

DIREITO CONCORRENCIAL: A NOVO MÉTODO DE ANÁLISE PRÉVIA DO ATO DE CONCENTRAÇÃO TRAZIDO PELA LEI 12.529/11

Guilherme Prado Bohac de HARO¹.

RESUMO: o presente trabalho visa abordar relevante questão sobre o método de avaliação do ato concentracional pelo órgão máximo do Sistema Brasileiro de Direito Antitruste, o CADE – a chamado método de análise prévia. Intenta apresentar o método de controle existente na legislação anterior e demonstrar a evolução do procedimento trazida pelo novel legislação. Aborda, ainda, a questão do sistema de aprovação tácita, então existente na Lei nº 8.884/94 e supostamente desaparecido no texto da Lei nº 12.259/11.

ABSTRACT: The present work aims to address important questions about the evaluation method of the act concentracional by the maximum of the Brazilian Antitrust Law, CADE – a method called prior analysis. Intends to present the existing control method in the previous legislation and demonstrate how the procedure brought by novel legislation. It also discusses the issue of tacit approval of the system, then the existing Law No. 8.884/94 and allegedly disappeared in the text of Law No. 12.259/11.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. CADE. Análise Prévia. Atos de Concentração.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Um pouco de história; 3 Fundamentos Normativos da Defesa da Concorrência; 4 Estudo do Novo Diploma Legal (Lei nº 12.529/11); 5 Do Controle de Concentrações: dos atos de concentração; 6 Principal Modificação Trazida Pela Lei nº 12.529/11: a análise prévia do ato de concentração; 7 Sobre a Polêmica Gerada pelo Veto ao Art. 64 da Lei: a questão da aprovação tácita; Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O jogo da vida humana é cercado do fenômeno da concorrência.

¹ Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Advogado integrante do "Rufino Campos Advogados Associados". Além disso, dá aulas em Cursos Preparatórios para Concursos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

A concorrência – estado existente quando mais de um ser busca um objeto (fim) comum –, em verdade, começa desde o útero materno, na disputa do gameta masculina na corrida da fecundação. Realmente, concorrência tem sentido semelhante a uma corrida, aquela mesmo do esporte: vários homens buscando alcançar a chegada, objetivo comum.

A concorrência é, então, natural.

Mas existe uma noção equivocada de que a concorrência deve ser protegida a qualquer preço e de que, se mantida a concorrência, o sistema capitalista funcionará da melhor maneira possível.

Isso é equivocado porque, em primeiro lugar, nem sempre vai existir concorrência. Ex.: cidadezinha com uma só padaria.

É necessário, então, trabalhar sempre com uma DETERMINADA REALIDADE ECONÔMICA. No nosso caso, a realidade de uma região, de uma cidade, de um estado, de um País.

Devemos perceber, aliás, que o Direito não é capaz de mudar qualquer realidade, mas é certo que devemos utilizá-lo para chegar a um ponto ideal, onde ele conseguirá fazer surtir efeitos.

Visando, certamente, quebrar os paradigmas da lei anterior, surgiu a Lei nº 12.529/11, cujo intento principal foi reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, trazendo em seu corpo novos institutos, novos instrumentos de proteção e um novo sistema de análise dos atos de concentração.

Com base nestas premissas, o artigo será desenvolvido tendo como objeto principal a análise da última novidade acima apresentada, ou seja, o novo método de avaliação dos atos de concentração empresarial: o sistema prévio.

Mas, para uma abordagem mais estampada na realidade, deve-se ter em mente, ainda, alguns detalhes: por exemplo, não é possível negar que o capitalista não gosta de concorrência, pois a sua existência **faz diminuir o lucro**, seu principal objetivo.

O capitalista costuma ser individualista, quer sempre seu bem, que é estampado pelo lucro. No entanto, com a finalidade de se exercitar um capitalismo saudável, sem posições predatórias ou abusivas, necessária se mostra a existência da concorrência.

O Estado deve, portanto, sem se imiscuir em demasia na direção dos negócios, **PROTEGER** ou **FOMENTAR** a concorrência.

Em outras palavras, é função do Estado, visando preservar seu sistema econômico, a proteção ou defesa da concorrência.

A Lei nº 8.884, de 11.6.94, sempre esteve voltada à prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Neste mesmo sentido permaneceu a Lei nº 12.529/11.

Note-se bem que a Lei nº 12.529/11 (e assim também era a Lei nº 8.884/94) não veicula matéria penal; a matéria penal, relativa à concorrência e à ordem econômica, é regulada pela Lei nº 8.137, de 27.12.90, que permanece vigente (veja-se o art. 85 da Lei nº 8.884/94 e a omissão da nova lei).

Assim, com base nestes pressupostos, discorrer-se-á nas seções seguintes.

2 UM POUCO DE HISTÓRIA

O Direito da Concorrência ou Direito Antitruste surgiu basicamente nos EUA, no fim do século XIX, em razão dos sucessivos prejuízos das ferrovias americanas. O Brasil demorou um pouco mais para incorporar esta espécie de norma, ou melhor, esta espécie de intervenção estatal.

A seguir, um pequeno e breve esboço de como nasceu à necessidade de criar normas para tutelar o Direito Concorrencial no Brasil, desde sua colonização (mesmo diante, neste período, do monopólio estatal em que o país foi submetido, houve a tentativa de se instituir uma Lei que cuidasse do direito antitruste, frente às dificuldades enfrentadas para sua eficaz aplicabilidade).

O Direito de Concorrência no Brasil, também conhecido como Direito Antitruste, já está relacionado ao desenvolvimento econômico em que o país foi passando, é viável que seja dividida por períodos sua abordagem.

No Brasil, durante a época colonial, utilizava-se da soberania da Coroa para cobrar impostos daqueles que compunham a colônia. Nesse período, não se buscava atender a necessidade da população, apenas o interesse do governo, o que era pautado em obter lucros. Deste modo, o governo comandava o desenvolvimento da economia, colocando o monopólio nas mãos de quem quisesse. Assim não haveria pretexto para o desenvolvimento industrial do país. Pode-se chamar de política fiscalista a estrutura adotada pelo governo daquela época.

Entre os anos de 1755 e 1759, foram concedidos privilégios as empresas Organização da Companhia do Grão-Pará e Maranhão e Companhia de Pernambuco e Paraíba. Ocasinou o descontentamento por parte de algumas divisões da população, pois os preços eram elevados e não havia escolha na compra dos produtos.

Somente após a vinda D. João VI, transferindo a Corte portuguesa para o Brasil, que se passou a exercer nova política de desenvolvimento do país, o que acarretou também, na ampliação econômica do Brasil. Assim, a política fiscalista passou a desaparecer, enquanto crescia cada dia mais o incentivo ao desenvolvimento da economia, até que houve a abertura dos portos para outras nações em 1808. Ocasinando assim, a abertura do Banco do Brasil e instituindo a liberdade de produção industrial no território brasileiro.

Foi muito importante a liberação da manufatura no Brasil, em contrapartida, com a abertura dos portos, a exportação cresceu conjuntamente com a indústria brasileira, o que causou uma concorrência desleal entre os produtos nacionais e internacionais, sendo um momento de muitos desafios para os empresários brasileiros da época.

No ano de 1945, foi instituída uma lei com intuito de nortear o Direito Antitruste, no entanto, esta lei não teve eficácia, o que acabou por não ser aplicável.

O Estado já foi considerado o centro das atividades econômicas, por adotar medidas protecionistas. Atuou como empresário, adotando medidas em desfavor de importações, bem como o controle dos preços, o que ocasionou a falta de escolha concorrencial.

“Desta feita, até o ano de 1962, não encontramos em nosso sistema jurídico um diploma legal específico que regulamentasse a repressão ao abuso do poder econômico, conforme estava previsto no art. 148 da Constituição Federal (FORGIONI, p. 125).”

Em 1962, foi promulgada a Lei 4.137, a qual institui o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), órgão criado com a finalidade evitar abusos do poder econômico.

Ante mesmo de ser publicada, esta Lei foi alvo de muitas discussões no Congresso, pois era duvidosa sua aplicação frente a Constituição Federal.

O que se tem registrado, é que até o ano de 1975, foram processados e julgados apenas 11 processos pelo CADE, dentre estes, somente um foi considerado prática de abuso do poder econômico.²

A falta da eficácia material da lei calhou na sua inaplicabilidade em muitos dos casos, uma vez que o Judiciário, agindo em conformidade com os direitos e garantias individuais dos cidadãos, acabava suspendendo os efeitos das decisões do CADE, por conta dos mandados de segurança que as empresas censuradas impetravam no Judiciário.

Assim sendo, nesse período, não há nenhuma atuação significativa deste órgão em favor da economia, assim, acredita-se que neste momento, o CADE não era efetivo para o que havia sido criado.

Somente na década de 80, com a abertura da economia, e deixando de lado a influência estatal sobre esta, calhou-se no aumento do direito concorrencial no Brasil. Assim, foi necessário tutelar de forma eficaz o direito concorrência, antes que houvesse abusos infundáveis do poder econômico. Deste modo, em 1991 houve a instituição da lei 8158, que deu o início a tutela da concorrência no Brasil. Com esta nova lei, buscou-se a celeridade na apuração de práticas abusivas a ordem econômica.

Em 1992, diante do novo governo que se instalava no Brasil, a lei passou a ser vista com outros olhos pela população, como *instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia*.

No ano de 1994, o CADE foi transformado em uma autarquia federal, agora com gestão própria. Também, diante da evolução brasileira e europeia, houve algumas

² FORGIONI, PAULA A. Os fundamentos Antitruste. 2. ed. ver. e atual. 2005.

mudanças no texto normativo. Com a Lei 8884/1994, instituiu o “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” – SBDC, sendo misto pelo CADE, SEAE -“Secretária de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela SDE – “Secretaria de Direito Econômico”.

Assim sendo, o CADE passou a ter mais credibilidade diante das suas decisões desde os anos 90, atuando conjuntamente com os demais órgãos do SBDC. Vem trabalhando significativamente em favor da concorrência justa no país. Há de se enfatizar as investigações presididas pelo SDE juntamente com o Ministério Público e a Polícia Federal para se evitar cartéis no Brasil, dentre outros abusos a ordem econômica.

Mais recentemente, conforme já foi mencionado, surgiu a Lei 12.529/11, que visou reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

3 FUNDAMENTOS NORMATIVOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A defesa da concorrência é fundamentada no art. 173, § 4º, da CF. Veja-se: § 4º - A lei reprimirá o **abuso do poder econômico** que visar à dominação dos mercados, à **eliminação da concorrência** e ao aumento arbitrário dos lucros.

O mencionado dispositivo é o fundamento constitucional da autal Lei Antitruste, a **Lei nº 12.259/11**³ (antiga Lei nº 8.884/94).

Conforme a ementa e o artigo 1º da própria Lei sugerem, “**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**”.

³ Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Tal Lei foi promulgada em 30 de novembro de 2.011 e entrará em vigor em 180 dias da data de sua publicação (29 de maio de 2.012), conforme seu art. 128.

São estas as normas primárias que buscam estruturar o Sistema de Direito Antitruste. Juntamente com elas, com o epíteto de normas secundárias, existem as resoluções do próprio CADE e sua jurisprudência, esta última extremamente importante para o advogado que atua no ramo do Direito Econômico e Concorrencial.

4 ESTUDO DO NOVO DIPLOMA LEGAL (LEI Nº 12.529/11)

A presente seção foi aberta não com a intenção de analisar a lei, comentando dispositivo por dispositivo, longe disso – aliás, dificilmente isto poderia ser feito em um artigo científico. Entretanto, a intenção foi de apresentar ao leitor a nova estrutura legal, citando, literalmente, os dispositivos que fazem o corpo da Lei. É o que segue.

Ao se ler o primeiro dispositivo da Lei, interpretando com o Sistema Constitucional de normas, mormente o capítulo que estampa preceitos aplicáveis a Ordem Econômica, é possível estruturar, de forma desmembrada, o seguinte raciocínio: o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atua de forma PREVENTIVA e REPRESSIVA das infrações da Ordem Econômica, e é CONFORMADO PELOS DITAMES CONSTITUCIONAIS:

- 1- da livre iniciativa;
- 2- da livre concorrência;
- 3- da função social da propriedade;
- 4- da defesa dos consumidores; e
- 5- da repressão ao abuso do poder econômico.

É muito significativo o parágrafo único do mencionado dispositivo que diz: “A **coletividade** é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Se for observada a Lei, verificar-se-á que não é **qualquer situação onde não exista concorrência que será punida**.

A atitude de dominação do mercado, POR MEIOS ABUSIVOS, que é vedada pelo sistema: ou seja, pune-se o ato de afastar concorrente e passar a controlar todo o mercado, lançando-se mão de práticas anticoncorrenciais.

Veja que a conquista de mercado decorrente de uma atuação MAIS EFICIENTE **não será punida**, pois o sistema capitalista estimula dos agentes econômicos a serem mais eficientes. Sendo assim, não há qualquer sentido em puni-los por conta disso. Então, o simples fato de alguma empresa chegar a dominar o mercado, **não significa que cometeu um ilícito**.

Em outras palavras, para fixar bem a questão: não é toda empresa que atingiu o estado de monopólio ou de domínio de mercado que, necessariamente, o fez violando o Direito Antitruste – é possível, e até comum, que esta empresa tenha alcançado este *status* por mérito próprio e, uma vez adquirida esta posição, por meios naturais e não ilícitos, não há qualquer conduta a ser punida.

O que não é permitido é atingir este nível de participação com o abuso de posição, abuso de poder.

Desse modo, o que se nota é que a legislação brasileira possui uma posição flexível no que se refere à defesa da concorrência. Protegemos concorrência quando necessário, mas podemos mitigar esta proteção quando isso também for interessante para o sistema.

Diz-se, então, que a Lei Antitruste brasileira visa preservar o modo de produção capitalista, que PRECISA da concorrência.

A defesa da concorrência é necessária, inclusive, porque há certa tendência de concentração em determinadas atividades.

Havendo monopólio, provavelmente haverá, também, abusos na definição dos preços.

O CADE é o órgão de cúpula do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. É o CADE que julga tanto as infrações da ordem econômica quanto as concentrações econômicas. Tem um duplo papel: repressivo, quando pune infrações à ordem econômica; preventivo, quando analisa as concentrações econômicas (principalmente depois da nova lei).

Composição

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE (Art. 3º).

Natureza Jurídica do CADE

O CADE é entidade **judicante** com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em **autarquia federal**, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal (Art. 4º).

Das Infrações da Ordem Econômica (Arts. 31 e ss. – transcrição dos dispositivos com alguns destaques)

Esta Lei aplica-se às **pessoas físicas** ou **jurídicas** de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, **com ou sem personalidade jurídica**, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa **e a responsabilidade individual** de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades **integrantes de grupo econômico**, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica **poderá ser desconsiderada** quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social⁴.

A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A repressão das infrações da ordem econômica **não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.**

Das Infrações (Arts. 36 e ss.) - ver comentários aos dispositivos nas notas de rodapé.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, **que tenham por objeto** ou **possam produzir os seguintes efeitos**, ainda que não sejam alcançados⁵:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1o A conquista de mercado resultante de processo natural **fundado na maior eficiência** de agente econômico em relação a seus competidores **não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo**⁶.

⁴ A Lei nº 12.529/11 traz nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

⁵ Os incisos deste dispositivo (exceto o IV, por sua generalidade) são especificações do próprio § 4º, do art. 173. Eis o texto constitucional com seus correspondentes da lei entre parênteses: § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico (caput e, de certa forma, inciso IV) que vise à dominação dos mercados (inciso II), à eliminação da concorrência (inciso I) e ao aumento arbitrário dos lucros (inciso III).

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

§ 3o As seguintes condutas, além de outras, **na medida em que configurem hipótese prevista no caput**⁷ deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

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

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

⁶ Trata-se da Lei explicitando lição anteriormente descrita, ou seja, de que o alcance de uma posição de monopólio ou de domínio de mercado, atingida por meios lícitos e não abusivos não é reprimida pela legislação Antitruste.

⁷ **Veja, isso é lição essencial e muito confundida na prática: para configuração da infração a ordem econômica NÃO BASTA A PRÁTICA DE UMA DAS CONDUTAS DESCRITAS NESTE § 3º, é preciso (como o próprio § 3º esclarece) é necessário que se incisa, TAMBÉM, em uma das situações descritas no “caput” do art. 36, ou seja, em resumo, que a conduta seja pratica COM ABUSO DE PODER ECONÔMICO.** Para atingirmos a clareza solar, um exemplo: a conduta descrita no Inciso XV, ou seja, “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”, não é, necessariamente, infração a ordem econômica, pois o empresário, em razão de questões mercadológicas (visando, por exemplo, readquirir clientela perdida, ou praticar uma publicidade agressiva), pode praticar preços abaixo do custo. No entanto, não poderá fazer isso de forma a ABUSAR DO PODER ECONÔMICO, buscando, por exemplo, a eliminação desleal da concorrência ou o domínio de mercado relevante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES: DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Chega-se ao ponto fundamental do presente artigo, com fins de, a seguir, apresentar o novo sistema de controle dos atos concentracionais.

Seguindo a mesma linha da seção anterior, interessante colacionar, na literalidade, os dispositivos legais aplicáveis ao caso, com destaque nos aspectos relevantes; é o que segue:

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

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

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

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

§ 2o O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo **será prévio**⁸ e realizado em, **no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.**

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

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

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

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

I - **cumulada** ou **alternativamente**:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

⁸ Trata-se da principal modificação trazida pela nova Lei. Existe seção específica abaixo, explicando esta questão.

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

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

§ 7o É facultado ao CADE, **no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo⁹.**

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

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

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

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

Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei.

Parágrafo único. O CADE regulamentará, por meio de Resolução, a **análise prévia** de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

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

⁹ Parece-nos que este dispositivo prevê a possibilidade aplicação do sistema anterior.

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

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

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

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

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

Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei **poderá ser revista pelo Tribunal**, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, **se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas** ou não forem alcançados os benefícios visados.

Parágrafo único. Na hipótese referida no caput deste artigo, a falsidade ou enganosidade será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), a ser aplicada na forma das normas do CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis.

6 PRINCIPAL MODIFICAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 12.529/11: A ANÁLISE PRÉVIA DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

O sistema anterior, da Lei nº 8.884/94, previa um controle POSTERIOR dos atos de concentração.

Veja, mesmo no sistema da Lei nº 8.884/94, o função de análise das concentrações tratava-se de atribuição PREVENTIVA do CADE, no sentido de que esta entidade deveria prevenir o ato que configurasse abuso do poder econômico. No entanto, isso não significa que esta função PREVENTIVA, tinha de ser realizada PREVIAMENTE. Explica-se.

Conforme a Lei nº 8.884/94 (art. 54, § 7º), os atos de concentração poderiam ser, desde que desejassem as partes envolvidas, EFETIVADOS/consolidados. A decisão do CADE, que seria posterior à realização do ato, poderia aprová-lo (em nada modificando a eficácia ou a validade do ato) ou REJEITÁ-LO (anulando os atos e extinguindo os efeitos jurídicos deles decorrentes) – nesta última hipótese que ocorriam os problemas (Ex. Nestlé X Garoto). Eis a redação dos dispositivos:

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.

§ 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.

Esse sistema já era criticado desde o surgimento da Lei. Nasceu antigo, tendo em vista que os modernos sistemas (europeu e americano), na época, já previam que a aprovação do Órgão Concentracional deveria ser prévia à concretização dos atos de concentração.

Visando extirpar esta celeuma, a Lei nº 12.529/11 modificou o sistema então vigente, impondo a análise PRÉVIA DO ATO DE CONCENTRAÇÃO PELO CADE.

Hoje, portanto, o ato de concentração empresarial só pode ser efetivado e concluído APÓS a aprovação do procedimento pelo CADE (ou na hipótese de decurso do prazo, conforme explicado a seguir).

A análise POSTERIOR DEIXA DE EXISTIR, adotando-se, agora, o moderno sistema de aprovação PRÉVIA DOS ATOS CONCENTRACIONAIS.

7 SOBRE A POLÊMICA GERADA PELO VETO AO ART. 64 DA LEI: A QUESTÃO DA APROVAÇÃO TÁCITA

Eis a redação do artigo vetado:

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

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

Segundo tal dispositivo, como está claro, caso ultrapassados os prazos (240 dias, ou 330, no máximo) para análise do ato concentracional SEM DECISÃO DO CADE, o ato seria considerado TACITAMENTE APROVADO.

Trata-se de regra que traria enorme segurança jurídica aos envolvidos no ato de concentração, mas que levou a Presidente Dilma vetá-lo por razões até justificadas.

Vejamos as razões do veto:

Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011

Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

MENSAGEM Nº 536, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011

Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 3.937, de 2004 (nº 6/09 no Senado Federal), que "Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências".

Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo **veto** aos seguintes dispositivos:

Art. 64.

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

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

Razões do veto

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

Na verdade, e o que se viu por meio de notícias posteriores, é que o problema residia na amplitude da redação, pois o artigo não especificou que seria somente "o prazo para análise do ato de concentração" que poderia ser ultrapassado, mas foi genérico, englobando QUALQUER PRAZO, ou seja, conforme bem observou a Presidente, traria enorme insegurança jurídica.

Vejamos um artigo que saiu no Portal do "Valor Econômico":

Dilma sanciona lei que cria o Super Cade 2/12/2011

Concorrência Governo veta artigo que previa aprovação automática de fusão em caso de atraso em julgamento

Por Juliano Basile
De Brasília

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

Na avaliação do Ministério da Justiça, isso seria um risco. Se o Super Cade descumprisse qualquer prazo, como, por exemplo, de 48 horas para sorteio do relator do processo, a fusão teria aval automático. "Os vetos foram pontuais e adequados", afirmou o secretário de Direito Econômico, Vinícius Carvalho.

Outro exemplo, segundo ele, foi o artigo 114, que permitia às empresas pedir a imediata autorização da fusão, antes do julgamento final pelo Cade. Esse artigo também foi vetado, pois a ideia do Super Cade é que as fusões simples sejam aprovadas em menos de 30 dias. Segundo Carvalho, como as operações complexas já são suspensas previamente pelo órgão antitruste, não havia motivo para autorizá-las antes do julgamento.

O presidente do Cade, Fernando Furlan, explicou que será feito um novo regimento interno com orientações sobre os prazos de análise de fusões e aquisições. Pela nova lei, os negócios serão aprovados em, no máximo, 330 dias. "Nós discutimos

essa questão e os conselheiros concordaram em fazer um regulamento para impor uma disciplina", disse Furlan.

O Cade também quer aprovar uma nova resolução sobre multas, porque a nova lei diz que a multa por cartel será de "20% do faturamento da empresa no ramo de atividade objeto da investigação". "A nossa ideia é definir para as empresas o que será considerado "ramo de atividade"", ressaltou Furlan.

O órgão antitruste pretende abrir consulta pública para empresas e advogados se manifestarem a respeito do novo regimento interno e da resolução sobre multas. "Isso certamente vai gerar bastante discussão", disse o advogado Paulo Casagrande, do escritório Brasil, Pereira Neto, Galdino e Macedo.

Segundo ele, a lei estabeleceu que as fusões só vão valer no Brasil após a aprovação pelo Super Cade. Daí, a necessidade de as empresas saberem que, ultrapassados os prazos legais, os negócios seriam aprovados. "Sem o artigo 64, não haverá essa certeza e será complicado verificar qual a consequência do descumprimento dos prazos pelo Super Cade", disse Casagrande. Para a ex-secretária de Direito Econômico Mariana Tavares de Araújo, advogada do escritório Levy & Salomão, o veto ao artigo 64 "criou insegurança jurídica quanto ao que acontecerá se o Cade não observar os prazos da lei".

Outra questão que precisa ser definida é a data a partir da qual as empresas devem notificar as fusões e aquisições. A lei que vigora hoje (nº 8.884, de 1994) especifica que é o primeiro documento vinculativo entre as empresas. "Como a aprovação será prévia, a nova lei não define qual é o primeiro documento vinculativo, o instante que determina a hora de apresentar a operação", advertiu o advogado José Del Chiaro.

A nova lei vai entrar em vigor daqui a 180 dias. O texto estabelece que só vão ser analisadas operações em que uma das empresas tenha faturamento anual acima de R\$ 400 milhões e a outra acima de R\$ 30 milhões. "Na prática, a partir de junho não será possível fechar operações no Brasil sem a aprovação do Cade", constatou o advogado Francisco Todorov, do escritório Trench, Rossi e Watanabe.

Para Amadeu Ribeiro, do Mattos Filho Advogados, o Cade e as empresas "terão pouco tempo para se preparar para essa nova realidade". Pedro Dutra chama a atenção para outro problema: "Mais do que uma nova lei, a eficiência do novo Cade vai depender das verbas que lhe serão destinadas e da indicação de conselheiros técnicos."

Autor: Valor Econômico

O mencionado veto, depois de algum tempo da promulgação da Lei, começou a ser muito criticado, principalmente pelos advogados que atuam na área do Direito Concorrencial.

Movido pela aclamação dos advogados e visando trazer segurança jurídica ao tema, o próprio CADE pacificou o assunto, mantendo o regime anterior da APROVAÇÃO TÁCITA, mas esclareceu que somente se refere ao prazo principal do procedimento de aprovação do ato concentracional (240 dias, ou, no máximo, 330).

Veja a notícia do Parecer do CADE retirado do próprio portal da Autarquia:

Aprovação de AC por decurso de prazo está mantida¹⁰

O plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade aprovou, por unanimidade, nesta quarta-feira (8), durante a 508ª Sessão de Julgamento, o parecer apresentado pelo procurador-geral Gilvandro Araújo, que esclarece a interpretação da autarquia acerca do veto presidencial ao artigo 64 da nova lei antitruste – 12.529/2011.

De acordo com o documento, a aprovação de atos de concentração econômica – AC será automática em caso de decurso de prazo para avaliação dos processos. “A posição uníssona do Conselho é a de que o veto presidencial não aboliu o decurso de prazo”, garantiu Gilvandro.

O entendimento é de que se o prazo estipulado para análise das operações de fusão e aquisição – 240 dias, prorrogáveis por mais 90 – for descumprido, as operações serão aprovadas tacitamente. A regra não se aplicará, no entanto, a outros prazos, como o de distribuição dos processos aos conselheiros.

Ainda de acordo com o parecer, dispositivos que respaldem essa interpretação legal do Cade serão introduzidos no regimento interno. A proposta do novo regimento passará, em breve, por consulta pública.

Razões do veto presidencial

A presidenta Dilma Rousseff vetou o artigo 64 da nova lei do Cade porque da forma como o foi redigido estabelecia aprovação tácita dos atos de concentração como consequência automática de quaisquer dos prazos fixados na legislação. A medida, segundo a presidenta, seria desproporcional e teria potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade.

O CADE pôs fim, assim, ao impasse jurídico então existente.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que, de fato, houve uma evolução no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mormente com a adoção do mecanismo de análise prévia dos atos de concentração, evitando o prejuízo econômico advindo do veto tardio e resolutivo dos atos já praticados, existente na Lei anterior.

De fato, ao implementar o sistema da análise prévia, o CADE evita que os atos de concentração se efetivem e, principalmente, produzam efeitos jurídicos. A segurança jurídica advinda da nova regulação é, sem dúvida, muito maior.

¹⁰ Notícia retirada do portal do CADE na internet:
<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9e9160a97b9067ac79c696a1b79a>. Acesso em: 20/02/12.

Conclui-se também que, embora tenha havido o veto presidencial no dispositivo legal (art. 64) que fundamentava a “aprovação tácita”, quando o CADE deixasse escoar o prazo para análise do ato de concentração, mesmo assim, interpretando sistematicamente a lei e todo o Sistema de Direito Antitruste, é fácil afirmar que o mecanismo da aprovação tácita ainda persiste, e é fundamentado, agora, no próprio parecer do CADE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 12.529/11. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Brasília, DF: Senado, 2011.

BRUNA, S. V. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BULGARELLI, W. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

CELLI JUNIOR, U. **Regras de concorrência no direito internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DILMA sanciona a lei que cria o Supercade. Portal do Valor Econômico. Disponível em: <http://www1.valoronline.com.br/brasil/1120550/dilma-sanciona-lei-que-cria-o-super-cade>. Acesso em: 01 de abr. de 2.012.

FARACO, A. D. **Regulação e direito concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor das telecomunicações**. São Paulo, 2001. 408 p. Tese de doutorado em direito - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

FONSECA, J. B. L. da. **Lei de proteção da concorrência: Comentários à Lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, P. A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, J. I. G. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GOULART, Cyrus Eghrari. **A eficiência e a eficácia das normas antidumping na OMC e suas repercussões no direito concorrencial brasileiro**. Franca, SP: Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP de Franca, 2006. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 391 p. ISBN 85-7420-730-6.

GRINBERG, M. e outros. **Direitos anti-“dumping” e compensatórios**: sua natureza jurídica e consequências de tal caracterização. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 96, 1994.

LEÃES, L. G. P. de B. **O “dumping” como forma de abuso de poder econômico**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol 91, 1993.

REVISTA Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Porto Alegre: Magister 2005. 1 v.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 374 p. ISBN 85-7420-383-1