortalecimento e concentração industrial, o descontentamento do setor agrário e a rápida transformação da economia do país, a partir de 1865. A principal preocupação da época que culminou com o advento dessa lei era com os efeitos dos monopólios sobre o consumidor. Não havia, assim, a preocupação com a proteção do processo concorrencial.³¹ Tendo em vista uma maior regulação do funcionamento do mercado, foi editado, também, o *Clayton Act* e criada a *Federal Trade Commission*, em 1914.

²⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 226.

²⁹ Ibidem, p. 224.

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 60.

³¹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.63.

Embora existam outras legislações iniciais, no Brasil, o primeiro marco efetivo do surgimento de uma legislação antitruste ocorreu em 1962, com a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ainda assim, a evolução e o aprimoramento dessa legislação ocorreram em 1994, com a edição da Lei nº 8.884, que transformou o CADE em autarquia e estabeleceu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Essa lei se encontra em vigor até o dia 29 de maio de 2012, em virtude da promulgação da Lei 12.529/11, a qual alterou significativamente as rotinas e procedimentos do Conselho, em especial no que tange a implantação da análise prévia dos atos de concentração, a instituição de prazos terminativos para a realização de algumas análises e a disciplina dos órgãos que compõem o SBDC. Essa evolução legal é tema que será aprofundado ao longo do presente trabalho.

É necessário, antes de empreender qualquer análise sobre o tema, realizar uma pequena investigação acerca da importância da implantação e efetivação de leis antitruste para o desenvolvimento econômico do país. Conforme anteriormente exposto, é dever do Estado tutelar a concorrência nos mercados de modo a garantir o bem-estar social, sendo este um de seus principais objetivos finais.

1.4.2 Objetivos da política antitruste

De maneira geral, os objetivos de uma política antitruste são a garantia do bem-estar social, a repressão de condutas que possam prejudicar o ambiente concorrencial, o combate à formação de poder de mercado e a consequente ineficiência econômica competitiva, dentre outras. Para David Kupfer e Lia Hasenclever, a existência de condições competitivas é um dos primeiros fins da adoção de uma política antitruste:

“Uma política de defesa da concorrência tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vistas a induzir, se possível, maior eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados.”³²

Já Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi apontam que o objetivo final da política de defesa da concorrência é a promoção do bem-estar social:

“O objetivo final da política de defesa da concorrência é promover a eficiência econômica e o bem-estar social. Em geral, esse objetivo é tão ou

³² KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 485.

mais facilmente atingido quanto mais atomizado (fragmentado) for o mercado, seja pelo lado dos produtores, seja dos consumidores, e quanto mais independente for a atuação de cada um. Isso não se confunde com um regime de *laissez-faire* – para existir competição, é necessário que existam regras delimitando o que vale ou não nas disputas entre empresas e, em especial, que se defenda a concorrência do esforço constante das empresas para reduzi-la.”³³

O combate ao poder de mercado e as ineficiências decorrentes de seu resultado também se destaca como um dos objetivos da política de defesa da concorrência ou política antitruste: “A política de defesa da concorrência busca limitar o exercício do poder de mercado pois, em princípio, empresas que detêm esse poder são capazes de prejudicar o processo competitivo, gerando ineficiências como resultado do seu exercício.”³⁴

Assim, a relevância e importância da defesa da concorrência enquanto norma jurídica de ajuste e enquanto política pública está associada à busca de uma alocação eficiente de recursos. Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi: “A idéia básica é que certas práticas empresariais podem levar a uma alocação ineficiente de recursos, comprometendo o desempenho da economia, e que uma estrutura industrial competitiva contribui para inibir essas condutas.”³⁵

Fernando Herren Aguillar³⁶ destaca que a simples edição das normas que criam as condições para a concorrência, para o funcionamento do mercado, não é suficiente para que este funcione satisfatoriamente. Há a necessidade de normas de controle de mercado: “Onde quer que existam normas de controle da concorrência supõe-se alguma espécie de disfunção do mercado livre.”³⁷

David Kupfer e Lia Hasenclever destacam ainda que o objetivo defendido não é os interesses dos competidores e sim o processo concorrencial, que, uma vez tutelado, leva a maximização do bem-estar:

“Uma última observação é a de que o objetivo da lei antitruste consiste em defender o *processo concorrencial*, e não os concorrentes individualmente considerados e tampouco, de forma direta, os consumidores. A proteção do processo competitivo, cuja existência, supõe-se, gera resultados socialmente

³³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.357.

³⁴ KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 488.

³⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.361.

³⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 227.

³⁷ Ibidem.

proveitáveis (bem-estar), é de interesse de toda a sociedade – e não deste ou daquele concorrente em particular – e como tal é juridicamente protegido. Trata-se, assim, de um típico *interesse difuso*, de que é titular um grupo indeterminável de pessoas.”³⁸

Conforme afirmado pelos autores, a livre concorrência é um interesse difuso. Um dano gerado ao processo competitivo atinge a toda a coletividade, não somente aos diretamente envolvidos. Toda a coletividade é sujeito dos danos gerados. A Lei 8.884/94 define em seu art. 1º que a coletividade é sujeita dos bens jurídicos tutelados por aquela lei, isto é, da defesa e promoção da livre concorrência. Tal redação foi mantida pela Lei 12.529/11.³⁹ Mas interesses privados também podem ser objeto de ação, conforme os mesmos autores:

“Esses órgãos da Administração Pública atuam na defesa da concorrência enquanto direito difuso. O CADE tem poder de determinar a cessação de uma prática anticompetitiva e aplicar multas, além de autorizar certos atos de concentração. Se, ademais, uma prática anticompetitiva acarretar também danos privados (a empresas concorrentes, por exemplo), uma ação de indenização pode ser proposta, mas no Judiciário, cf. art. 29 da Lei 8.884/94. De qualquer modo, prejuízos privados só podem ser motivo de ação com base na legislação antitruste se a eles se associarem também prejuízos à concorrência.”⁴⁰

A edição de leis antitruste, assim, visa assegurar os ditames constitucionais e garantir o bom funcionamento dos mercados, para promover o bem-estar social. Dentro desta perspectiva, faz-se necessário discorrer sobre os dispositivos legais que visam à defesa da concorrência assim como a sua efetividade para obtenção desse fim constitucionalmente definido.

³⁸ KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 489.

³⁹ Lei 12.529/11. 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.

⁴⁰ KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 486.

2 OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA LEI 8.884/94

A atuação em prol da defesa da concorrência possui duas esferas, sendo uma delas relacionada às estruturas de mercado. O presente trabalho tem como foco principal os procedimentos advindos da legislação relacionados à atuação estrutural da política antitruste, de modo a observar a efetividade da legislação quanto à análise das concentrações nos mercados, tendo em vista a Lei 8.884/94, a recente evolução legal e os desafios propostos por ambas as legislações. Dessa forma, é necessário compreender as esferas de atuação da defesa da concorrência, a motivação das alterações estruturais nos mercados, assim como a importância de sua análise.

2.1 Controle preventivo e repressivo

Há dois planos fundamentais de atuação da defesa da livre concorrência, a repressão e prevenção de condutas anticompetitivas e o controle das concentrações no mercado. Fernando Herren Aguillar destaca as denominações dessas formas de tutela: “A Lei 8.884 trata das questões concorrenciais em dois planos fundamentais: o controle da concentração empresarial (também chamado de controle estrutural) e o controle das condutas anticoncorrenciais (controle de conduta).”⁴¹

Assim também é destacado por David Kupfer e Lia Hasenclever: “a política de defesa da concorrência é implementada por meio de dois padrões básicos de ação: aquele voltado para as condutas dos agentes e aquele relacionado aos parâmetros estruturais que condicionam tais condutas.”⁴²

Já Leonardo Vizeu Figueiredo⁴³ afirma que a atuação dos órgãos de defesa da concorrência divide-se em três vertentes: a) o controle de estruturas de mercado, via apreciação de fusões e aquisições entre empresas; b) a repressão a condutas anticompetitivas e c) a promoção da cultura da concorrência. Dessa maneira, a promoção da concorrência para a sociedade também é um objetivo da política de defesa da concorrência.

⁴¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 231.

⁴² KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 488.

⁴³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 221.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, entretanto, destacam as duas principais formas de atuação, o controle de condutas e de estruturas:

“A política de competição opera por meio de dois tipos de instrumentos. O primeiro é o estabelecimento de estruturas competitivas de mercado, impedindo o surgimento de empresas grandes o suficiente para deter poder de mercado. Tipicamente, as agências de defesa da concorrência fazem isso controlando os *atos de concentração* entre empresas, impedindo o surgimento de monopólios ou *empresas dominantes*. Complementarmente, as autoridades também proíbem certas condutas empresariais, tanto para impedir que um grupo de empresas aja de forma concertada para manipular as condições de oferta, como ainda para impedir que uma *empresa dominante* abuse de sua posição para prejudicar concorrentes menores. Trata-se da repressão ao abuso de poder econômico ou do controle de condutas anticoncorrenciais.”⁴⁴

Assim, a atuação por meio do controle de estruturas tem por foco evitar o surgimento de empresas com poder de mercado capazes de determinar preços acima do patamar competitivo e incidir em condutas anticompetitivas. Essa atuação possui um caráter preventivo mais do que repressivo: “O controle estrutural exercido pelo CADE significa que o órgão desempenha não apenas a função de repressão, mas também a de prevenção na área concorrencial.”⁴⁵

A tutela da concorrência na sua esfera preventiva, ou seja, a análise das concentrações de mercado é de extrema relevância para fins de se evitar o surgimento ou intensificação do poder de mercado das empresas. Uma das hipóteses de sua ocorrência é por meio da concentração no mercado: “Assume-se que o poder de mercado é função crescente da concentração, pois a existência de *pequeno número* de concorrentes e/ou sua *desigualdade* favorecem conluíus tácitos ou explícitos, pelo menos entre as empresas líderes.”⁴⁶

Esse ponto também é destacado por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, ao discorrerem sobre a necessidade da tutela jurídica sobre as concentrações de mercado:

“Do ponto de vista da concorrência, porém, o grau de concentração não tem interesse em si, mas na medida em que revela a capacidade das empresas já instaladas de exercer seu poder de mercado, reduzindo o bem-estar social. O princípio básico é que, em mercados mais concentrados, há maiores

⁴⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Ed. Elsevier, 2005, p. 356.

⁴⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 238.

⁴⁶ KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 497.

chances de que, agindo unilateralmente ou de forma concertada, empresas possam elevar seus preços acima do nível competitivo.”⁴⁷

O controle estrutural foi uma inovação da Lei 8.884/94,⁴⁸ cuja finalidade é prevenir a criação ou reforço de poder de mercado que possa resultar da união de dois ou mais competidores (no caso de concentrações horizontais) ou de parceiros comerciais (no caso de integrações verticais).⁴⁹ Assim, é relevante analisar os motivos que geram as concentrações de mercado, assim como as classificações doutrinárias dessas.

2.2 Motivos da concentração

A concentração dos mercados é uma evidência histórica, tendência apresentada ao longo do curso do desenvolvimento econômico que culminou com a edição de legislações visando sua tutela, conforme citado no capítulo anterior. É importante, assim, para fins de alcance do bem-estar econômico e da melhor compreensão quanto a sua extensão em termos anticoncorrenciais, compreender suas razões, para, então, destacar a importância da sua devida análise antitruste.

É possível identificar na doutrina quatro razões genéricas que justificam a concentração de empresas no mercado: a redução dos custos, o aumento da eficiência, a neutralização da competição e a formação de poder econômico. Itens esses extremamente inter-relacionados.

Primeiramente, a redução dos custos é uma das formas de aumento de eficiência de uma empresa. A integração, por exemplo, de dois sistemas de produção ou de venda pode acarretar inúmeros benefícios em termos econômicos para a empresa resultante. David Kupfer e Lia Hasenclever⁵⁰ citam como exemplos: concorrentes que se fundem para aproveitar economias de escala, que se unem para desenvolver um novo produto, para eliminar dispêndio com pesquisa e desenvolvimento, ou ainda, empresas que produzam vários produtos e que concordam em especializar-se, fornecendo um ao outro os insumos necessários para a produção dos respectivos bens.

⁴⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.367.

⁴⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 238.

⁴⁹ KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 507.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 509.

Entretanto, os aumentos de eficiências decorrentes da operação não necessariamente se converterão em benefícios para o consumidor como a redução de preços ou o aumento da qualidade dos produtos. Da operação pode também advir efeitos anticompetitivos para o mercado, com o aumento do poder de mercado da empresa resultante da operação e com a conseqüente imposição de preços mais elevados, em patamar mais próximo dos preços de monopólio. Dessa forma, cabe à autoridade antitruste analisar pontualmente a dimensão das eficiências decorrentes da operação em face de seus efeitos anticompetitivos.

A formação de poder econômico decorrente de uma operação de concentração não advém necessariamente do desenvolver de eficiências. Conforme apontam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, é uma tendência natural das empresas buscarem a neutralização da competição, isto é, buscarem meio de aumentar seus lucros ao máximo, próximos aos de monopólio:

“As empresas, naturalmente, prefeririam não ter competição, já que é esta quem impede o empresário de extrair lucros anormais, fixando preços acima do custo, ou de relaxar na busca permanente de eficiência. Por isso, é natural, buscará a neutralização da concorrência por meio do domínio do mercado ou mesmo da realização de acordos com objetivo de regular ou atenuar mutuamente as forças concorrenciais. Se possível, todas as empresas sempre seriam monopolistas ou trabalhariam de forma concertada para reduzir a rivalidade entre elas.”⁵¹

Essa busca pelo domínio do mercado dá ensejo não só as concentrações mas também à prática de condutas anticompetitivas, dentre as quais se enquadra o exemplo clássico dos cartéis, fazendo-se necessária, nesses casos, a atuação da autoridade antitruste de forma repressiva. Entretanto, com relação às estruturas, verifica-se que uma das razões e conseqüências das concentrações empresariais é a formação de poder de mercado. Nesse sentido, João Bosco Leopoldino da Fonseca destaca:

“A concentração das empresas tem como objetivo, pelo que já se expos, fortalecê-las, quer através da maximização dos lucros, quer através da maior solidez e menos sujeição às incertezas do mercado. Conseqüência da consecução desse objetivo é a formação de um poder econômico privado.”⁵²

⁵¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.356.

⁵² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12.

Resta à análise pontual determinar se este último é suficiente ou não para produzir efeitos negativos no mercado, em prejuízo dos consumidores ou das demais empresas. Ainda sobre esse tema, é importante citar Paula Forgioni.⁵³ A autora elaborou pequeno estudo acerca do assunto. Segundo a autora, são diversos os fatores que podem compelir o agente econômico à concentração: i) o arrefecimento da concorrência entre os agentes; ii) a viabilidade de economias de escala e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis; iii) a aquisição de pessoal especializado, patentes e direitos de propriedade intelectual de outra empresa, a fim de reduzir os custos de entrada no mercado; iv) a preservação das atividades de firma em má situação econômica e v) a viabilidade de ganhos tributários ou de investimento, ou, ainda, a diminuição dos riscos da atividade.

2.3 Classificação e tipos de concentração

A concentração de empresas no mercado não é ocasionada somente pela incorporação de empresas. De fato, conforme relembra Paula Forgioni, pelo próprio termo concentração econômica é possível inferir que:

“também os acordos entre empresas podem ser entendidos como práticas concentracionistas, pois, a partir do momento em que dois agentes (concorrentes ou não) se unem, ainda que mantenham sua autonomia, passarão a deter uma *vantagem* sobre os demais e que (sempre após a operação) se transforma em maior poder econômico de ambas.”⁵⁴

Ainda conforme a ilustre autora, o termo é empregado nas hipóteses em que os partícipes perdem sua autonomia após a operação empresarial, quando constituem nova sociedade ou grupo cujo poder será compartilhado ou quando a empresa adquire ativos ou patrimônio de outro. Dessa maneira, a existência ou não de poder decisório é fator determinante para sua qualificação:

“Há operação de concentração todas as vezes que: a) existem, em um primeiro momento, pelo menos dois agentes econômicos dotados de autonomia decisória; b) posteriormente, tais centros decisórios sejam unificados em um centro unitário constituído por um partícipe ou por um novo ente; c) tenha ocorrido modificação na estrutura proprietária ou de gestão de um dos partícipes.”⁵⁵

⁵³ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 418-421.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 415.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 416.

Para Calixto Salomão, é necessária a distinção entre concentração e cooperação empresarial. A primeira tem como característica principal o fundamento de que, após a operação, as empresas possam ser consideradas como um único agente para todas as operações, enquanto, para a cooperação, isso não é válido:

“A cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo. Para que ocorra uma concentração empresarial, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico *para todas as operações por elas realizadas*. Não ocorre simplesmente uma uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certa atividade comum. Tanto o comportamento no mercado quanto a forma interna de produção e comercialização deve estar sujeita a um único centro decisório, permitindo considerá-las como um único agente do ponto de vista econômico *em todas as operações por elas realizadas*. Para isso não basta a existência de um acordo. É necessária uma mudança estrutural duradoura nas empresas, que permita pressupor essa ampla uniformidade econômica.”⁵⁶

Ambos os autores, a partir dessa concepção, realizam a seguinte distinção das concentrações: as horizontais, verticais e as conglomeradas. As primeiras tratam daquelas que se processam entre concorrentes,⁵⁷ ou seja, envolvem agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, estando em direta relação de concorrência.⁵⁸ Já as verticais se processam entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios de uma mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviço,⁵⁹ ou seja, os partícipes desenvolvem suas atividades em mercados relevantes concatenados no processo produtivo ou de distribuição do produto.⁶⁰

Já a classificação em conglomerados, é residual, se enquadrando nessa categoria as concentrações que não são nem verticais nem horizontais. Em outras palavras: “As concentrações conglomeradas puras, cujo ritmo foi particularmente acentuado na década de 1970, são aquelas em que empresas, cujos produtos não guardam qualquer relação de concorrência ou complementaridade, se unem.”⁶¹

⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 242.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 278.

⁵⁸ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 417.

⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 278.

⁶⁰ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 417.

⁶¹ *Ibidem*, p. 418.

Uma classificação mais específica é possível, embora não exaustiva. Calixto Salomão assim aponta ao criticar a redação do art. 54 §3º da Lei 8.884/94:⁶²

“A lei utiliza quatro termos, que pouco auxiliam a tarefa do intérprete. É possível que a concentração se dê através de *fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou qualquer forma de agrupamento societário*. A nítida impressão que se tem é que o legislador, após iniciar a enumeração de formas que poderiam levar à concentração econômica, subitamente se deu conta da inconveniência (ou até mesmo impossibilidade) de enumerá-las todas, o que o fez tentar encontrar uma cláusula geral que permitisse a inclusão de todas as hipóteses possíveis.”⁶³

Ainda assim, cabe citar pequena classificação realizada por Leonardo Vizeu Figueiredo acerca das principais formas de classificação:

“Por fusão entende-se o ato empresarial por meio do qual dois ou mais agentes econômicos independentes formam uma nova entidade, deixando de existir como entes jurídicos distintos. A *joint-venture* concentracionista é a associação de duas ou mais entidades independentes para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa à participação no mesmo mercado relevante das empresas-mãe. Por sua vez, *joint-venture* clássica ou cooperativa é a associação de dois ou mais entes separados para a formação de nova entidade, sob controle comum, que visa unicamente a participação em um novo mercado cujos bens não estejam horizontal ou verticalmente relacionados. Por fim, aquisição ou incorporação é a compra do controle de um agente econômico por outro, onde o agente econômico adquirido desaparece como pessoa jurídica, mas o adquirente mantém a identidade jurídica anterior ao ato.”⁶⁴

Dessa maneira, destacados as formas e os motivos das concentrações e comprovada a importância da legislação antitruste para atingir os fins constitucionais de garantia da livre concorrência, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do processo de análise dos atos de concentração (ACs), sob a luz da Lei 8.884/94.

⁶² Lei 8.884/94. Art. 54 § 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).

⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas* . São Paulo: Malheiros, 1999, p. 268.

⁶⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico* . 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 239.

2.4 Os atos de concentração e a Lei 8.884/94

2.4.1 A estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sob a luz da Lei 8.884/94

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), segundo a Lei 8.884/94, é formado por três órgãos, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) do Ministério da Fazenda e o CADE. Os dois primeiros são órgãos de instrução e investigação,⁶⁵ oferecendo, ao término da análise instrutória, nota técnica com sua conclusão.

Trata-se de nota meramente opinativa, pois a decisão em si sobre a imposição ou não restrições em atos de concentração, quando em sede de análise preventiva, ou ainda, a decisão sobre condenação ou não de prática anticompetitiva, quando em sede de análise repressiva, cabe ao CADE, autarquia federal que atua como instância julgante administrativa. “O Cade é uma instância julgante, mesmo que não seja um tribunal administrativo.”⁶⁶

Com relação à atuação entre os três órgãos, segundo Paula Forgioni: “Suas competências em relação ao direito concorrencial encontram-se descritas no texto normativo, que pressupõe atuação harmoniosa entre eles.”⁶⁷ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi descrevem com maiores detalhes a interação do sistema eleito pela Lei 8.884/94:

“A porta de entrada do sistema é a SDE, encarregada de analisar atos de concentração e receber e averiguar preliminarmente as denúncias de infrações da ordem econômica. Os atos devem ser informados pelas empresas envolvidas, enquanto as denúncias de infração podem originar-se no próprio SBDC ou ser trazidas por consumidores e empresas. Em considerando pertinente, a SDE deverá aprofundar a análise da denúncia, coligindo provas e fatos, por meio da obtenção de documentos e da realização de estudos e entrevistas. Em julgando pertinente, a SDE poderá solicitar à Seae uma análise dos aspectos econômicos do processo. À Seae cabe, portanto, avaliar as questões econômicas, inclusive os custos e, quando for o caso, os benefícios envolvidos. A Seae age por provocação da SDE e, assim como esta, elabora um parecer sobre o caso, ambos enviados pela SDE ao Cade, quando for o caso, para o julgamento final do ato de concentração ou da denúncia.”⁶⁸

⁶⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.386.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 128.

⁶⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p. 386-387.

Paula Forgioni faz destaque com relação à efetiva prática da expedição de pareceres. Segunda a autora, embora o espírito de Lei seja no sentido de que a SDE se manifestasse sobre questões jurídicas e a SEAE sobre as econômicas, isso não ocorre na prática devido a impossibilidade de reconhecer os limites dos perfis.⁶⁹ “Daí porque a SDE e a SEAE costumam proferir pareceres conjuntos sobre os casos de concentração econômica.”⁷⁰

2.4.2 Os critérios de submissão dos atos de concentração na Lei 8.884/94

De acordo com a Lei 8.884/94, deverão ser submetido à apreciação do CADE os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou ainda resultar da dominação dos mercados.⁷¹ O § 3º do art. 54 trás um critério mais objetivo para a submissão dos atos de concentração para a análise do SBDC:

“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).”⁷²

A submissão via último faturamento da empresa é um critério mais preciso quanto ao conhecimento ou não de uma operação de concentração, sendo largamente mais utilizado. Já o prazo para a submissão desses atos tem sua previsão no §4º do mesmo artigo:

“§ 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.”⁷³

2.4.3 A Lei 8.884/94 e a análise a posteriori dos atos de concentração

A lei é explícita quanto à opção por uma análise a *posteriori* dos atos de concentração. As partes da operação possuem duas opções quanto ao prazo de submissão, ou

⁶⁹ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 129.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Lei 8.884/94. 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.

⁷² Lei 8.884/94, art. 54, §3º, com a redação dada pela Lei 10.149/2000.

⁷³ Lei 8.884/94, art. 54, §4º, com a redação dada pela Lei 9.021/95.

o fazem previamente ou no máximo de 15 dias úteis após sua realização. O parágrafo 5º traz a previsão de aplicação de multa caso esse prazo seja desrespeitado, a chamada multa por intempestividade. O regimento interno do CADE (RICADE) se ocupou de definir melhor quando a realização de um ato se concretiza. Segundo previsão em seu art. 98,⁷⁴ considera-se o momento da realização aquele da data da assinatura do primeiro documento vinculativo.

Há um elemento marcante na forma de análise adotada pela Lei em questão, mesmo que apresentados para análise de forma prévia, a submissão feita pelo SBDC não impede que a operação se concretize enquanto a análise está sendo realizada.⁷⁵ Nesse sentido, têm-se ainda as determinações dos parágrafos 7º e 9º do art. 54 da Lei 8.884/94. O primeiro dispõe sobre a eficácia dos atos analisados: “A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização”.⁷⁶ Ao afirmar que a aprovação da operação retroage a data de sua realização, a lei sinaliza claramente que as operações analisadas já produzem efeitos durante a análise.

O parágrafo 9º, por sua vez, é mais objetivo sobre esse ponto ao discorrer sobre a produção de efeitos sobre terceiros:

“§ 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 de sociedade, 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.”⁷⁷

Assim, cabe ao Plenário do CADE, no caso de reprovação de uma operação de concentração, determinar providências para que a mesma seja desconstituída. Paula Forgioni destaca:

“as operações de concentração (assim como todas as práticas que implicam ou podem implicar domínio de mercado ou restrição da concorrência) devem ser submetidas à apreciação das autoridades antitruste no prazo de quinze dias úteis após sua celebração. Vimos, também, que por força do § 7.º do art.54 da Lei 8.884, todos os negócios jurídicos que se subsumem à hipótese normativa do *caput* do mesmo art. 54 são celebrados com cláusula resolutiva

⁷⁴ Regimento Interno do CADE, consolidado em 02 de agosto de 2011. Art. 98 – Considerar-se-á como o momento da realização do ato, para fins de cumprimento no disposto nos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei n. 8.884/94, a data da celebração do primeiro documento vinculativo.

⁷⁵ Para tanto, faz-se necessário a adoção de medidas cautelares ou a realização de acordos, institutos objetos do próximo capítulo.

⁷⁶ Lei 8.884/94, art. 54, §7º.

⁷⁷ Lei 8.884/94, art. 54, §9º.

tácita, ou seja, produzem seus efeitos a menos que o CADE venha a desaprovar a operação.”⁷⁸

A princípio, a submissão de uma operação à análise do SBDC não implica na sua paralisação ou na sua não produção de efeitos. Não há qualquer vedação para que a operação se concretize enquanto ainda está sob análise. Paula Forgioni explica, ainda, a origem da denominação *a posteriori*: “A lei brasileira institui, assim, o controle *posterior* dos atos restritivos da concorrência. Diz-se “posterior” porque os agentes econômicos podem realizá-los, independentemente de autorização prévia.”⁷⁹

Dessa forma de submissão dos atos de concentração à análise do SBDC, isto é, da opção explícita da Lei 8.884/94 pela análise *a posteriori*, surgem alguns problemas identificados pela doutrina relacionados principalmente a lentidão da análise e a mudança da estrutura de mercado, enquanto o estudo está a ocorrer. Esses problemas são tema de extrema relevância tendo em vista a eficácia das decisões da autarquia.

2.4.4 Os Atos de Concentração e o decurso do tempo

A opção explícita pela análise *a posteriori* pode agravar eventuais problemas concorrenciais quando considerada sob a ótica temporal das análises realizadas. Ao submeter suas operações para análise, as requerentes devem fornecer algumas informações básicas constantes no Anexo I da Resolução nº 15 de 19 de agosto de 1998 do CADE. Entretanto, essas nem sempre são suficientes para a verificação dos efeitos da operação no mercado.

A própria lei antitruste brasileira, com o objetivo de evitar uma análise deficiente das concentrações de mercado, dispôs no § 8º do art. 54 que os prazos finais determinados pela lei para a análise do órgão antitruste ficam suspensos enquanto não forem apresentados os esclarecimentos imprescindíveis para a análise do processo, solicitados pelo SBDC.

Esses prazos finais encontram previsão nos §§ 6º e 7º do mesmo dispositivo legal. Nesse sentido, é estipulado o prazo de 60 dias para a análise instrutória, realizada pela SEAE e SDE, e 60 dias para a decisão final do Plenário do CADE.⁸⁰ Esses são suspensos

⁷⁸ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.441.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Lei 8.884/94. 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.

quando da solicitação de maiores informações, ou para as próprias requerentes, ou para terceiros. Armando Castelar e Jairo Saddi destacam que essa necessidade de informação acaba tornando o processo de análise do Ato de Concentração extremamente longo:

“A análise de um ato de concentração demanda informações variadas, para que o SBDC conheça detalhes das empresas envolvidas, identifique o mercado relevante, avalie o grau de concentração, meça as eficiências que o ato pode gerar etc. Bancos de dados públicos e os concorrentes das empresas participantes do ato, no esforço de construir um caso contra a sua aprovação, são freqüentemente fontes úteis de dados. Mas esse processo não pode prescindir das informações que são privativas das empresas envolvidas, inclusive aquelas que não são voluntariamente fornecidas, o que leva a interações seguidas entre elas e o SBDC. Isso torna o processo de análise mais lento, fazendo com que a contagem dos prazos fique suspensa enquanto se aguardam as informações solicitadas às empresas – na prática, a análise de um ato de concentração pode se revelar um processo longo.”⁸¹

Para Carlos Ari Sunfeld, essa utilização do § 8º para suspensão tem sido utilizada de maneira equivocada:

“A conclusão deste estudo é crítica quanto à aplicação que se tem feito da norma. A meu ver, o CADE vem historicamente errando quando, pressionado pelas carências materiais e pela complexidade dos casos, usa do §8º como justificativa para considerar suspenso o prazo de 60 dias em situações que não têm esse efeito. Essa postura preocupa, pelos riscos que gera para a eficácia da própria ação do órgão. De um lado, confortado pelo alargamento artificial dos prazos, o colegiado adia decisões difíceis, que devia tomar prontamente. De outro, o que é mais grave, pode estar ferindo de morte todas as suas decisões nos processos de concentração, contaminando-as com vício formal.”⁸²

Os autores apontam em motivações diversas para a utilização da suspensão dos prazos. Ela foi prevista com o intuito de se evitar uma análise deficiente tendo em vista a dificuldade de se obter informações das partes e de terceiros quanto à estrutura do mercado. O resultado, entretanto, é o mesmo, um período de análise demasiadamente longo.

§ 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.

⁸¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p. 390.

⁸² SUNFELD, Carlos Ari. A apreciação de atos de concentração pelo CADE e o decurso de prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 64.

2.4.5 Períodos de tramitação dos Atos de Concentração

Sob essa perspectiva, conforme a complexidade do caso, maior é a necessidade de se obter maiores informações e conseqüentemente maior o tempo de análise. O CADE disponibiliza em seu site dados estatísticos relacionados ao tempo de permanência dos atos de concentração na autarquia. A partir da disponibilidade dessas estatísticas foi possível elaborar o seguinte quadro de comparação temporal:

Quadro 1 – Tempo de Permanência de ACs no CADE de 2006 a 2011.

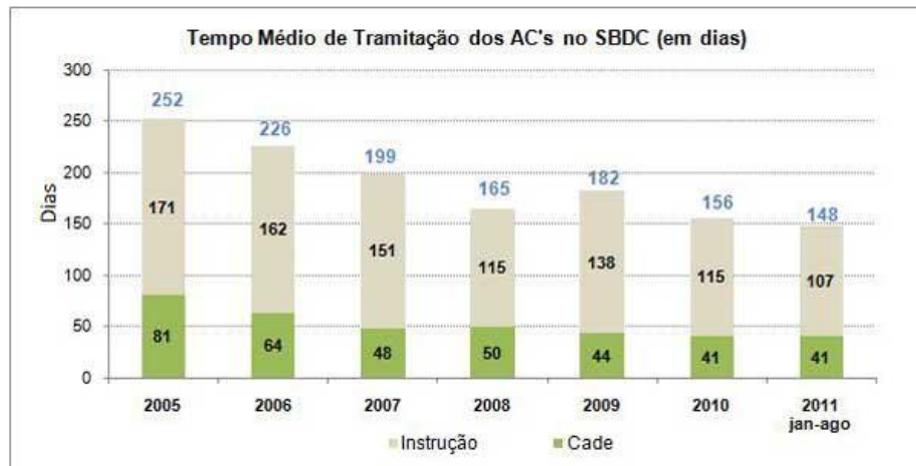
Ano	30 dias	60 dias	90 dias	180 dias	270 dias	360 dias	Mais	Média	Mediana	Desvio Padrão
2005	65	206	116	71	25	3	11	85	56	114
2006	117	188	35	40	9	4	9	64,9	41	87,9
2007	133	336	52	31	6	3	2	51	40	68,2
2008	110	400	82	39	6	1	0	50	42	29
2009	203	196	41	26	3	3	2	44	35	42
2010	356	220	40	27	14	0	3	41	29	48
2011	426	179	61		22	8	9	45	28	65
mar/2012	58	91	27		8	0	2	41	36	53

Fonte: www.cade.gov.br ; Elaboração própria.

A partir desses dados, verifica-se que, em média, a tramitação dos processos encontra-se abaixo do prazo máximo legal. Entretanto, os dados demonstram haver um desvio padrão significativo em todos os anos. Dessa forma, verifica-se, apesar desses dados estarem relacionados à média, que há uma quantidade relativamente alta de processos cuja análise demora mais do que o prazo legal estabelecido.

Em 2009 e 2011, por exemplo, pelo menos 5 atos de concentração permaneceram no Conselho por período igual ou superior a 1 ano. Importante destacar que esses dados desconsideram o tempo de análise dos demais órgãos do SBDC, considerando somente o tempo de permanência do ato de concentração na autarquia judicante.

Os dados disponibilizados de forma consolidada, isto é, que consideram o tempo em que o processo tramitou por todos os órgãos do SBDC em conjunto, se referem ao tempo médio de tramitação, conforme tabela a seguir:

Tabela 1 – Tempo Médio de Tramitação no SBDC

Fonte: www.cade.gov.br

Embora faça referência ao tempo médio de tramitação e não ao tempo total, a tabela demonstra que, apesar de ter diminuído significativamente ao longo dos anos, o tempo médio dispensado na análise continua alto. Esse elevado percentual de tempo dispensado na análise, necessário devido à falta de informações disponíveis para a mesma, acaba por agravar as consequências da análise *a posteriori*, uma vez que a operação, via de regra, estará produzindo efeitos para o mercado durante esse período.

2.4.6 As críticas ao regime adotado

Assim, pode-se dizer que as críticas à análise *a posteriori* dos atos de concentração possuem três vertentes: a) a atipicidade; b) a dinamicidade do mercado e c) a incerteza.

A primeira delas corresponde à identificação de que o Brasil é um dos poucos países que adota esse modelo de análise posterior. Paula Forgioni⁸³ cita alguns detalhes dos modelos de análise das duas principais referências em matéria antitruste. Segundo ela, nos Estados Unidos, a notificação prévia foi instituída em 1976 e, no espaço de tempo em que as autoridades administrativas têm para apreciar as informações da operação, essa não pode ser implementada. Já, na Europa, os regulamentos facultam que ela seja notificada anteriormente ou posteriormente, mas em qualquer hipótese, a sua eficácia ficará suspensa até a aprovação pela Comissão responsável.

⁸³ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 442.

Ubiratan Mattos é direto ao apontar esse como um dos motivos da necessidade de mudança para uma notificação prévia: “porque no mundo todo é assim”.⁸⁴ O autor aponta a Zâmbia e a Espanha como países em que o modelo de notificação é prévio e suspende a operação.

A dinamicidade do mercado corresponde ao argumento de que a não suspensão de uma operação, ou seja, o fato de que, durante a análise, a operação já está sendo concretizada no mercado, alterando sua estrutura e as relações perante terceiros, pode ocasionar danos irreversíveis para o ambiente competitivo. Paula Forgioni destaca:

“É bem verdade que o § 4.º do art. 54 faculta às partes apresentarem o ato para aprovação das autoridades antitruste previamente à sua realização. No entanto, os agentes econômicos brasileiros – mesmo para dificultar a tomada de decisão desfavorável por parte das autoridades antitruste – costumam implementar o ato, antes de sua apresentação às autoridade competentes. Dessa forma, o desfazimento da operação, caso não seja aprovada, gera custos sociais elevados, além de apresentar dificuldades fáticas não indiferentes; não é simples “voltar atrás” uma operação de concentração econômica, desfazendo os efeitos já produzidos no mundo fático.”⁸⁵

Elizabeth Farina,⁸⁶ ao discorrer sobre a necessidade de mudança, afirma que outro modelo evitaria a criação de fatos consumados, que geram dificuldades sociais para o desfazimento do negócio e a reversão do ato de concentração. Completa ainda que: “À medida que decorre o tempo, a decisão passa a ser inadequada e inútil.”⁸⁷ Também nessa direção aponta Uribatan Mattos.⁸⁸ Para ele, uma mudança implica da forma de notificação tem por objetivo evitar o fato consumado, ou seja, “que a operação se torne irreversível pelo decorrer do tempo de análise pelas autoridades da concorrência.”⁸⁹

Essa é uma das principais críticas à análise realizada de forma posterior. Quanto mais dinâmico o mercado, maior é a dificuldade em se reverter uma operação no caso de eventual reprovação. Uma concentração, seja em qualquer espécie, depois de concluído o período negocial, tem como efeito necessário a alteração das relações no mercado. Há a

⁸⁴ MATTOS, Ubiratan. Apresentação prévia e atos de concentração. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, nº 263, dez. 2007, p. 19.

⁸⁵ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 442.

⁸⁶ FARINA, Elizabeth Mercier Querino. Apresentação prévia e atos de concentração. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, nº 263, dez. 2007, p. 18.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ MATTOS, Ubiratan. Apresentação prévia e atos de concentração. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, nº 263, dez. 2007, p. 19.

⁸⁹ Ibidem.

possibilidade de essa alteração ser irreversível, ou seja, mesmo que, posteriormente sejam adotadas medidas que visem à venda de ativos e a desconstituição da operação, há situações em que o mercado interioriza as mudanças iniciais.

Carlos Ari Sunfeld faz apontamentos quanto à conveniência das partes neste aspecto, ou seja, no que tange a suspensão dos prazos e a demora na análise: “Afinal, a demora muitas vezes convém às próprias requerentes, pois acaba por consumir operações, inviabilizando análises mais severas da autoridade concorrencial.”⁹⁰

O terceiro ponto corresponde à incerteza e aos riscos gerados no mercado por conta da aprovação ou não de uma operação sob análise. O tempo despendido na análise sem suspensão da operação gera incerteza no mercado, inclusive com relação aos acionistas das empresas requerentes, pois a operação envolve sempre um investimento e uma série de custos realizados. No caso de uma reprovação, esses dispêndios não podem ser recuperados. Elizabeth Farina⁹¹ destaca esse ponto ao se referir aos recursos ao Judiciário, que agravam esse cenário de incerteza no mercado.

Ao realizar estudo sobre como os riscos legais afetam as decisões de mercado, Almir Rogério Golçalves conclui que:

“É imprescindível eliminar as volatilidades, reduzir os riscos e democratizar o acesso aos direitos (e não necessariamente ao Judiciário). Nenhuma sociedade que viva sob a égide do risco pode se considerar uma sociedade estável. As relações numa sociedade tal são tênues e precárias. O estudo, o mapeamento e o controle dos riscos derivados da atividade jurídica, não obstante serem importantes para a atividade econômica, são também imprescindíveis para a organização social das Nações e dos sistemas de Direito.”⁹²

Diante deste contexto de efeitos negativos do modelo proposto pela Lei 8.884/94, ou seja, a dificuldade de reversão de uma operação reprovada e os riscos associados à demora da análise, dois instrumentos surgiram em contrapartida: a adoção de acordos visando manter a estrutura de mercado durante a análise e a adoção do modelo de análise prévia das operações, discutidos a seguir.

⁹⁰ SUNFELD, Carlos Ari. A apreciação de atos de concentração pelo CADE e o decurso de prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 63.

⁹¹ FARINA, Elizabeth Mercier Querino. Apresentação prévia e atos de concentração. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, nº 263, dezembro de 2007, p. 18.

⁹² GOLÇALVES, Almir Rogério. O direito, o mercado, o contrato, os riscos legais e a certeza jurídica. *Revista de Direito Mercantil*, v. 44, nº 139, jul./set. 2005, p. 104.

3 MEDIDAS UNILATERAIS ADOTADAS PELO CADE

É possível identificar três instrumentos de cautela utilizados pelo CADE: as medidas preventivas, as medidas cautelares e os acordos de preservação da reversibilidade da operação (APRO). Como estão relacionadas ao poder de cautela da Administração Pública, suas nomenclaturas e previsões legais se confundem.

Entretanto, as medidas preventivas se referem aos casos relacionados às infrações da ordem econômica, ou seja, a atuação repressiva do SBDC, pois estão relacionadas, no comando legal, ao julgamento de Processos Administrativos, além de haver referência explícita, no art. 52 da Lei 8.884/94, a sua adoção para que seja cessada prática lesiva.⁹³

Dessa forma, no caso de indício ou fundado receio de que o representado, no curso de um processo administrativo por infração à ordem econômica, tenha o potencial de causar lesão irreparável ou difícil reparação ao mercado, prevê-se a possibilidade de adoção de medida preventiva. Nota-se que, apesar de previsão expressa, a lei não determina a adoção da mesma, somente prevê a sua possibilidade, deixando a critério da Administração Pública a sua adoção ou não. Não há determinação obrigacional de sua adoção.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi,⁹⁴ assim como Paula Forgioni⁹⁵ e Leonardo Vizeu Figueiredo⁹⁶ destacam a existência desse tipo de medida em suas obras. Esses autores enfatizam que a medida preventiva tem por objetivo ordenar a imediata cessação da prática, retornando, quando for possível, o mercado à situação pretérita. Para

⁹³Lei 8.884/94. Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§ 2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

⁹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005, p.393.

⁹⁵ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 147.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 250.

Leonardo Vizeu Figueiredo, tal estipulação ocorre sob pena de multa do art. 25 da Lei 8.884/94.⁹⁷

Já com relação às medidas cautelares e aos APROs, é tênue a distinção quanto aos critérios que determinam a adoção de um ou de outro instituto no caso concreto e, muitas vezes, essa se encontra baseada nos mesmos dispositivos legais que as medidas preventivas. Entretanto, é fato que sua adoção pelo CADE está relacionada com o julgamento dos atos de concentração e demonstra a preocupação com os efeitos possíveis no mercado de uma operação já concretizada, mas ainda não aprovada.

São esses dois, portanto, os objetos do estudo realizado no presente capítulo, pois se tratam das medidas adotadas pela Administração Pública com o objetivo de evitar que os efeitos da concentração apresentada à análise se concretizem antes da decisão de mérito da autarquia. Importante destacar que os APRO são também uma forma de medida cautelar. Fernando Herren Aguilar considera os APRO uma das medidas possíveis de adoção pelo Conselheiro Relator para garantir a reversibilidade da operação:

“A medida cautelar poderá ser requerida pela SEAE, SDE, Procuradoria do CADE ou qualquer legítimo interessado no ato de concentração sob análise. O Conselheiro-Relator, ao apreciar a medida cautelar, poderá tomar as medidas que julgar adequadas para preservar a reversibilidade do ato de concentração, nelas incluindo o APRO. Para tanto, o APRO poderá ser firmado, até a decisão de concessão ou indeferimento da medida cautelar.”⁹⁸

Esses acordos constituem, assim, medidas cautelares que não são adotadas de ofício pela autarquia, se tratam de medidas bilaterais, com a participação e aval das partes requerentes.

3.1 Das medidas cautelares

3.1.1 Conceito e previsão

É o Regimento Interno do CADE (RICADE) que dispõe sobre as medidas cautelares e os APROs de forma expressa. O art. 99⁹⁹ deste regimento oferece explicação

⁹⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 250.

⁹⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 241.

⁹⁹ Regimento Interno do CADE, consolidado em 02 de agosto de 2011. Art. 99 - Recebida da Secretaria de Direito Econômico uma das vias do requerimento protocolado pelas requerentes, proceder-se-á a distribuição, na primeira sessão de Distribuição posterior a protocolização.
Parágrafo único – Recebido o procedimento, o Relator, se entender necessário, convocará os representantes legais das requerentes para discutir a celebração de APRO ou poderá adotar Medida Cautelar.

sobre a distinção entre os institutos. Segundo seu parágrafo único, tendo sido distribuído o ato de concentração, poderá o relator convocar os representantes legais para celebração de APRO ou adotar medida cautelar.

Deste dispositivo legal, percebe-se o maior grau das medidas cautelares *stricto sensu*, ou seja, estas poderão ser adotadas mesmo sem realização de reunião com as partes visando à celebração de acordo, tão logo sejam recebidos os autos, ainda sem iniciada a fase de instrução. Trata-se da primeira hipótese de sua adoção segundo previsão do RICADE, isto é, adoção de decisão de ofício do Relator.¹⁰⁰

A segunda hipótese relaciona-se à impugnação oferecida por terceiros ao ato de concentração apresentado. A prática de atos por terceiros é excepcional, segundo expressa determinação do art. 36 do RICADE, e estará sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. A terceira possibilidade consiste no requerimento feito pela SDE, SEAE, Procuradoria do CADE ou pelas Agências Reguladoras. Há, também, a previsão¹⁰¹ de manifestação das partes quanto ao pedido de medida cautelar, embora essa seja, em caráter excepcional, dispensável no caso de se verificar que a demora em sua adoção poderá tornar a medida ineficaz.

As medidas cautelares, assim, consistem em mecanismos que buscam garantir a abstenção de determinados novos atos decorrentes da operação, com o fim de manter o status concorrencial do mercado no momento anterior à celebração do ato em si. O art. 136 do RICADE elenca rol não exaustivo das abstenções possíveis de serem exigidas. Essas podem estar relacionadas a: i) alterações de natureza societária, das instalações físicas, dos direitos de propriedade, das logísticas ou práticas de distribuição ou de projetos de investimento; ii) descontinuações de marcas e produtos ou iii) mudanças administrativas visando a integração das empresas requerentes.

¹⁰⁰ Regimento Interno do CADE, consolidado em 02 de agosto de 2011. Art. 133 - A Medida Cautelar protocolizada junto a Unidade de Protocolo do CADE poderá ser formulada por meio de requerimento escrito e fundamentado da SEAE, da SDE, das Agências Reguladoras, da Procuradoria do CADE ou por terceiro interessado, nos termos do art. 36 deste Regimento, bem como pode ser determinada, de ofício, através de decisão fundamentada, pelo Relator do Ato de Concentração.

¹⁰¹ Regimento Interno do CADE, consolidado em 02 de agosto de 2011. Art. 135 – Recebida pelo Relator a Medida Cautelar, as partes serão intimadas a se manifestarem, no prazo de 05 (cinco) dias, após os quais, o Relator apreciará o pedido de liminar.

Parágrafo único - Excepcionalmente, a Medida Cautelar poderá ser deferida sem a manifestação das empresas participantes do Ato de Concentração, quando se verificar que a demora decorrente poderá tornar, total ou parcialmente, ineficaz a concessão da medida.

3.1.2 Requisitos e fundamentos

O Regimento estabelece como requisitos para a concessão das medidas cautelares a identificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* em face da tutela de defesa da concorrência. Tratam-se de requisitos previstos no Código de Processo Civil nos arts. 273 e 798 para exercício da antecipação de tutela e do poder geral de cautela.

Segundo o Despacho ¹⁰² do Conselheiro do CADE Luís Fernando Rigato Vasconcellos que deferiu a Medida Cautelar requerida pela SDE e pela SEAE nos ACs apresentados pela Ultrapar Participações S.A., Braskem S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. em 2007, o requisito do *fumus boni iuris* estaria caracterizado, no caso, pelo fato de as concentrações horizontais e verticais preliminarmente identificadas serem potencialmente capazes de resultarem em dano à livre concorrência. O Conselheiro Thompson de Andrade, de forma geral, destacou ainda que “a fumaça do bom direito nada mais é do que a possibilidade de dano à coletividade.” ¹⁰³

No caso do Ato de Concentração nº 08012.011518/2006-45, que tratava da aquisição pela Mahle GMBH, da totalidade do capital social da Engine Products Group, a divisão de componentes de motores da Dana Corporation, foi identificado como o requisito *fumus boni iuris*, o fato de que o mercado, após a operação, contaria com um único produtor nacional de anéis de pistões para motores originais. ¹⁰⁴ É necessária, assim, a existência de indícios suficientes que levam a crer que tal risco é real. ¹⁰⁵

No mesmo caso, o requisito do *periculum in mora* foi identificado como o elevado risco de que uma possível reprovação da operação se torne inútil para proteger a coletividade dos danos causados pela operação em tela. ¹⁰⁶ Esse requisito se manifestaria quando a demora no julgamento final de determinado caso seria a causa de uma lesão grave

¹⁰² CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAB. LFRV nº 003/2007** nos autos da Medida Cautelar 08700.001507/2007-80 em apenso aos Atos de Concentração conexos 08012.002813/2007-91, 08012.002816/2007-25, 08012.002818/2007-14 e 08012.002820/2007-93, fls. 14 a 20, de 17 de abril de 2007.

¹⁰³ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho TA nº 03/2004** nos autos da Medida Cautelar no Ato de Concentração nº 53500/002423/2003, fls. 309 a 325, de 14 de abril de 2004, fl. 319.

¹⁰⁴ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAB. LFRV nº 001/2007** nos autos da Medida Cautelar nº 08700.000502/2007-30 apenso ao Ato de Concentração 08012.011518/2006-45, fls. 280 a 291, de 21 de março de 2007, fl. 285.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

ou de difícil reparação a uma das partes, ou ainda, a eliminação de concorrentes capazes de fazer frente ao poder econômico das empresas concentradas.¹⁰⁷

A presença desses requisitos, assim, é a justificação necessária para que o objeto do Ato de Concentração seja preservado, enquanto a instância decisória não emite sua decisão. Para a adoção de uma medida cautelar em sede de concentrações de mercado, de acordo com a Lei 8.884/94, faz-se necessário, assim, indícios mínimos de danos potenciais ao mercado advindos da operação e também ocasionados pelo decurso do tempo de análise.

3.1.3 Histórico

Segundo dados disponíveis no sitio do CADE,¹⁰⁸ há registro de somente um pedido de medida cautelar que foi acolhido pela autarquia e culminou com a imposição da medida de forma direta pelo relator, isto é, não ocorreu, logo a princípio, a celebração de um acordo. Trata-se da medida cautelar nº 08700.001707/2007-80.

No dia 17 de abril de 2007, foi interposta petição requerendo concessão de medida liminar pelas próprias Secretarias do SBDC, tendo, no mesmo dia, o Conselheiro Relator deferido o pedido. A medida referia-se a quatro Atos de Concentração conexos,¹⁰⁹ que se referiam à aquisição de ativos do Grupo Ipiranga pela Ultrapar, Braskem e Petrobrás. As secretarias entendiam que as concentrações horizontais e verticais ocasionadas poderiam implicar na alteração do quadro concorrencial de forma significativa e de difícil reversão.¹¹⁰ A urgência dessa adoção imediata foi justificada pelo fato de que o fechamento da operação estava marcado para o dia seguinte ao pedido interposto.

Entretanto, cerca de uma semana depois, o Conselheiro proferiu novo despacho, destacando que “após esclarecimentos prestados pelas Requerentes por meio de reuniões e de apresentação de documentação que não constava nos autos, entendeu-se por

¹⁰⁷ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho TA nº 03/2004** nos autos da Medida Cautelar em Ato de Concentração nº 53500/002423/2003, fls. 309 a 325, de 14 de abril de 2004, fl. 319.

¹⁰⁸ Nesse ponto, é necessário o destaque de que foi realizada pesquisa por meio do sítio eletrônico do CADE: www.cade.gov.br, sendo o último acesso no dia 22 de abril de 2012, por meio do item ‘medidas cautelares’ presente no item ‘processual’ do índice.

¹⁰⁹ Tratava-se dos atos de concentração nº 08012.002813/2001-91, nº 08012.002816/2007-25, nº 08012.002818/2007-14 e 08012.002820/2007-93, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgados na sessão ordinária nº 425, em 09 de julho de 2008.

¹¹⁰ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAV LFRV nº 003/2007** nos autos da Medida Cautelar 08700.001707/2007-80 referente aos atos de concentração nº 08012.002813/2001-91, nº 08012.002816/2007-25, nº 08012.002818/2007-14 e 08012.002820/2007-93, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, fls. 14 a 20.

bem realizar alguns ajustes iniciais no texto inicial”¹¹¹ do despacho, o que culminou com a assinatura de um APRO.

A adoção de APRO em uma medida cautelar interposta é prática comum, podendo-se citar como exemplos, também, os acordos realizados nos seguintes atos de concentração: 08012.011518/2006-45 e 53500.002423/2003, atos esses em que houve a solicitação de adoção de medidas cautelares. Essa situação pode ser explicada pelo fato de que ambas as partes, Administração Pública e as partes, possuem incentivos para a realização de um acordo.

Com a sua celebração, a Administração Pública não adota uma medida unilateral, o que implicaria em uma maior dificuldade de fiscalização de suas cláusulas. Assim como a negociação permite às requerentes contribuírem com a adoção da medida cautelar, impedindo, por exemplo, medidas que possam prejudicar o processo produtivo. Há, ainda, dessa forma, um maior interesse das requerentes em contribuir para o processo de análise.

A adoção de medidas cautelares de forma direta pelo Conselheiro Relator é rara no histórico do SBDC. Uma possível explicação é a dificuldade de se identificar claramente, num momento anterior, quais os casos em que o custo da implementação da medida superariam a possibilidade de possíveis danos ao mercado decorrentes da análise a ser realizada.

3.2 Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação

3.2.1 Conceito e previsão

Os Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação (APROs) são, assim, medidas cautelares bilaterais, ou seja, trata-se de acordos firmados entre as requerentes do Ato de Concentração e o CADE com o intuito de garantir, ao menos em parte, que, no caso de uma decisão contrária aos interesses das partes, será possível retornar ao *status quo* anterior à consolidação da operação, sem grandes danos a estrutura do mercado.

¹¹¹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAV LFRV nº 006/2007** nos autos da Medida Cautelar 08700.001707/2007-80 referente aos atos de concentração nº 08012.002813/2001-91, nº 08012.002816/2007-25, nº 08012.002818/2007-14 e 08012.002820/2007-93, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, fls. 545 a 546, em 25 de abril de 2007, fl. 545.

Em continuidade com o disposto no tópico anterior, do pedido de impugnação à operação, ou seja, do pedido de adoção de medida cautelar, pode surgir a adoção de um APRO. Um exemplo é o Ato de Concentração 08012.011518/2006-45, realizado entre a Mahle e a Dana Corporation, acerca do mercado de peças, originais e de reposição. Na ocasião, a KS Pistões Ltda. ofereceu impugnação à apuração tendo em vista que desta surgiria uma concentração de cerca de 82% no mercado de anéis de pistões originais.

Em seguida, tanto as requerentes quanto a SDE foram instadas a se manifestarem sobre o pedido. Em resposta, as requerentes apresentaram ao CADE um compromisso unilateral que, em suma, consistia num compromisso de manutenção do fornecimento de anéis de pistões à impugnante.¹¹² As Secretarias entenderam pela insuficiência do compromisso proposto. Desse negociação, a Mahle se propôs a assinar um APRO que atendesse a um rol bem mais amplo de preocupações concorrenciais.

Nesse caso, a iniciativa da assinatura do acordo partiu do próprio SBDC. Entretanto, o art. 140 do RICADE atribui a faculdade de proposta de um APRO à Administração ou às requerentes. O mesmo artigo destaca também que essa proposta pelas requerentes não gera qualquer direito subjetivo à celebração, devendo-se sempre ser observadas a conveniência e oportunidade do CADE em sua assinatura.

Embora a solução negocial tenha sua relevância destacada, deve-se ter em vista sempre a melhor maneira de se garantir a preservação da reversibilidade da operação. Dessa forma, o RICADE, no §4º do dispositivo legal supracitado, afirma que caso não haja homologação do APRO, o Conselheiro Relator deve apresentar sua decisão enquanto medida cautelar *stricto sensu* sem prejuízo da assinatura de nova minuta de acordo.¹¹³

Dessa forma, os objetivos maiores das medidas cautelares devem ser sempre observados. O principal dele é garantir a reversibilidade da operação, ou seja, garantir que, no

¹¹² CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAV LFRV Nº 001/2007** nos autos da Medida Cautelar 08700.000502/2007-30 referente ao ato de concentração 08012.011518/2006-45, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, fls. 280 a 291, fl. 283.

¹¹³ Regimento Interno do CADE, consolidado em 02 de agosto de 2011. Art. 140 - O APRO poderá ser celebrado por iniciativa do Relator ou por requerimento das partes envolvidas no Ato de Concentração.

§ 1º O requerimento de celebração do APRO não gera às requerentes direito subjetivo a sua celebração, resguardando-se ao CADE o juízo sobre a conveniência e oportunidade de celebrá-lo.

§ 2º Nas hipóteses em que o Relator entender conveniente a celebração do APRO, serão intimadas as requerentes para apresentação de minuta, as quais serão apreciadas pelo Relator, a quem caberá a redação final.

§ 3º O Relator poderá encaminhar a minuta à Procuradoria do CADE, para parecer, no prazo que estipular e, posteriormente, será levada à homologação do Plenário.

§ 4º Caso o acordo não seja homologado, o Relator deverá submeter, na sessão seguinte, sua decisão acerca da Medida Cautelar para referendado do Plenário, sem prejuízo da elaboração de nova minuta.

suposto caso de uma reprovação e desconstituição, seja possível retornar ao momento anterior, sem maiores danos ao mercado. Também é citado, nos acordos celebrados, o propósito de preservar as condições de mercado, prevenindo as mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer na sua estrutura até o julgamento do Ato de Concentração,¹¹⁴ com o intuito de evitar algum suposto risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento.¹¹⁵

Tais objetivos se encontram formalizado no RICADE. De acordo com o parágrafo único do art. 139 do Regimento,¹¹⁶ o acordo estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, de forma a prevenir a alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento de mérito. O objetivo assim é evitar o risco de que o resultado final se torne ineficaz. O RICADE aponta como fundamento legal os arts. 55 e 83 da Lei 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei 7.347/85.

Tais fundamentos legais são citados expressamente, também, nos acordos efetivamente celebrados pela autarquia. O art. 83 da lei antitruste prevê a aplicação subsidiária dos dispositivos da Lei 7.347/85, que trata da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos direitos difusos e coletivos. O art. 5º desta lei prevê a possibilidade de celebração de acordo para a defesa desses direitos, os chamados, compromissos de ajustamento.

O dispositivo tem aplicação direta ao caso, além da determinação do art. 83, pelo disposto no art. 1º da Lei 8.884/94, segundo o qual, a coletividade é a titular dos bens jurídicos tutelado pela lei. A tutela da concorrência é direito difuso, pois nos casos de infrações ou danos a processo concorrencial, não é possível identificar todos os sujeitos que

¹¹⁴ Cf. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação nos AC 08012.011518/2006-45*, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, celebrado em 21 de março de 2007, *53500.002423/2003*, de Relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, celebrado em 14 de abril de 2004 e *08012.003302/2007-97*, de Relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, celebrado em 16 de maio de 2007.

¹¹⁵ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 53500.012477/2008*, de Relatoria do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, celebrado em 10 de dezembro de 2008.

¹¹⁶ Regimento Interno do CADE, consolidado em 02 de agosto de 2011. Art. 139 - Até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar poderá ser celebrado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que será registrado na capa dos autos. Parágrafo único - O acordo, conforme os arts. 55 e 83 da Lei n. 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei n. 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento.

sofrem os danos causados.¹¹⁷ Esses atingem a toda a coletividade, ainda que de forma indireta.

Também é citado como fundamento legal dos APRO o art. 9º, IV, da Lei 8.884/94, que prevê a competência dos Conselheiros do CADE para a adoção de medidas preventivas.¹¹⁸ Sua previsão expressa, entretanto, é encontrada no RICADE, nos artigos 139 e seguintes, conforme já mencionado.

3.2.2 Do mérito dos acordos

Para a melhor compreensão do instituto, é interessante uma análise mais aprofundada de suas cláusulas, ou seja, de como se deu a evolução, na prática, do conteúdo dos acordos assinados entre a autarquia e as partes requerentes, tendo em vista a efetividade ou não do mesmo para a consecução dos objetivos propostos.

Nos acordos assinados, verifica-se a presença de cláusulas gerais, ou seja, relacionadas ao instituto em si e presentes na maioria dos acordos assinados e a presença de cláusulas específicas, referentes ao mérito do acordo e da operação em análise.

3.2.2.1 Das cláusulas gerais

3.2.2.1.1 Da vigência

É comum a inclusão de forma expressa da determinação de que o acordo assinado vigorará até o final do julgamento do ato de concentração a que faz referência. Em muitos casos, trata-se da introdução do acordo ou de disposto no despacho anterior que o autoriza. Sua exteriorização visa evitar que as requerentes, entendendo não mais estarem presentes os requisitos que culminaram na proposta de APRO, infiram que o acordo não mais se encontra em vigor. Dessa forma, o teor do acordo vigora até a decisão final e qualquer revisão deverá ser expressa.

3.2.2.1.2 Da revisão

As circunstâncias da revisão ou modificação do acordo encontram-se expressamente previstas em sua minuta. Assim, esses só poderão ser revistos, a qualquer

¹¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 718.

¹¹⁸ Cf. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.001885/2007-11*, de Relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, celebrado em 08 de agosto de 2007.

tempo durante a sua vigência, em duas hipóteses: i) por iniciativa do Conselho ou ii) a pedido das requerentes, se estas comprovarem não mais existirem os requisitos que motivaram a sua celebração. Essa comprovação deverá ser avaliada pelo Plenário do CADE.

No caso já citado anteriormente, dos atos de concentração envolvendo as empresas Braskem, Petrobras e Ultra, a medida cautelar inicialmente proferida pelo Conselheiro relator era extremamente abrangente no que relacionava as vedações às empresas. Tendo sido revista, na ocasião da assinatura do acordo, pois, segundo Conselheiro relator, as partes prestaram esclarecimentos que justificam a sua revisão.¹¹⁹

3.2.2.1.3 Das penalidades

As penalidades impostas dizem respeito ao descumprimento por parte das compromissárias das obrigações previstas. É sempre prevista a aplicação de multa diária, sem prejuízo das penalidades civis e penais cabíveis. Importante destacar que, em consonância com o §6º do art. 5º da Lei 7.347/85, o acordo firmado constitui título executivo extrajudicial.

Quanto ao valor das penas, essas tiveram início em um patamar elevado. Nos dois primeiros APROs¹²⁰ celebrados, o descumprimento implicava numa multa diária de R\$150.000,00. Após esse marco inicial, o patamar teve uma significativa redução. Em 21 de março de 2007,¹²¹ o valor determinado foi de 5.000 UFIR. Em média, o valor permaneceu nesses patamares, até o momento em que se iniciou a previsão de duas multas diárias, uma para as compromissárias e uma para seus administradores.

Assim, em fevereiro de 2009,¹²² a multa diária homologada foi de R\$20.000,00 para as compromissárias e R\$15.000,00 aos administradores. Outra inovação ocorreu com a previsão de penalidades mais elevadas para o descumprimento de algumas

¹¹⁹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAV LFRV nº 006/2007** nos autos da Medida Cautelar 08700.001707/2007-80 referente aos atos de concentração nº 08012.002813/2001-91, nº 08012.002816/2007-25, nº 08012.002818/2007-14 e 08012.002820/2007-93, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, fls. 545 a 546, em 25 de abril de 2007, fl.546.

¹²⁰ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação nos Atos de Concentração 53500.002423/2003**, da Relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, celebrado em 14 de abril de 2004 e **53500.029160/2004**, da Relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, celebrado em 14 de abril de 2004.

¹²¹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação, celebrado no Ato de Concentração 08012.011518/2006-45**, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, celebrado em 21 de março de 2007.

¹²² CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação, celebrado no Ato de Concentração 08012.003189/2009-10**, de Relatoria do Conselheiro César Costa Alves de Mattos, celebrado em 02 de fevereiro de 2009.

cláusulas.¹²³ Os dois APROS¹²⁴ mais recentes previram multas diárias de R\$500.000,00 e R\$50.000,00, para o descumprimento das cláusulas. Dessa forma, é possível perceber uma progressão nos valores previstos ao longo do tempo.

3.2.2.1.4 Do mérito

Dentre as principais cláusulas gerais, inclui-se, também, o destaque de que a celebração do APRO não implica em qualquer juízo de mérito sobre o teor do Ato de Concentração. Não há qualquer vinculação do CADE ao teor do acordo, no que tange a decisão a ser proferida.

3.2.2.2 Das cláusulas meritórias

Essas cláusulas de caráter mais específico são aquelas que variam conforme a realidade do ato em que o APRO está sendo proposto, isto é, trata-se das obrigações que efetivamente visam à manutenção da estrutura de mercado durante a análise da operação. O art. 136 do RICADE elenca algumas hipóteses, sem prejuízo de outras, de práticas em que o relator poderá determinar o dever de abstenção na interposição de medida cautelar.

Os APRO, justamente por sua natureza jurídica negocial, além de determinar deveres de abstenção, determinam, na maioria das cláusulas, compromissos em sentido positivo das requerentes. Dessa forma, é possível identificar as seguintes hipóteses para as cláusulas:

3.2.2.2.1 Das alterações de natureza societária

Hipótese prevista no inciso I do dispositivo legal em epígrafe que prevê que a imposição do dever de abstenção da prática de atos que produzam alterações societárias nas empresas requerentes. No APRO¹²⁵ assinado entre a Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda., a Medley S.A. e o CADE, essa obrigação é expressa. É prevista a

¹²³ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.005889/2010-74*, de Relatoria do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, celebrado em 20 de outubro de 2010.

¹²⁴ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação nos Atos de Concentração 08012.008378/2011-95*, da Relatoria do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, celebrado em 26 de outubro de 2011 e *08012.010038/2010-43*, da Relatoria do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, celebrado em 26 de novembro de 2011.

¹²⁵ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.003189/2009-10*, de Relatoria do Conselheiro César Costa Alves de Mattos, celebrado em 2 de setembro de 2009.

abstenção das compromissárias de praticar atos que modifiquem, injustificadamente, a estrutura societária da empresa adquirida.

Entretanto, cada situação concreta pode ensejar necessidade de conteúdo diferenciado, ou seja, o juízo de conveniência e oportunidade do Conselheiro Relator no caso é essencial. O APRO¹²⁶ celebrado por ocasião da apresentação da compra da Sadia S.A. pela Perdigão S.A. determina que as alterações de natureza societária independem de prévia autorização do Relator, desde que não impliquem a extinção da personalidade jurídica da Sadia ou a extinção de sua estrutura de administração.

3.2.2.2.2 Das alterações nas suas instalações físicas e transferência ou renúncia aos direitos e obrigações relativos aos seus ativos

Hipótese, prevista no inciso II, que se encontra bem exemplificada no APRO¹²⁷ referente à aquisição da empresa francesa Compagnie de Saint-Gobain pela empresa norte-americana Owens Corning. O acordo estipula o compromisso de não alienar os ativos das plantas brasileiras, relacionados à fabricação de fibras de vidro, nem transferir qualquer dos ativos entre as plantas nacionais, sem prévia autorização do CADE.

3.2.2.2.3 Da descontinuidade da utilização de marcas e produtos

As marcas são, em muitos casos, essenciais para o negócio. A extinção de uma marca adquirida, antes de aprovada a operação, pode ser causa de várias distorções no mercado. Por isso, sua explicitação no inciso III. Essa pode ter perdido seu valor de mercado quando da desconstituição da operação, por exemplo. O valor das marcas está bastante explícito no Ato de Concentração referente a compra da Varig pela Gol Linhas Áreas, seu APRO¹²⁸ determinou que “As marcas “GOL” e “Varig” serão utilizadas de maneira separada, permitindo a diferenciação entre elas por parte dos consumidores.”¹²⁹

¹²⁶ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.004423/2009-18*, de Relatoria do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, celebrado em 8 de julho de 2009.

¹²⁷ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.001885/2007-11*, de Relatoria do Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú, celebrado em 8 de agosto de 2007.

¹²⁸ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.003267/2007-14*, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos, celebrado em 13 de junho de 2007.

¹²⁹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.003267/2007-14*, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos, celebrado em 13 de junho de 2007, p.4.

3.2.2.2.4 Das alterações nas estruturas, logística e práticas de distribuição e comercialização

As alterações na estrutura do negócio podem ser de difícil reversão posterior, trata-se de proibição extremamente relevante para a manutenção do ambiente concorrencial, incluída no rol de hipóteses no inciso IV. O APRO¹³⁰ celebrado por ocasião da concentração entre as empresas Companhia Brasileira de Distribuição e as lojas Ponto Frio determina o compromisso das requerentes em: i) manter em funcionamento as algumas lojas específicas; ii) manter os centros de distribuição especificados em condições de operação e iii) manter as estruturas de compra separadas, bem como celebrar instrumentos contratuais distintos com os fornecedores. Também pode ser incluída aqui a obrigatoriedade de manutenção de políticas de concessão de crédito.

3.2.2.2.5 Das mudanças administrativas nas empresas que impliquem em dispensa de mão-de-obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos

Inciso V é importante obrigação a ser imposta, pois as perdas com capital humano são irrecuperáveis para a empresa no caso de desconstituição. Nesse sentido, encontram-se disposições como o compromisso em: “manter o nível de emprego, ficando vedada a dispensa injustificada de pessoal como estratégia de integração das empresas”.¹³¹

3.2.2.2.6 Da interrupção de projetos de investimento pré-estabelecidos em todos os setores de atividade da empresa adquirida e de implementação de seus planos e metas de vendas

A interrupção de investimentos pode ser crucial para o comprometimento de seu ciclo produtivo além da possibilidade de diminuição do valor de mercado. Trata-se de hipótese prevista no inciso VI, dentro da qual pode ser enquadrada a manutenção de investimento em marketing, em pessoal ou, ainda, a manutenção de políticas de crédito, já citadas.

¹³⁰ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.010473/2009-34*, de Relatoria do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, celebrado em 3 de fevereiro de 2010.

¹³¹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. *Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.004423/2009-18*, de Relatoria do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, celebrado em 8 de julho de 2009, p. 2.

3.2.2.2.7 Da independência de administrações

Embora relacionada aos incisos I, IV e V do art. 136 do RICADE, esta cláusula aparece de maneira frequente e explícita nos acordos. No acordo firmado por ocasião da compra da Varig pela Gol,¹³² além da previsão de independência administrativa, previu-se também a manutenção da identidade jurídica da Varig e a manutenção das contas e finanças de forma separada entre as empresas. O APRO¹³³ celebrado pela White Martins e a Air Liquid foi mais além vedando até a presença de representantes da primeira no local de gestão do consórcio objeto do ato de concentração.

3.2.2.2.8 Da submissão das pautas e atas de reuniões

Não é determinação recente, em sede de APRO, a submissão de atas e pautas de reuniões ao CADE, além da possibilidade de indicação de representante da autarquia para presenciar as reuniões. Já em 2007, o APRO¹³⁴ celebrado por ocasião do Ato de Concentração 08012.001885/2007-11, determinava, para ambas essas submissões, o prazo de 10 dias úteis.

3.2.2.2.9 Do Relatório de Auditoria Independente

Trata-se de cláusula com previsão no art. 141 do RICADE que determina a obrigatoriedade de apresentação de relatórios ao Conselho Relator sobre as mudanças ocorridas na empresa desde a notificação do ato e as programadas a ocorrer. Esses relatórios, conforme disposto no acordo, poderão ser elaborados por empresa de consultoria independente, de acordo com o disposto nas cláusulas do acordo.

¹³² CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.003267/2007-14**, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos, celebrado em 13 de junho de 2007.

¹³³ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.011196/2005-53**, de Relatoria do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, celebrado em 27 de junho de 2007.

¹³⁴ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.001885/2007-11**, de Relatoria do Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú, celebrado em 8 de agosto de 2007.

3.3 Relevância e críticas

3.3.1 Necessidade e constitucionalidade da adoção das medidas cautelares para a análise dos atos de concentração sob a luz da Lei 8.884/94

Dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei 8.884/94, ou seja, a determinação de uma análise após a concretização do ato, embora haja a possibilidade de apresentação prévia, os mecanismos de cautela são de extrema relevância para a garantia do processo concorrencial, pois ajudam a preservar a estrutura do mercado ao transcorrer da análise.

Tais intuítos se coadunam para a consecução dos princípios e valores concorrenciais referidos no capítulo 1, isto é, para a garantia da livre iniciativa e livre concorrência. Sem instrumentos que possibilitem que a operação concretize seus efeitos na estrutura de mercado antes do resultado final, não há como garantir que a repressão preventiva aos danos concorrenciais seja efetiva.

Tratam-se de mecanismos necessários e essenciais para o melhor desenvolvimento do processo concorrencial. Um importante destaque a ser feito é que a análise dos atos de concentração em que há a assinatura de APRO resulta na imposição de alguma forma de restrição, em significativa parte dos casos.

Primeiramente, da análise de um ato de concentração, o Plenário do Conselho pode concluir por sua aprovação sem restrições, aprovação com a imposição de algumas restrições, reprovação total (desconstituição da operação) ou ainda pela assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD). Trata este último de acordo entre as requerentes e o CADE para ponderar as restrições impostas e as possíveis eficiências advindas da operação, nesse sentido, Paula Forgioni aponta:

“A Lei 8.884, de 1994, consagrou o *compromisso de desempenho* como instrumento de que dispõe a Administração para garantir que a concentração submetida à apreciação do CADE venha a atingir as eficiências mencionadas no §1º de seu art. 54.

Estabelecido pelo art. 58 da Lei Antitruste, o compromisso de desempenho corporifica acordo entre a Administração e os partícipes de uma operação restritiva da concorrência (...) para viabilizar sua aprovação, conforme faculta o art. 54 da Lei 8.884, de 1994.”¹³⁵

¹³⁵ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 440.

Dessa maneira, com base nos dados disponíveis na seção referente aos APRO no site do CADE, construiu-se o seguinte quadro que demonstra os atos de concentração em que houve a celebração de APRO e o seu resultado final, se este já tiver sido proferido.

Importante destacar que os APROs já realizados pelo CADE estão integralmente disponibilizados no site. Dessa forma, a pesquisa que aqui se desenvolve inclui todos os APROs já celebrados e disponibilizados. O resultado final dos julgamentos se encontra, da mesma forma, disponível na página de acompanhamento no site de cada um dos processos.

Quadro 2 – Atos de Concentração com a celebração de APRO e a respectiva decisão final.

Ato de Concentração	Data da Celebração do APRO	Data da Sessão de Julgamento	Decisão do Plenário
53500.002423/2003	14/04/2004	24/05/2006	Aprovação com restrições.
53500.029160/2004	14/04/2004	24/05/2006	Aprovação com restrições.
08012.011518/2006-45	21/03/2007	21/05/2008	Termo de Compromisso de Desempenho
08012.002813/2007-91; 08012.002816/2007-25; 08012.002818/2007-14; 08012.002820/2007-93	25/04/2007	09/07/2008	Aprovação com restrições.
08012.003302/2007-97	16/05/2007	25/06/2008	Aprovação sem restrições.
08012.003267/2007-14	13/06/2007	25/06/2008	Aprovação com restrições (cláusula de não concorrência)
08012.011196/2005-53	27/06/2007	17/12/2008	Termo de Compromisso de Desempenho
08012.001885/2007-11	08/08/2007	23/07/2008	Desconstituição da Operação.
08012.001383/2007-91	22/08/2007	17/06/2009	Termo de Compromisso de Desempenho
53500.012477/2008	10/12/2008	20/10/2010	Termo de Compromisso de Desempenho
08012.003189/2009-10	02/02/2009	19/05/2010	Termo de Compromisso de Desempenho
08012.004423/2009-18	08/07/2009	13/07/2011	Termo de Compromisso de Desempenho
08012.010473/2009-34 ^{1 2}	03/02/2010		
08012.005889/2010-74	20/10/2010	14/12/2011	Termo de Compromisso de Desempenho
08012.008378/2011-95 ^{1 2}	26/10/2011		
08012.010038/2010-43 ^{1 2}	26/11/2011		
08012.010274/2010-60 ²			
08012.011323/2010-81 ²			

Fonte: www.cade.gov.br ; Elaboração própria.

¹ APRO não disponível no site do CADE.

² Ainda não foi proferida decisão final no Ato de Concentração.

A partir desses dados, é possível verificarmos que em 92,3% dos Atos de Concentração já julgados e nos quais houve a celebração de APRO, a análise resultou na imposição de alguma espécie de restrição pelo Conselho. Ou seja, isso nos permite observar que a imposição de medidas cautelares tem ocorrido, em sua maioria, em atos de concentrações que não foram aprovados de pleno, posteriormente.

Tal fato destaca a relevância da adoção das medidas cautelares, posto que a análise que conduz a imposição de alguma restrição é mais detalhada e demanda uma quantidade maior de tempo. A celebração de APRO, assim, é medida essencial para evitar que os efeitos da operação se concretizem no mercado, durante o decorrer da análise antitruste, conforme ditames da Lei 8.884/94.

3.3.2 Críticas a sua adoção dado o instituto da análise a posteriori

Apesar de sua relevância, a adoção de medidas cautelares nem sempre pode ser capaz de evitar as consequências negativas da análise *a posteriori*, apontadas no capítulo anterior. Nesse sentido, é possível identificar algumas críticas à adoção dos APROs.

3.3.2.1 Dificuldade de identificação da necessidade de adoção de medida cautelar

A submissão de um ato de concentração ao SBDC não traz consigo um alerta sobre a complexidade do caso a ser analisado. Há a necessidade de uma prévia análise antes do exercício de conveniência e oportunidade na adoção de medida cautelar pelo Relator. É evidente a existência de dificuldade de uma identificação *a priori* da complexidade do caso e do tempo a ser dispensado numa análise.

No ano de 2006,¹³⁶ por exemplo, de um total de 372 atos de concentração conhecidos, em 20 foram impostos alguma forma de restrição. Destes, somente em 2 havia ocorrido a celebração de APRO, ou seja, somente em 10% dos atos cujo julgamento em 2006 resultou em alguma espécie de restrição houve a adoção de medida cautelar.

Conforme dados fornecidos pelos Relatórios de Gestão do CADE, é possível estabelecer comparativo sobre esse tema:

¹³⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Ministério da Justiça Relatório de Gestão do CADE 2006, 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/Relatorio_Gestao_2006_19-04-2007.pdf> Acesso em: 23 abr. 2012, p. 18.

Quadro 3 – Percentagem de ACs julgados com celebração de APRO em relação aos ACs com imposição de restrição.

Ano	Quantidade de ACs conhecidos	Quantidade de ACs com imposição de restrição	Quantidade de ACs julgados com celebração de APRO	Percentagem
2006	372	20	2	10%
2007	527	37	0	0%
2008	609	59	6	10,17%
2009	457	20	1	5%
2010	615	28	2	7,14%

Fonte: www.cade.gov.br; Elaboração própria.

Entretanto, faz-se necessário uma ressalva quanto aos dados apresentados. A imposição de restrição no que tange à adequação da cláusula de não-concorrência não envolve o aprofundamento quanto à análise da estrutura do mercado afetado. Dessa forma, não se trata de imposição de restrição severa, que demande tempo demasiado de análise.

Os dados referentes a qual o tipo de restrição imposta não estão disponíveis para todos os anos acima indicadores, mas com o filtro dos dados disponíveis, é possível construir o seguinte quadro:

Quadro 4 – Percentagem de ACs julgados com celebração de APRO em relação aos ACs com imposição de restrição severa.

Ano	Quantidade de ACs conhecidos	Quantidade de ACs com imposição de restrição severa	Quantidade de ACs julgados com celebração de APRO	Percentagem
2006	372	13	2	15,39%
2007	527	13	0	0%
2008	609	-	6	-
2009	457	5	1	20%
2010	615	12	2	16,67%

Fonte: www.cade.gov.br; Elaboração própria.

Dessa forma, verifica-se que, ainda que se desconsidere as restrições relacionadas à adequação de cláusulas de não-concorrência como restrições impostas, a relação entre os Atos de Concentração em que há a celebração de APRO e dos cuja análise resulta na imposição de restrições significativas continua baixa e relevante. Esse fato somado ao fato da estatística se manter por volta do mesmo patamar demonstram a dificuldade de identificação da necessidade ou não de adoção de medida cautelar, no caso concreto.

3.3.2.2 Período entre a notificação e a celebração do APRO

Em consonância com o tópico anterior, é interessante a verificação, também, do tempo de análise transcorrido e do tempo levado pelo SBDC para a adoção da medida cautelar.

Quadro 5 – Tempos nos Atos de Concentração com celebração de APRO¹

Ato de Concentração	Data da Notificação ao SBDC	Data da Celebração do APRO	Diferença de tempo	Data da Notificação ao SBDC	Data da Sessão de Julgamento	Diferença de tempo
53500.002423/2003	05/05/2003	14/04/2004	11 meses e 9 dias	05/05/2003	24/05/2006	3 anos e 19 dias
53500.029160/2004	29/10/2004	14/04/2004 ²	-	29/10/2004	24/05/2006	1 ano, 6 meses e 25 dias
08012.011518/2006-45	22/12/2006	21/03/2007	2 meses e 29 dias	22/12/2006	21/05/2008	1 ano, 4 meses e 29 dias
08012.002813/2007-91; 08012.002816/2007-25; 08012.002818/2007-14; 08012.002820/2007-93	09/04/2007	25/04/2007	16 dias	09/04/2007	09/07/2008	1 ano e 3 meses
08012.003302/2007-97	19/04/2007	16/05/2007	27 dias	19/04/2007	25/06/2008	1 ano, 2 meses e 6 dias
08012.003267/2007-14	19/04/2007	13/06/2007	1 mês e 27 dias	19/04/2007	25/06/2008	1 ano, 2 meses e 6 dias
08012.011196/2005-53	27/12/2005	27/06/2007	1 ano e 6 meses	27/12/2005	17/12/2008	2 anos e 355 dias
08012.001885/2007-11	13/03/2007	08/08/2007	4 meses e 25 dias	13/03/2007	23/07/2008	1 ano, 4 meses e 10 dias
08012.001383/2007-91	22/02/2007	22/08/2007	6 meses	22/02/2007	17/06/2009	2 anos, 3 meses e 25 dias
53500.012477/2008	19/05/2008	10/12/2008	6 meses e 23 dias	19/05/2008	20/10/2010	2 anos, 5 meses e 1 dia
08012.003189/2009-10	29/04/2009	02/09/2009	3 meses e 3 dias	29/04/2009	19/05/2010	1 ano e 20 dias
08012.004423/2009-18	09/06/2009	08/07/2009	29 dias	09/06/2009	13/07/2011	2 anos, 1 mês e 3 dias
08012.010473/2009-34	24/12/2009	03/02/2010	1 mês e 5 dias	24/12/2009		-
08012.005889/2010-74	04/06/2010	20/10/2010	4 meses e 16 dias	04/06/2010	14/12/2011	1 ano, 6 meses e 10 dias
08012.008378/2011-95	29/07/2011	26/10/2011	2 meses e 29 dias	29/07/2011		

08012.010038/2010-43	20/09/2010	26/11/2011	2 meses e 6 dias	20/09/2010		
08012.010274/2010-60	23/09/2010			23/09/2010		
08012.011323/2010-81	22/10/2010			22/10/2010		

Fonte: www.cade.gov.br; Elaboração própria.

¹Cálculo aproximado considerando meses de 30 dias.

² Impossibilidade de realização do cálculo.

Conforme pode ser verificado por meio do quadro, embora haja uma significativa redução do tempo entre a notificação da concentração ao SBDC e a adoção da medida cautelar pela autarquia, resta evidenciada que essa adoção não ocorre de forma imediata. Apesar da improbabilidade de ocorrência de danos ao mercado nesse período, esse não deixa de ser um período de tempo em que a operação pode ter efeitos indesejados e irreversíveis.

3.3.2.3 Tempo de análise e celebração de APRO

Uma simples comparação entre os quadros 01 e 05 deste trabalho demonstra claramente que não houve em todos os casos, cujo processo permaneceu em trâmite na autarquia e no SBDC por mais de um ano, a celebração de APRO. Tal fato reitera a observação de presença de dificuldade na identificação, *a priori*, pelo administrador público da complexidade dos casos. Esses atos de concentração de longa análise e em que não houve a adoção de medida cautelar, produzem seus efeitos no mercado até proferida a decisão final de mérito pelo CADE.

3.3.2.4 Conteúdo do APRO

A última crítica que pode ser realizada diz respeito ao próprio conteúdo dos acordos e das medidas cautelares, detalhadas anteriormente. Conforme exposto, não se trata, até pela própria natureza jurídica dos acordos, de adoção de medidas cautelares que visem a paralisação completa da concentração, isto é, a manutenção das estruturas de mercado envolvidas em completa separação, pelas requerentes.

Por se tratar de acordos e de medidas cautelares, há a determinação de algumas vedações, visando garantir a reversibilidade da operação, mas essas não dizem respeito à totalidade da operação. É marcante, assim, a presença do juízo de conveniência e oportunidade da Administração no que tange a identificação das medidas a serem adotadas no

caso. Dado a pouca disponibilidade de informações e o breve início da análise instrutória, a estipulação dessas cláusulas é tarefa árdua para o administrado e pode não ser precisa.

Diante do exposto, embora a adoção de medidas cautelares pelo CADE nos ACs seja de extrema relevância e flagrante necessidade, dado a Lei 8.884/94 e o regime de análise posterior, essas podem não ser suficientes para evitar a produção de efeitos danosos ao mercado, devido à dificuldade de identificação dos mesmos. Assim, foi necessária a aprovação da Lei 12.529/12, para garantir a devida efetividade dos objetivos constitucionais de defesa da concorrência.

4 A LEI 12.529/11 E A ANÁLISE PRÉVIA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Tendo em vista as constantes críticas e problemas surgidos ao longo da vigência da Lei 8.884/94, além da necessidade de ampliação do SBDC, foi aprovado o projeto de Lei que reestrutura o sistema antitruste brasileiro, após tramitar cerca de seis anos no Congresso Nacional. Assim, em 30 de novembro de 2011, a Presidência da República sancionou a Lei 12.529/11, prevista para entrar em vigor no dia 29 de maio de 2012, e que traz consigo sérias mudanças estruturais e procedimentais.

4.1 A nova estrutura do SBDC

Primeiramente, o SBDC, antes composto por dois órgãos instrutórios, a SDE e a SEAE, e um judicante, o CADE, passará a ser composto por somente dois desses órgãos. De acordo com o art. 3º da nova lei antitruste, o SBDC passa a ser composto pelo CADE e pela SEAE. O CADE, por sua vez, passa a ser uma autarquia subdividida em um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, uma Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos.

À SEAE, coube a competência de advocacia da concorrência. O art. 19 da Lei 12.529/11 afirma competir a ela promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade. Dentre as atividades previstas nessa área estão opinar sobre atos normativos, sobre propostas legislativas, elaborar estudos, propor revisão de leis e manifestar-se a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão.¹³⁷

¹³⁷ Lei 12.529/11. Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

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

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

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

Leonardo Vizeu Figueiredo apresenta explicação para a função de promoção da defesa da concorrência e ainda destaca a importância desse papel ser realizado pela Seae:

“A promoção da cultura da concorrência refere-se ao papel educacional das autoridades concorrenciais na disseminação da política de competição saudável na consciência coletiva de mercado, e ao papel de, direta ou indiretamente, essas autoridades influírem na formulação das demais políticas públicas, de modo a garantir que a concorrência seja maximizada e incentivada.

Destarte a atuação do SBDC, deve-se observar a intensa interface entre a regulação econômica e a promoção da concorrência, uma vez que esta pode ser alcançada por meio da correção de falhas estruturas regulatórias. Nesse sentido, merece destaque a SEAE, tendo atuação expressiva nas discussões referentes à reestruturação de vários setores da economia, entre eles aviação civil, energia elétrica, transportes, saneamento e telecomunicações, bem como na constituição de um marco regulador para concessões públicas, conforme já visto anteriormente.”¹³⁸

Já quanto à competência de análise das concentrações e infrações da ordem econômica, a instrução processual preliminar será realizada pela Superintendência-Geral, que passará a incorporar as funções de defesa da concorrência da SDE. A nomeação do Superintendente-Geral, ao contrário do que ocorre com os Secretários de governo, não será somente realizada pela Presidência da República, será também condicionada à aprovação do Senado Federal. Conforme o parágrafo 2º do art. 12º da nova lei, possuirá mandato de dois anos, sendo possível uma recondução.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica terá a mesma composição do atual Plenário do CADE, um presidente e seis conselheiros, todos maiores de 30 anos com reputação ilibada e notório saber. Sua nomeação continuará a ser realizada pela Presidência da República, sujeita à aprovação do Senado. Os mandatos, em contrário ao disposto no art. 4º da

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

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

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

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

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

¹³⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 223-224.

Lei 8.884/94, que previa mandatos de dois anos com a possibilidade de uma recondução, serão de quatro anos, vedada a recondução ao cargo.¹³⁹

Há uma importante inovação no que tange a composição do Plenário, em contraposição a Lei 8.884/94. Trata-se da previsão de quarentena. A Lei 12.529/11 traz, assim, a vedação ao Presidente e aos Conselheiros de representar qualquer pessoa, física ou jurídica, ou interesse perante o SBDC, por um período de 120 dias, contados da data em que deixar o cargo. Trata-se de instituto que visa garantir a independência da instituição. De acordo com Lucia Helena Salgado:

“Para reforçar a autonomia decisória e o fortalecimento institucional, seria necessário atribuir mais importância à quarentena a ser cumprida por aqueles que deixam de ocupar postos na entidade. A quarentena para os membros do tribunal deve ser longa – 180 dias é o mínimo que se pode conceber para assegurar que não recaia qualquer suspeita de ação ou intenção de advocacia administrativa em ulteriores atividades profissionais dos antigos membros do Cade. Tal quarentena deveria ser legalmente prevista também para o superintendente-geral, assim como para o chefe do departamento de estudos econômicos. Na mesma linha, a quarentena deveria ser extensiva a todos os cargos técnicos de gerência e direção, correspondente a noventa dias, de sorte a aumentar a independência do corpo técnico, reduzindo sua atração pelos interesses privados, ao elevar os custos envolvidos na cooptação de tabelas treinados pela administração pública para o exercício de funções em favor da coletividade. Lembre-se que, quanto mais qualificados forem os tabelas técnicos do futuro Cade, objetivo que se persegue, maiores serão os incentivos privados para recrutá-los, na ausência de salvaguardas como a quarentena não remunerada.”¹⁴⁰

Ainda quanto à estrutura do SBDC, o Departamento de Estudos Econômicos do CADE passa a ter previsão legal. O mesmo foi criado por meio da Resolução 53 de 2009 do CADE. Suas competências passam a estar definidas em lei, em especial, quanto à elaboração de estudos e pareceres econômicos.¹⁴¹

¹³⁹ Lei 12.529/11. Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão judicante, 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.
¹⁴⁰ SALGADO, Lúcia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma*.

Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=lucia_salgado> Acesso em: 19 nov. 2011, p.18.

¹⁴¹ Lei 12.529/11. 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.

Já o Ministério Público Federal (MPF) teve suas competências legais restringidas quando em comparação com a lei anterior. O art. 20 da nova lei prevê a emissão de pareceres pelo MPF nos processos administrativos relacionados às infrações contra a ordem econômica, enquanto a redação da Lei anterior previa a possibilidade de oficiar em qualquer processo sujeito à apreciação do CADE.

Verifica-se, assim, que a estrutura do SBDC foi significativamente alterada pela Lei 12.529/11. A principal dessas mudanças diz respeito à criação da Superintendência-Geral, ou seja, a realização da instrução do processo dentro de um mesmo órgão, o CADE. Tal medida contribui para melhorias em termos de eficiência processual.

4.2 Do duplo grau de jurisdição

De acordo com a Lei 8.884/94, a instrução processual deveria ser realizada pela SDE. Após essa fase, a Secretaria emitiria parecer recomendando ou não a aprovação do ato de concentração ou sugerindo determinadas restrições. Em seguida, o processo era encaminhado ao CADE para a devida análise e confirmação ou não da recomendação da Secretaria. De fato, nesse segundo momento, o Conselheiro-Relator possuía a prerrogativa de realizar instrução complementar, se o entendesse necessário.

Entretanto, a Lei 12.529/11 introduziu uma diferença significativa quanto às recomendações do órgão instrutório. Em seu art. 54, a Superintendência-Geral, logo após o recebimento da petição inicial, poderá proferir decisão terminativa nos casos em que entender desnecessária a realização de novas diligências ou nos casos em que entenda haver menor potencial ofensivo à concorrência.

A Superintendência pode, ainda, determinar a realização de instrução complementar, dentro do prazo estipulado. Caso a mesma autoridade entenda tratar-se de uma operação complexa, poderá assim declará-la e ainda solicitar ao Tribunal a prorrogação do prazo. Após esse período, conforme art. 57, a Superintendência proferirá decisão aprovando o ato de concentração ou oferecerá impugnação do mesmo para o Tribunal.¹⁴²

¹⁴² Lei 12.529/11. 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.

Está aqui uma das principais diferenças relacionadas à análise processual quando comparados ambos os textos legais. Anteriormente, o órgão instrutório, ao término da instrução, elaborava uma recomendação. Essa não possuía qualquer teor terminativo ou decisório, somente opinativo, sendo a determinação em contrário com a Lei 12.529/11. As requerentes possuirão, assim, prazo determinado para oferecer impugnação à decisão da Superintendência perante o Tribunal, apresentando todos os documentos, pareceres e provas que entenderem necessários.

O Conselheiro-Relator poderá, conforme já é a prática de acordo com a Lei 8.884/94, determinar a realização de diligências complementares. Assim, resta ao Tribunal aprovar o ato de concentração, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente. Dessa decisão não cabe mais recurso em âmbito administrativo. Já com relação à decisão de aprovação proferida pela Superintendência, o art. 65 da Lei 12.529/11 prevê a possibilidade de interposição de recurso por terceiro interessado.

O Tribunal também, caso entenda necessário, poderá avocar o ato de concentração, tornando prevento como Relator o Conselheiro que endereçar o pedido ao Tribunal. Essa decisão, conforme os princípios de direito administrativo, deverá ser devidamente fundamentada. A interposição de recurso por terceiros suspenderá a imediata execução do Ato de Concentração. O Tribunal terá prazo de cinco dias para conhecer ou não do recurso e incluí-lo em pauta e determinar realização de instrução complementar.

Observa-se, assim, a aplicação do Princípio da Dupla Jurisdição em sede administrativa de análise de atos de concentração. Sob a vigência da Lei 8.884/94, a Secretaria somente emitia parecer com recomendação, sendo, assim, a instância de decisões cabia efetivamente somente o Plenário do CADE. Com o regime imposto pela Lei 12.529/11, promove-se o duplo grau de jurisdição, com a primeira instância pela Superintendência e a de segunda instância, com a decisão final do Tribunal.

4.3 Mudança para o regime de análise prévia

A grande e mais relevante alteração trazida pela Lei 12.529/11 diz respeito à alteração da forma de análise dos atos de concentração. Conforme já exposto, a análise sob a

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 integralmente ou rejeitado.

vigência da Lei 8.884/94 é realizada *a posteriori*, ou seja, a análise do órgão antitruste ocorre após a consumação da operação, dando ensejo à concretização dos possíveis efeitos danosos ao mercado antes de concluída a análise. Ainda, tornando difícil a reversão à estrutura de mercado anterior, no caso de uma reprovação da operação.

A adoção do instituto da análise prévia, assim, garante que a operação realizada só produzirá efeitos no mercado após sua aprovação pela autoridade antitruste. O art. 88 da nova Lei antitruste é direto ao afirmar que o controle realizado será prévio, cabendo multa no caso de consumação da operação antes de devidamente apreciados pelo CADE,¹⁴³ sem prejuízo da abertura de processo administrativo para apurar o fato. Ainda, o § 4º atribui expressamente o dever de preservação das condições do mercado, enquanto em análise.

A presença da análise prévia da operação é tão clara na Lei 12.529/11 que o legislador inseriu dispositivo prevendo uma espécie de APRO ao contrário. Trata-se do § 1º do art. 59,¹⁴⁴ segundo o qual, o Conselheiro Relator poderá, de forma precária e liminar, autorizar a realização do ato de concentração, impondo condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, se as entender necessárias. Entretanto, trata-se de circunstâncias excepcionais, pois, como regra, a operação só produzirá efeitos concretos no mercado após devidamente aprovada pelo CADE.

A mudança de regime é uma alteração radical da legislação antitruste. Marco na evolução legal, ela demonstra exatamente o surgimento de um novo modelo a partir das críticas e deficiências do modelo anterior. Trata-se de um avanço significativo, que permite suprir as deficiências, já apontadas, presentes no modelo anterior e, assim, garantir a efetividade da lei de defesa da concorrência brasileira.

¹⁴³ Lei 12.529/11. 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.

§ 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.

¹⁴⁴ Lei 12.529/11. Art. 59. § 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.

4.4 Da não suspensão de prazos para requisição de informações

Com relação aos procedimentos e ao rito processual dos Atos de Concentração, a Lei 12.529/11 trouxe outra mudança significativa. A Lei 8.884/94 prevê a suspensão dos prazos processuais para a requisição de informações, o que, conforme apontado pela doutrina, acarreta um tempo demasiadamente longo, o que pode ter consequências negativas, tendo em vista os efeitos da operação no mercado.

Já a nova lei traz a proibição expressa da suspensão de prazos. O art. 63 afirma que os prazos definidos na Lei não se suspendem nem interrompem por nenhum motivo, a não ser por falta de quórum do Tribunal. Uma vez que, se a análise não ocorrer dentro do prazo máximo legalmente previsto, haverá a aprovação tácita do ato de concentração. Esse disposto implica numa maior celeridade ao processo, mas traz consigo um desafio para a análise antitruste, ou seja, como obter, prontamente, as informações necessárias para a devida análise.

Far-se-á necessário que todas as informações indispensáveis já sejam completamente disponibilizadas tão logo a operação seja submetida ao SBDC. Caso essas não o sejam, o novo texto legal prevê a possibilidade de emenda à petição inicial, no § 1º do art. 53, sob pena de arquivamento. Instituto importado do direito civil que dá incentivo as requerentes de disponibilizarem todas as informações possíveis no ato inicial.

Dessa maneira, a adoção da análise prévia e da não suspensão de prazos são medidas para alteração do modelo da Lei 8.884/94 e para a solução dos problemas apresentados ao longo desse trabalho, como a demora de análise e a não suficiência das medidas cautelares para a garantia das condições de mercado durante o transcorrer da análise realizada.

Esse novo instituto é capaz de superar, integralmente, o principal desafio vigente anteriormente como a possibilidade de comprometimento da estrutura de mercado pré-operação. Ainda, ele é mais preciso no que tange a dificuldade de se identificar a necessidade e a tempestividade da adoção de uma medida cautelar, afinal, *a priori*, é como se todos os atos de concentração submetidos tivessem, de pronto, a adoção de uma medida cautelar que envolve todos os aspectos operacionais.

A análise prévia, assim, é medida essencial para a defesa da concorrência no país e traz consigo uma evolução de sua efetividade extremamente significativa. Entretanto,

embora traga consigo a superação de inúmeras falhas e das dificuldades do sistema vigente anteriormente, a sua adoção traz também novos desafios.

4.5 Dos desafios a sua implantação

A eficácia da lei de defesa da concorrência constitui variável importante e significativa para atingir os fins que a Constituição Federal determina. Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência não estarão garantidos pela mera edição de normas de ajuste. Há mecanismos legais que podem comprometer os próprios objetivos constitucionais quando comparadas a outros modelos, esse é o caso da análise posterior ou não prévia, conforme previsto na Lei 8.884/94.

Nesse âmbito, incluem-se aspectos legais e institucionais. David Curtinaz Menezes relaciona essa questão com o objetivo principal da política antitruste, que é garantir o bem-estar social:

“Um sistema eficaz de defesa da concorrência é um dos avanços institucionais necessários para a conquista do crescimento econômico e do bem-estar social razão pela qual os países em desenvolvimento, como o Brasil, devem incorporar tal preceito ao seu rol de políticas públicas. Um sistema eficaz pressupõe a existência de um aparato regulatório eficiente. Um marco regulatório eficiente é uma das condições para a atração de investimento pois é fundamental para inspirar confiança e gerar previsibilidade aos investidores e consumidores e em conjunto com a estabilidade das variáveis macroeconômicas, com as reformas microeconômicas, aumenta a eficiência da atividade produtiva e proporciona um crescimento de longo prazo.”¹⁴⁵

Sobre a necessidade de avanços institucionais para a efetiva aplicação da legislação antitruste no país, Lucia Helena Salgado¹⁴⁶ aponta justamente os tópicos do Projeto de Lei¹⁴⁷ que contribuem para esse desenvolvimento e destaca:

“A par dessas ressalvas, as perspectivas são positivas de que, muito em breve, o país contará com desenho institucional e conjunto de instrumentos que consolidarão o esforço empreendido em direção à defesa de um dos

¹⁴⁵ MENEZES, David Curtinaz. *Reformulação do sistema brasileiro de defesa da concorrência e suas implicações na redução dos custos de transação*. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2007/tema_1/estudantes/1_lugar_tema_1.pdf>. Acesso em 19 de nov. 2011, p. 53.

¹⁴⁶ SALGADO, Lúcia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma*. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=lucia_salgado> Acesso em 19 nov. de 2011.

¹⁴⁷ À época do artigo, a Lei 12.529/11 ainda não havia sido aprovada pelo Congresso Nacional.

principais alicerces das economias de mercado e das democracias, o direito à concorrência e à liberdade de escolha.”¹⁴⁸

Dessa forma, a eficácia das normas jurídicas de defesa da concorrência é variável importante para garantir os ditames constitucionais. A forma de análise dos atos de concentração é assim variável importante para efetividade da aplicação dos objetivos antitruste no país. Sob essa perspectiva, as mudanças trazidas pela Lei 12.529/11 são de extrema relevância para a garantia da livre concorrência e do bem-estar social.

Entretanto, dois desafios se colocam para a autoridade antitruste e para o Estado brasileiro para garantir a efetividade da nova Lei. O primeiro diz respeito à criação de incentivos para que as partes colaborem com a análise processual, no que tange, em especial, ao fornecimento das informações necessárias, afinal caso a análise não se conclua no prazo legal, ela estará tacitamente aprovada.

O principal desafio, no entanto, consiste na construção de um órgão antitruste institucionalmente fortalecido para garantir uma análise eficaz, precisa, independente e célere. Não bastam as alterações trazidas pela legislação se as mesmas não forem acompanhadas do respectivo suporte institucional adequado com os fins de garantir a tutela da concorrência. A construção de um novo regime de análise antitruste em concentrações agregado com o fortalecimento institucional do SBDC contribuirão significativamente para o desenvolvimento econômico do país.

¹⁴⁸ SALGADO, Lúcia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma*. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=lucia_salgado> Acesso em 19 nov. de 2011.

CONCLUSÃO

O modelo de análise dos atos de concentração *a posteriori*, adotado pela Lei 8.884/94, é alvo de muitas críticas em especial no que tange a concretização da operação antes de aprovada pelo CADE, culminando com a dificuldade de revertê-la no caso de eventual reprovação, e no que tange o longo tempo despendido na análise desses atos, devido à possibilidade de suspensão dos prazos legais para solicitação de maiores informações.

Procurando evitar essas consequências negativas, a autarquia privilegiou a adoção de medidas cautelares na forma de acordos, os Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação, medidas cautelares bilaterais, isto é, negociadas com as partes requerentes. Entretanto, sua adoção não é suficiente para evitar os efeitos negativos consequentes do modelo, pois não são adotados em todos os casos, seu conteúdo não diz respeito a totalidade da operação e há um período significativo entre a notificação da operação ao SBDC e a adoção da medida. Verifica-se, assim, que a celebração dos acordos depende de forma demasiada de critérios subjetivos de identificação da complexidade da operação pelo Conselheiro Relator.

Tendo em vista a possível permanência das consequências negativas do regime, apesar da adoção das medidas cautelares, foi aprovada a Lei 12.529, de 2011, prevista para entrar em vigor no dia 29 de maio de 2012. Essa legislação traz significativas mudanças para a estrutura e forma de atuação do SBDC, principalmente no que tange a adoção do modelo de análise prévia dos atos de concentração e, também, da não suspensão dos prazos legais.

Essas mudanças acarretam um aumento da tutela estatal na defesa da concorrência, em especial, no controle preventivo e garantem a efetividade da legislação antitruste. A adoção do regime de análise prévia permite a superação dos problemas vigentes no sistema anterior como a dificuldade de identificação da necessidade de uma medida cautelar e sua possível incompletude, além da alta probabilidade de concretização dos efeitos da operação na estrutura de mercado.

A sua implantação e a consequente solução dos problemas apresentados ao longo do trabalho dependem de questões de caráter institucional. É fato, assim, que a edição da Lei 12.529/11 é um marco na história da defesa da concorrência e contribuirá

significativamente para o desenvolvimento econômico do país, ao contribuir para a garantia do princípio constitucional da livre concorrência.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAB. LFRV nº 003/2007** nos autos da Medida Cautelar 08700.001507/2007-80 apenso aos atos de concentração conexos 08012.002813/2007-91, 08012.002816/2007-25, 08012.002818/2007-14 e 08012.002820/2007-93, fls. 14 a 20, de 17 de abril de 2007.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho TA nº 03/2004** nos autos da Medida Cautelar em Ato de Concentração nº 53500/002423/2003, fls. 309 a 325, de 14 de abril de 2004.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAB. LFRV nº 001/2007** nos autos da Medida Cautelar nº 08700.000502/2007-30 apenso ao Ato de Concentração 08012.011518/2006-45, fls. 280 a 291, de 21 de março de 2007.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Despacho GAV LFRV nº 006/2007** nos autos da Medida Cautelar 08700.001707/2007-80 referente aos atos de concentração nº 08012.002813/2001-91, nº 08012.002816/2007-25, nº 08012.002818/2007-14 e 08012.002820/2007-93, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, fls. 545 a 546, em 25 de abril de 2007.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.011518/2006-45**, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, celebrado em 21 de março de 2007.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 53500.002423/2003**, de Relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, celebrado em 14 de abril de 2004.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 53500.029160/2004**, da Relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, celebrado em 14 de abril de 2004.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.003302/2007-97**, de Relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, celebrado em 16 de maio de 2007.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 53500.012477/2008**, de Relatoria do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, celebrado em 10 de dezembro de 2008.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.001885/2007-11***, de Relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, celebrado em 08 de agosto de 2007.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação Ato de Concentração 08012.003189/2009-10***, de Relatoria do Conselheiro César Costa Alves de Mattos, celebrado em 02 de fevereiro de 2009.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação Ato de Concentração 08012.005889/2010-74***, de Relatoria do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, celebrado em 20 de outubro de 2010.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.008378/2011-95***, da Relatoria do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, celebrado em 26 de outubro de 2011.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.010038/2010-43***, da Relatoria do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, celebrado em 26 de novembro de 2011.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.004423/2009-18***, de Relatoria do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, celebrado em 8 de julho de 2009.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.003267/2007-14***, de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos, celebrado em 13 de junho de 2007.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.010473/2009-34***, de Relatoria do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, celebrado em 3 de fevereiro de 2010.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação no Ato de Concentração 08012.011196/2005-53***, de Relatoria do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, celebrado em 27 de junho de 2007.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça. ***Relatório de Gestão do CADE 2006, 2007.*** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/Relatorio_Gestao_2006_19-04-2007.pdf> Acesso em: 23 abr. 2012.

FARINA, Elizabeth Mercier Querino. Apresentação prévia e atos de concentração. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, nº 263, dez. 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOLÇALVES, Almir Rogério. O direito, o mercado, o contrato, os riscos legais e a certeza jurídica. *Revista de Direito Mercantil*, v. 44, nº 139, jul./set. 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATTOS, Ubiratan. Apresentação prévia e atos de concentração. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, nº 263, dez. 2007.

MENEZES, David Curtinaz. *Reformulação do sistema brasileiro de defesa da concorrência e suas implicações na redução dos custos de transação*. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2007/tema_1/estudantes/1_lugar_tema_1.pdf>. Acesso em 19 de nov. 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005.

SALGADO, Lúcia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil: aspectos institucionais, desempenho recente e perspectivas de reforma*.

Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=lucia_salgado> Acesso em: 19 nov. 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNFELD, Carlos Ari. A apreciação de atos de concentração pelo CADE e o decurso de prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005.