

HISTÓRICO E DESAFIOS DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NO BRASIL*

An Overview of Merger Review in Brazil and Upcoming Challenges

Ana Paula Martinez

Sumário

1. Introdução; 2. Da Constituição de 1934 à Lei nº 8.884/94; 3. A Implementação da Lei nº 8.884/94; 4. A Reforma do SBDC sob a Ótica das Concentrações; 5. A Nova Lei de Defesa da Concorrência; 6. Conclusão.

Resumo

O artigo apresenta primeiramente o histórico do controle de concentrações econômicas no Brasil, com posterior análise dos desafios enfrentados pelas autoridades, empresários e advogados de modo a se ter um sistema em que os benefícios superem os custos, públicos e privados, de sua implementação. A possibilidade do controle de acordos de cooperação e concentração entre agentes econômicos já estava prevista em nossa legislação, ainda que sem regulamentação, desde a década de 30. Mais do que isso, a análise prévia – há muito pleiteada perante o Congresso e recentemente introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 – já foi contemplada pelo legislador no passado.

Palavras-chave: Concorrência, Controle de Estruturas, Atos de Concentração, Evolução, Histórico.

Contents

1. Introduction; 2. From the 1934 Constitution to Law N° 8884/94; 3. The Enforcement of Law N° 8884/94; 4. The Reform of the Brazilian Competition System from a Merger Control Perspective; 5. Brazil's New Competition Law; 6. Conclusion.

Abstract

The article first provides a historical overview of merger review in Brazil and then discusses the upcoming challenges faced by the authorities, businessmen and private practitioners to have a system which passes the cost-benefit test. The possibility of reviewing cooperative and concentrative agreements among market players has been introduced in Brazil's legal system since the 1930's. More than that, the long awaited pre-merger system, which has been recently introduced by Law N° 12.529 of November 30, 2011, has already been provided for by the legislator in the past.

Keywords: Competition, Merger Review, Merger Control, Overview, Developments.

* Versão anterior do artigo publicada em Campilongo, Celso et al. (org.), *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*, São Paulo: Singular, 2011.

1. INTRODUÇÃO

O nível de concorrência dos mercados no Brasil hoje pode ser justificado pela agenda econômica liberal que norteou a ação governamental a partir da década de 90. No início de referida década, a economia brasileira passou por intensa reforma, com liberalização comercial, ampla reforma tributária, adoção de política fiscal mais severa, controle da inflação, privatização e desregulamentação dos mercados, com abandono de modelos anteriores que pouco favoreciam a concorrência (como o modelo de substituição de importações e controle de preços). Foi nesse pacote de reformas que foi promulgada uma nova lei de defesa da concorrência (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), com um sistema obrigatório de notificação de concentrações e cooperações econômicas.

Aqui há que se ter muito cuidado para não se precipitar na conclusão de que foi a lei antitruste que ocasionou o incremento de concorrência nos mercados brasileiros na última década. É bem mais provável que tenha sido o conjunto de reformas institucionais acima referidas que, ao reduzir as barreiras à entrada para novos agentes e facilitar o acesso ao crédito e investimentos estrangeiros, incrementou o grau de rivalidade no mercado. Não se quer anular o papel da legislação antitruste para o incremento da concorrência, apenas quer-se dizer que esta tem *papel acessório* na consecução desse objetivo e que sua *implementação só é factível com um marco legislativo e político adequado à economia de mercado*. Isso pode ser facilmente ilustrado pelo fato de que o Brasil possuía desde a década de 30 legislação antitruste (Decreto-Lei nº 869, de 11 de novembro de 1938, de caráter penal, e Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, de caráter administrativo), mas foi apenas quando um pacote de medidas mais amplas foi adotado na década de 90 – e com o abandono de órgãos como o Conselho Interministerial de Preços (CIP), que deixava pouco espaço para que as forças de mercado agissem “invisivelmente” – é que o país avançou no quesito *concorrência*.¹

¹ Tal linha de argumentação, que pode parecer estranha a alguns leitores, é reconhecida pela OCDE, quando analisou a política antitruste brasileira (OECD & Inter-American Development Bank, *Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares*, Paris: OECD Publishing, 2005) e pela Carta Interministerial de 2002 dos Ministros da Fazenda, Justiça e Planejamento, Orçamento e Gestão endereçada ao Presidente da República (carta anexa ao Aviso nº 805 do Ministro da Fazenda, de 02.12.2002 – “(...) até a instauração do Plano Real, a defesa da concorrência cumpriu um papel secundário na política governamental. Características que marcaram a economia brasileira ao longo de décadas – forte presença do Estado, recurso a controle de preços, elevado nível de proteção à indústria nacional, altos índices de inflação – eram naturalmente incompatíveis com tal política”).

Tendo isso em mente, passemos ao tema central do artigo: um histórico do controle de concentrações econômicas no Brasil, com posterior análise dos desafios colocados às autoridades e entes privados de modo a se ter um sistema em que os benefícios superem os custos (públicos e privados) de sua implementação. Poucos sabem, mas a possibilidade do controle de acordos de cooperação e concentração entre agentes econômicos já estava prevista em nossa legislação, ainda que sem regulamentação, desde a década de 30. Mais do que isso, a análise prévia – há muito pleiteada perante o Congresso e recentemente introduzida pela nova lei de defesa da concorrência, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 – já foi contemplada pelo legislador no passado. Vejamos.

2. DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 À LEI Nº 8.884/94

As Constituições brasileiras de 1934² e 1937³ faziam referência à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico sem, contudo, prever de forma expressa a repressão ao “*abuso do poder econômico*”. Em seguida, foi promulgado pelo Presidente Getúlio Vargas o Decreto-Lei nº 869, de 18

² “Art 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a toda existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único. Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.

Art 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.”

³ “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

de novembro de 1938,⁴ de autoria de Nelson Hungria, que tratava dos crimes contra a economia popular, incluindo ilícitos anticoncorrenciais, como a venda de mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência. Era também crime inafiançável, punível com pena restritiva de liberdade de dois a dez anos e multa, “*promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio*”.⁵ Vê-se, portanto, uma preocupação com a concentração empresarial desde ao menos 1938, período em que o controle era *a posteriori* e no campo criminal, a cargo do Tribunal de Segurança Nacional.

O referido Decreto-Lei teve pouca ou nenhuma efetividade. Nelson Hungria chegou a afirmar que: “*o Decreto nº 869 que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente*”.⁶ Na mesma linha, notícia Shieber que: “*um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou um só caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil*”.⁷

Em 1942, foi criada a Comissão de Defesa Econômica (CDE) pelo Decreto-Lei nº 4.807, de 7 de outubro de 1942,⁸ composta por membros dos Ministérios da Fazenda, Relações Exteriores, Guerra, Justiça e Negócios Interiores e Trabalho, Indústria e Comércio, todos nomeados pelo Presidente da República. Entre as funções da CDE estava “*resolver, por solicitação ou ‘ex-officio’, a recisão ou forma de liquidação dos contratos em que sejam partes pessoas cuja atividade econômica se torne necessário reprimir*”.

⁴ Publicado na CLBR (Coleção de Leis do Brasil), 31.12.1938, p. 24. Posteriormente reproduzido pela Lei nº 1.521, de 26.12.1951.

⁵ Decreto-Lei nº 869, art. 2º, III.

⁶ *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 9.

⁷ Benjamin M. Shieber, *Abusos do poder econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 6. A *Standard Oil Company of Brazil* (posteriormente *Esso Brazil*) integrava o grupo econômico que teve que se desintegrar por ordem da primeira decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos contra os *trustes* (*Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911)).

⁸ Publicado na CLBR, 31.12.1942, p. 42.

Em seguida, o então Ministro da Justiça e Negócios Interiores Agamenon Magalhães redigiu o anteprojeto do que veio a se tornar o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945,⁹ que dispunha sobre os atos “contrários à ordem moral e econômica”, dando caráter de ilícito administrativo aos atos anticompetitivos contrários ao “interesse da economia nacional”. O referido Decreto-Lei (por vezes referido como “Lei Malaia”) criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão diretamente subordinado ao Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.¹⁰ O Decreto-Lei previu instrumental para o controle obrigatório e prévio de estruturas em determinados setores da economia (bancário, de mineração, transportes, alimentos, entre outros):

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;*
- b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;*
- c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;*

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

(...)

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra “empresa”, abranje as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que dispõem de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.

⁹ Publicado na CLBR, 31.12.1945, p. 256.

¹⁰ Os demais membros eram o Procurador Geral da República, o Diretor Geral da CADE, um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, um representante do Ministério da Fazenda, um representante das classes produtora e distribuidora e um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência.

DA FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER ECONÔMICO

Art. 8º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver, sem prévia autorização da C.A.D.E.:

- a) os estabelecimentos bancários;
- b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios;
- c) as empresas que operem em seguros e capitalização;
- d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea;
- e) as empresas editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade;
- f) as indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos;
- g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos;
- h) as indústrias de tecidos e calçados;
- i) as empresas de mineração;
- j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral;
- k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública.

Art. 9º A partir da data da publicação deste decreto-lei, o Departamento Nacional da Indústria e Comércio e as Juntas Comerciais não poderão registrar alterações nos contratos ou estatutos de quaisquer firmas ou sociedades das espécies referidas no art. 8º, nem atos relativos à fusão, transformação ou incorporação das mesmas, sem a prévia audiência e autorização da C.A.D.E.

Parágrafo único. São nulos de pleno direito os registros feitos com inobservância deste dispositivo. (g.n.)

Com relação à necessidade de controle prévio estrutural, o autor do anteprojeto, inspirado na experiência norte-americana (notadamente no julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*¹¹), esclareceu na exposição de motivos transcrita abaixo que a intervenção do Estado na economia poderia “impedir a formação de ‘trusts’ e outras formas de agrupamentos”, que causariam efeitos deletérios para as classes média e trabalhadora e para a pequena indústria. Vê-se que longe de evidenciar uma preocupação com o incremento do bem-estar agregado (eficiência econômica), o Decreto-Lei nº 7.666/45 tem em sua razão de ser fun-

¹¹ *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

damentos voltados à proteção das classes rurais e menos abastadas (*defesa da economia popular*), em linha, aliás, com a política altamente intervencionista do Estado Novo. A notificação prévia resulta da convicção de que o Estado deveria primeiro manifestar-se a respeito da licitude de tais concentrações para então lhe garantir a validade – em linha com sua política econômica, evidenciando alto grau de discricionariedade:

(...) A concentração do poder econômico gerou o capitalismo financeiro. A paixão pelo lucro substituiu o senso da utilidade e do serviço. Os valores, em vez de servirem ao homem, passaram a contribuir para o seu aniquilamento. Os “trusts”, desorganizando a pequena indústria, colocaram as classes médias e as classes trabalhadoras à sombra da indigência econômica. (...)

Novas medidas se impõem. Lucros extraordinários provocados de nossos latifúndios. Acelera-se o êxodo dos campos em benefício das cidades, onde se levantam faustosos arranha-céus, com dinheiro arrancado, muitas vezes, da zona rural depauperada. E os latifúndios não vão formar-se nas zonas desertas. Não vão beneficiar as regiões áridas. Invadem centros mais populosos e prósperos. Desmantelam as pequenas propriedades criando para os trabalhadores uma situação moral e econômica inferior à dos escravos do tempo do império.

Esses fenômenos constituem consequências fatais do exercício abusivo do poder econômico contra o qual se tem sistematicamente insurgido a opinião pública (...).

Vale salientar, a este propósito, as conclusões votadas pelo I Congresso Brasileiro de Economia, reunido no Rio de Janeiro, em 1943, pela Conferência das Comissões de Desenvolvimento Interamericano, realizada no mesmo ano, recomendando aos governos providenciar no sentido de impedir a formação de “trusts” e outras formas de agrupamentos prejudiciais ao comércio e à população.

Particularmente significativo é o fato de que economias bem mais sólidas do que a nossa já se têm valido de medidas legislativas de defesa contra os efeitos desastrosos do abuso do poder econômico, em todas as suas variadas formas. Os Estados Unidos vêm se aparelhando, desde 1890, para o combate a essas instituições de opressão econômica, através do seu Federal Anti-Trust Act (Lei Sherman). (...)

Partindo do fato, unanimemente reconhecido de que nem todos os agrupamentos são contrários ao interesse público, de vez que os há inofensivos e, até mesmo, benéficos à economia nacional, as legislações existentes, via de regra, têm procurado caracterizar a nocividade das coalizões ou dos agrupamentos, com base na natureza ilícita, imoral ou prejudicial dos objetivos ou intenções que as uniram. Esse critério subjetivista criou as maiores dificuldades práticas, no momento da aplicação da lei e determinou oscilações e indecisões da jurisprudência, altamente perturbadoras dos intuitos dos legisladores, conforme o atesta a crítica unânime dos estudiosos do assunto.

Ora, parece evidente que, sob o ponto de vista econômico, o aspecto lícito ou ilícito da intenção animadora dos ajustes ou coalizões é, muitas vezes, irrelevante. Neste particular o que importa, realmente, é a nocividade do resultado, ainda mesmo quando não desejado ou não previsto, no momento da celebração do ajuste.

Por isso, o projeto que ora tenho a honra de submeter à apreciação de vossa excelência procurou afastar-se, no que tange à caracterização da nocividade das coalizões, dos critérios seguidos pelas leis similares estrangeiras, baseando as suas distinções na natureza dos efeitos alcançados por tais entendimentos. Todavia, como julgamento sobre a natureza lícita ou ilícita do ajuste se inclui entre as funções privativas do Executivo, porque decorre da política econômica por ele seguida, a validade dos entendimentos lícitos fica na dependência da aprovação do Poder Público.(g.n.)

Contudo, por suas previsões inovadoras à época e pelo momento político, o ato foi revogado antes mesmo de sua regulamentação por meio do Decreto-Lei nº 8.167, de 9 de novembro de 1945.¹² No ano seguinte foi promulgada a nova Constituição Brasileira, que dispunha em seu artigo 148 (inclusão resultante dos esforços de Agamenon Magalhães) que “*A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.*” (g.n.).¹³

A despeito da previsão constitucional da década de 40, foi apenas duas décadas depois que o Brasil adotou, após extensas discussões legislativas (que contaram com a participação ativa de Agamenon Magalhães e, após sua morte, de seu filho),¹⁴ sua primeira lei antitruste efetiva: a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.¹⁵ Referida lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com competência para reprimir o abuso ao poder eco-

¹² Publicado na CLBR, 31.12.1945, vol. 7, p. 90.

¹³ A Constituição Brasileira de 1967 seguiu a mesma linha, ao prever em seu artigo 157, VI, que “*A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.*”

¹⁴ Agamenon Magalhães apresentou o Projeto de Lei nº 122/48. Com sua morte em 1952, o projeto perdeu força. Em 1955, seu filho Paulo Germano de Magalhães apresentou o Projeto de Lei nº 3/55, reprodução do projeto anteriormente apresentado.

¹⁵ Regulamentado primeiramente pelo Decreto nº 52.025, de 20.05.1963, e, posteriormente, pelo Decreto nº 92.323, de 23.01.1986.

nômico¹⁶ Na justificativa da Lei nº 4.137/62, que teve como inspiração a experiência norte-americana, encontram-se trechos de autoria de Agamenon Magalhães, em que se afirma que:

(...) na luta contra os trustes não há legislação perfeita tal a soma de artifícios de que dispõe o poder econômico. V. Exa. até propôs figurar o poder econômico como um dos quatro poderes da República. Sr. Presidente, está explicado que o projeto se inspirou na legislação norte-americana, servindo-se do seu sistema em combinação com o nosso e levando em conta as adaptações resultantes da organização judiciária brasileira.

Justificado o projeto em suas linhas gerais, quero declarar à Câmara que não há lei mais oportuna ou mais urgente do que esta ora apresentada à consideração dos meus pares. (...) A América do Norte só conseguiu dominar os trustes de petróleo depois que a Suprema Corte em 1911 decretou a dissolução da “Standard Oil” (...).

Essa lei emancipa não só a nação brasileira, mas o Governo atual e os futuros. Como disse Wilson, o governo invisível, formado pelo abuso do poder econômico, é um poder de corrupção, em matéria econômica e política. (...) Essa lei será a carta, será a nova liberdade – liberdade do consumidor brasileiro e liberdade do Governo, porque com ela não estará sujeito às influências de grupos econômicos. (...) para que o Estado brasileiro seja um Estado que comande, que dirija, deve pairar acima de qualquer poder econômico.¹⁷

Percebe-se que da preocupação em se proteger as classes médias e rurais, refletida no Decreto-Lei de 1938, passou-se a uma preocupação com o consumidor propriamente dito e em se preservar a política determinada pelo Governo. Nesse contexto de preocupação com a formação dos trustes e o abuso do poder econômico, foram inseridos os artigos 2º e 74 da Lei nº 4.137/62, que previam um controle estrutural:

Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de: (...)

b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;

Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de

¹⁶ Referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 92.323, de 23.01.1986, publicada no DOU de 24.01.1986.

¹⁷ Diário do Congresso Nacional, 16.04.1948, p. 2.444.

qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção. (g.n.)

Vê-se, portanto, que determinados tipos de concentrações e cooperações econômicas estavam sujeitas a dois tipos de controle: um *prévio*, no âmbito do controle de estruturas previsto no artigo 74,¹⁸ e outro *a posteriori*, no âmbito do controle de condutas anticompetitivas previsto no artigo 2º.¹⁹ Não era

¹⁸ Operação entre empresas do mesmo grupo não tinha o potencial lesivo previsto no artigo 74. O então Conselheiro-Relator do Processo Administrativo nº 20.654/68, Olympio José de Abreu (Representante: Chefe de Gabinete do Presidente do CADE; Representadas: Indústria Brasileira de Embalagens S.A. e Fábrica Nacional de Tambores Ltda.) conclui que “Não se constatou no processo nenhuma dessas hipóteses [do artigo 74 da Lei nº 4.137/62] posto que a fusão aprovada que foi pela COIFE verificou-se no âmbito de empresas que possuem idêntica composição societária. O que ocorreu foi a integração de uma subsidiária com a que lhe detinha o controle acionário. Não se trata, pois, de um procedimento tendente a fraudar a lei”. Apud José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, pp. 59-60.

¹⁹ De modo a facilitar o controle *a posteriori*, foram incluídas as previsões do artigo 73 da mesma lei:

“Art. 73. O Departamento Nacional da Indústria e Comércio as Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados, enviarão ao CADE quando solicitado, um resumo de cada um dos atos, contratos, estatutos ou alterações que hajam arquivado ou registrado, com as informações a que se refere o artigo anterior.”

qualquer tipo de ato entre empresas que exigia o *controle prévio*, mas apenas aqueles que preenchessem as condições (subjetivas, há que se dizer,²⁰ sem presunção de lesividade) do artigo 74. Como os efeitos esperados de uma concentração não são aqueles enumerados nas alíneas do artigo 74,²¹⁻²² e no juízo de discricionariedade do CADE, a jurisprudência foi evoluindo²³ para o registro

²⁰ Tercio Sampaio Ferraz Junior, “A Concentração Econômica e a Fiscalização Administrativa: Entendimento do art. 74 da Lei nº 4.137/62, segundo a redação do art. 13 da Lei nº 8.158/91”, in *Revista de Direito Administrativo* vol. 193, 1993, p. 68, indica que “a experiência foi demonstrando que as práticas mencionadas no caput abrangiam de fato todos os expedientes concentracionistas habituais, enquanto os efeitos apontados nas alíneas a) até f) não exauriam, por si só, as técnicas econômicas capazes de efetivá-los. Daí resultou um alto grau de discricionariedade que implicava uma verdadeira permissão para o CADE intervir na política econômica dos entes privados”.

²¹ Por exemplo, em voto no Processo nº 20.218/71, de 24.03.1971 (Requerente: Ciba-Geigy Química S.A., DOU de 18.04.1972, Seção I, Parte I, pp. 3.423 e ss.), o Conselheiro-Relator Gratuliano Brito afirmou que: “Ora, é de ver-se que um simples negócio de fusão ou incorporação de empresas pelo só fato dessa fusão ou incorporação não se inclui na sistemática específica de controle prévio instituída no artigo 74 da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962.” Apud José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 394.

²² Previa o Decreto nº 52.025, de 20.05.1963, DOU de 21.05.1963, p. 4.946, primeiro a regulamentar a Lei nº 4.317/62, que “Art. 96, § 1º *Independem de registro os ajustes previsto neste artigo quando visem realizar operações normais aos usos e praxes comerciais para contratos da mesma natureza.*” O mesmo artigo ainda fixou um prazo (curto) para a apresentação dos acordos contados de sua data de assinatura (e que por previsão legal não teriam validade até a concessão do registro pelo CADE): “§2º *Os atos, ajustes, acórdos e convenções previstos neste artigo não terão validade senão depois de aprovados e registrados pelo CADE.* § 3º *O registro não impede o CADE se positivado posteriormente o intuito fraudulento do pedido, de promover processo para verificar abuso de poder econômico.* § 4º *O pedido de registro deverá ser submetido ao CADE no prazo de dez (10) dias, contados da data do ato, ajuste, acórdo ou convenção.*” O Decreto nº 52.025/63 foi revogado pelo Decreto nº 92.323, de 23.01.1986, DOU de 24.01.1986, p. 1.296.

²³ O Conselheiro-Relator J. C. de Mendonça Braga (Processo nº 20.080/70, de 18.04.1970, Requerente: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, Requerida: Flumipesca Indústria Fluminense de Pesca S.A.; DOU de 13.05.1970, Seção I, Parte I, p. 3.523) incorporou em seu voto o entendimento de Benjamin Schieber: “a) que a alínea primeira do art. 74 da Lei do CADE refere-se a ‘acordos entre concorrentes para limitar a produção, em vez desta limitação ocorrer em resposta à

prévio restrito essencialmente de cooperações econômicas entre concorrentes, contratos de distribuição que impunham restrições a concorrentes²⁴ e de exclusividade.²⁵ Contudo, a implementação de tal lei foi muito aquém do esperado, em vista do contexto econômico do país no período de sua vigência (política de substituição de importações, tabelamento de preços e proteção da indústria nacional)²⁶ e pouco se viu de resultado para a promoção da concor-

operação da lei de oferta e procura no mercado; b) que a alínea segunda cogita ‘do estabelecimento’, por meio de acordos entre empresas, de normas concernentes ao funcionamento do mercado, v.g., o estabelecimento de normas para dar crédito a compradores; c) que a alínea terceira trata de ajustes que fixam ‘standards de qualidade de produtos e de medidas e pesos’; d) que a alínea quarta admite a substituição da lei de oferta e procura, como o agente determinante de preços, por acordos entre empresas que tenham por efeito estabilizar preços; e) que a alínea quinta permite a aprovação de acordos que objetivem a partilha do mercado em base de especialização da produção ou distribuição; f) que a derradeira alínea versa sobre ‘acordos que visem o estabelecimento de vendedores exclusivos, isto é, vendedores que não possam vender produtos do mesmo gênero ou destinados a satisfação de necessidades conexas, produzidos por outras empresas concorrentes’”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 396.

²⁴ Por exemplo, em voto no Processo nº 20.247/76, de 25.04.1977 (Requerente: Cia. Vidraria Santa Marina, DOU de 23 de maio de 1977, Seção I, Parte I, pp. 6.197 e ss.), o Conselheiro-Relator Geraldo de Rezende Martins afirmou que: “*a nosso ver, os termos dos instrumentos de fls. e fls. configuram um daqueles ajustes de restrição para a distribuição de mercadorias, cuja validade ficou condicionada à aprovação e ao registro neste E. Conselho, por força do art. 74 da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962*”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 388-389.

²⁵ Por exemplo, em voto no Processo nº 40.016/75, de 09.09.1976 (Requerente: Petri do Brasil S.A., DOU de 19.10.1976, Seção I, Parte I, pp. 13.852 e ss.), o Conselheiro-Relator Hamilton Bittencourt Leal afirmou que: “*No referido contrato, a concedente dá à concessionária a exclusividade de distribuição dos volantes esportivos, em todo o território nacional pelo prazo de um ano. (...) Assim, voto no sentido de ser aprovado e registrado o contrato de concessão apresentado*”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 389-390.

²⁶ Não há dados disponíveis acerca do número de atos e contratos que foram registrados perante o CADE nos termos do artigo 74 no período de vigência da Lei nº 4.137/62. Contudo, é esperado que esse número tenha sido bastante reduzido.

rência. Esse ambiente protecionista era inclusive refletido nos julgamentos do CADE.²⁷

Com a Constituição de 1988, a ordem econômica ganha um novo *status* e a livre concorrência, prevista no artigo 170, IV, passa a ser um de seus princípios balizadores. Ademais, no artigo 173, § 4º, CF foi estabelecido que “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*” A isso se soma o novo contexto político e econômico do Brasil, em um forte movimento de liberalização e abertura da economia, com controle da inflação. Nesse contexto, foi adotada a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, resultante da Medida Provisória nº 204, de 2 de agosto de 1990 e de suas reedições²⁸ (com poucas alterações).²⁹ Na Exposição de Motivos da referida Medida Provisória, os

Como indicativo, de 1963 a 1990 o CADE instaurou 117 processos administrativos, que resultaram em apenas 16 condenações (todas suspensas no Judiciário). Vide Lúcia Helena Salgado, *A economia política da ação antitruste*, São Paulo: Singular, 1997, p. 176. Segundo Arthur Badin, *Prestação de Contas da Procuradoria do CADE*, 2007, in www.cade.gov.br, 302 processos foram julgados pelo CADE no período 1962-1993.

²⁷ Por exemplo, em voto nas Averiguações Preliminares nº 112, de 14.12.1981 (Representante: Bombril S/A Indústria e Comércio; Representadas: Colgate Palmolive Ltda. e Colgate Palmolive Co., DOU de 24.12.1981, seção I, p. 24.765 e ss.), o Conselheiro-Relator Feres Osraia Nader do processo afirmou que o: “*Estado-Nação, para sobreviver como tal, tem de ser poderoso, também, fora das suas tradicionais fronteiras. Tem de fomentar, apoiar, empurrar financeira, técnica e logisticamente, as suas multinacionais, as multinacionais de raiz interna. (...) há que se proteger as empresas brasileiras de modo a que possam desabrochar para o mundo, em expansão de mercados, de técnica, de grandeza financeira. Assim, temos de interpretar a nossa Lei 4.137/62 no sentido do conhecimento desses fatos. Repito: sem denegrir a multinacional estrangeira que aqui, no Brasil, atua legalmente, ajudando ao progresso, mas tendo sempre em vista que, no corpo do art. 160 da Carta Constitucional está bem vincado o fim do desenvolvimento nacional*”. Apud José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, pp. 19-20.

²⁸ Medida Provisória nº 218, de 03.09.1990, DOU de 03.08.1990, p. 16.807; Medida Provisória nº 246, de 13.10.1990, DOU de 15.10.1990, p. 19.509; Medida Provisória nº 276, de 05.12.1990, DOU de 06.12.1990, p. 23.464.

²⁹ Tercio Sampaio Ferraz Junior, “Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional”, in *Arquivos do Ministério da Justiça* nº 180, ano 45, 1992, p. 181, afirma que “*a Lei nº 4.137/62, de raízes relativamente frágeis, tornou-se largamente inoperante. Neste quadro desagregador, a proposta de liberalização da economia trazida por um novo Governo, em março de 1990, tinha dois objetivos*

então Ministros da Justiça e da Economia, Fazenda e Planejamento apontavam para as insuficiências do quadro legislativo para a tutela da concorrência:

A Constituição Federal, no seu art. 173, § 4º, reserva à lei tarefa de reprimir os abusos do poder econômico e a conseqüente produção de anomalias de comportamento concorrencial no mercado.

Num passado recente, a forte tutela econômica exercida pelo poder público, estabelecendo e aplicando mecanismos de controle de preços, bem como a facilidade com que paralelamente se estimulavam práticas indesejáveis de cartelização e de dumping criaram no País um comportamento empresarial que acabou por prejudicar o justo equilíbrio das forças de mercado.

Tal situação, que deita raízes em nossa cultura, ensejou a providencial liberação do controle de preços, no contexto da atual política industrial que Vossa Excelência em tão boa hora houve por bem implantar. Essa liberação, imprescindível para viabilizar uma saudável concorrência, voltada para o aumento e aperfeiçoamento da produção e comercialização de bens, para se tornar eficaz necessita, com redobrada urgência, de um mecanismo legal capaz de prevenir distorções e corrigir abusos. E esta é a razão pela qual temos a honra de encaminhar a Vossa Excelência a presente proposta de medida provisória.

A legislação brasileira pertinente, em particular a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, vem merecendo de longa data críticas acerbas da doutrina, sobretudo pela ineficiência dos procedimentos ali estabelecidos, em razão dos quais até mesmo os processos mais simples chegam a consumir anos de infrutífera discussão, sem nenhum senso prático. As alterações que nesta proposta são sugeridas visam, nuclearmente, a conferir eficiência e rapidez à atuação do poder público neste relevante aspecto³⁰ (g.n.).

Foi com base nessa mesma fundamentação, referida nas medidas provisórias subsequentes, que a Lei nº 8.158/91 foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada, com vetos, pelo Presidente da República. Tal lei, ao criar a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)³¹ e introduzir

básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos 'cartórios'. E com essa finalidade, a ressurreição da lei antitruste era uma peça fundamental”.

³⁰ Diário do Congresso Nacional, 22.08.1990, Seção Conjunta, p. 3.661.

³¹ Órgão subordinado ao Ministério da Justiça com a função de “apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica” (artigo 1º da Lei nº 8.158/91).

mudanças na Lei nº 4.137/62, muniu a sociedade de um instrumental mais eficaz e adequado à regulação dos comportamentos no mercado.³² O artigo 74 da Lei nº 4.137/62 ganhou nova redação dada pelo artigo 13 da Lei nº 8.158/91.³³ O controle de estruturas passou a ser claramente obrigatório (afastando a

³² A Lei nº 8.158/91 foi regulamentada pelo Decreto nº 36, de 14.02.1991 (publicado no DOU de 15.02.1991). De acordo com o Decreto, no caso de consulta feita com base no artigo 74 da Lei, a SNDE deveria consultar a Secretaria Nacional de Economia do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento sobre a operação. Nos termos do artigo 22 do referido decreto, o parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia vinculava a SNDE e o CADE.

³³ Nova redação: “Art. 74. *Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:*

- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;*
- b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;*
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;*
- d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.*

§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no “caput”, quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

(...)

§ 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização;

(...)

*§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.
(...).”*

interpretação anterior) e de responsabilidade da SNDE.³⁴ O objetivo de tal mudança seria a criação de um ambiente propício à atividade econômica e seus movimentos naturais, com intervenção mínima no mercado. Caso houvesse um ato de concentração que se mostrasse lesivo à concorrência e que não pudesse ser aprovado com base em fundamentos outros como eficiência e interesse nacional, então a SNDE interviria. Outra mudança significativa é que os atos entre empresas que deveriam ser apresentados para aprovação da SNDE eram todos aqueles com potencial lesivo à concorrência, fugindo-se do rol (ainda mais discricionário) das alíneas da antiga redação. Foi também incluída uma presunção de lesividade, qual seja, a detenção de participação de ao menos 20% do mercado afetado pelas partes de uma operação, caso no qual a notificação era obrigatória.³⁵

Apesar da nova redação da lei prever a apresentação de atos em até 30 dias de sua “realização”, as partes poderiam optar por apresentar a chamada “Consulta Prévia”, nos termos do § 5º do artigo 74 da lei. Foi o que ocorreu com a operação São Paulo Alpargatas S.A. e Empresas Têxteis Santista, que criou à época a maior empresa têxtil no Brasil. A SNDE reprovou a operação em um primeiro momento, aprovando-a com restrições após análise de recurso interposto pelas partes perante o Ministro da Justiça.³⁶

³⁴ A nova redação do artigo 74 foi polêmica. Por exemplo, Modesto Carvalhosa afirmou que: “O Poder Público não pode desconstituir uma fusão ou incorporação de uma companhia. A Constituição Federal e a Lei de Sociedades Anônimas garantem a livre contratação” (vide Daniela Fernandes, *Nova Lei Antitruste causa polêmica*, *Gazeta Mercantil*, 18.10.1990, p. 33). Na mesma matéria, há posicionamento do advogado Jayme Vita Rosso (“Este artigo é surrealista, de uma incompetência técnica total”) e do advogado Mauro Grinberg, que preferia a redação anterior – segundo sua interpretação ela já permitia o controle pleno de estruturas (“A redação anterior do artigo 74 era melhor, só faltava aplicá-la”).

³⁵ “Art. 74, § 2º 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 outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.”

³⁶ Vide Despacho do Secretário nº 49, de 18.05.1994, publicado no DOU de 25.05.1994, nº 98, Seção I, pp. 7675 e 7676. As condições foram: “1) remessa de relatórios semestrais, pelo prazo mínimo de 04 (quatro) anos, contados da presente aprovação, ao DPDE/SDE, para acompanhamento do desempenho da nova sociedade, na forma projetada pelas conscientes nos presentes autos; 2) manutenção das plantas existentes; 3) manutenção das marcas já comercializadas, sem diminuição das opções dos

Ainda no bojo dessa mesma reforma legislativa foi aprovada a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990,³⁷ que prevê em seu artigo 4º que o abuso do poder econômico mediante concentração empresarial de qualquer natureza (coalizão, incorporação, fusão, integração, concentração de ações, aquisição de acervos de empresas ou quotas, ações, títulos e direitos) é crime contra a ordem econômica, punível com reclusão de dois a cinco anos ou multa. Quis-se, assim, assegurar tratamento dos mais severos (de ordem criminal) para aqueles atos de concentração que pudessem lesar a concorrência.

Contudo, as Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91, com suas respectivas regulamentações passaram a coexistir com previsões contraditórias e sem a criação da noção propriamente de um sistema. Além disso, havia outras legislações esparsas – como a Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990, que estabelecia tratamento criminal a determinadas condutas anticompetitivas³⁸ – que dificultavam ainda mais a aplicação coerente do direito da concorrência. Para sistematizar e consolidar os novos conceitos e procedimentos, foi promulgada então a Lei nº 8.884, em 11 de junho de 1994, da qual tratamos abaixo.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI Nº 8.884/94

Os anos 90 alçaram a defesa da concorrência a um patamar nunca antes atingido no Brasil, fruto do contexto econômico e político liberal que permitiu, entre outros, o aperfeiçoamento e consolidação da matéria concorrencial

consumidores; 4) manutenção dos níveis de empregos; 5) garantia de pleno e regular abastecimento do mercado; 6) investimentos em melhorias tecnológicas e aperfeiçoamento dos níveis de eficiência industrial; 7) implementação de programa de exportações face ao aumento da capacidade produtiva e 8) demonstração da efetiva divisão equitativa dos benefícios decorrentes da associação entre as associadas e os consumidores finais. O descumprimento de qualquer um dos compromissos a serem implementados, como pressupostos básicos que autorizaram a aprovação, deverá implicar na imperfeição do objeto da consulta, o que ensejará a sua revisão.”

³⁷ Publicada no DOU de 28.12.1990, p. 25.534.

³⁸ Publicado no DOU de 14.03.1990, p. 5.167. Previa que: “Art. 1º Fica sujeito à multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: I – recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; II – condicionar a venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviço acessório, pelo próprio vendedor ou por terceiro que ele indicar ou contratar, quando o comprador se dispuser a transportá-la por sua conta e risco.”

na esfera legislativa.³⁹ O texto da Lei nº 8.884/94 foi resultado do trabalho de comissão constituída pela Portaria do Ministério da Justiça nº 28, de 27 de janeiro de 1993, com o objetivo de “*estudar e propor o aperfeiçoamento e a consolidação da legislação sobre defesa da concorrência e abuso do poder econômico, visando à fixação de novo modelo institucional que propicie melhor ação governamental nesse campo*”. Na Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça Maurício Corrêa ao Exmo. Senhor Presidente da República, foram indicadas as principais preocupações que motivaram a reforma, sendo requerido regime de urgência na tramitação do projeto:

Uma política de não-intervenção no livre mercado não deve significar um aval a um mercado que perverte a liberdade. A Constituição Federal, art. 173, § 4º, exige da lei a repressão do abuso do poder econômico. Trata-se de peça importante para a livre concorrência, capaz de trazer saudáveis consequências para a produção e o consumo. A legislação atual tem meios substantivos bastante razoáveis para que se implemente essa repressão. Mas, para dar-lhe efetividade, é preciso dotar o Poder Público de instrumentos hábeis, suficientes para superar alguns problemas essenciais.

Primeiro, a falta de quadros especializados. (...) Em segundo lugar, a tradição brasileira mostra que o combate ao abuso do poder econômico por meios administrativos tende a ser sempre questionado no Poder Judiciário (...) impõe-se dotar o órgão de instrumentos processuais adequados notadamente de uma Procuradoria especializada. Terceiro, a própria ação administrativa ressenete-se da falta de meios que permitam sejam os agentes econômicos alertados quanto às condutas abusivas que praticarem, assumindo o compromisso de cessá-las. Em quarto lugar, alguns tipos de abuso, como o aumento arbitrário de preços, não encontram satisfatória configuração legal. Finalmente, o processo administrativo na atual legislação não tem claramente formulada a discriminação de competências entre os órgãos encarregados de promovê-lo, o que conduz não poucas vezes a incertezas que só delongam os prazos, em detrimento da necessária celeridade no combate ao abuso do poder econômico.⁴⁰

Estava clara a busca pela efetividade do sistema: corpo técnico especializado, instrumental para garantir a validade das decisões no Judiciário e agilizar o processo administrativo, com delimitação de competência entre os órgãos responsáveis por implementar a defesa da concorrência no Brasil. Do Projeto de Lei nº 3.712-E, de autoria do Deputado Fabio Feldman, surge então,

³⁹ Como reconhecido pela OCDE (OECD, *Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Reform*, Paris: OECD Publishing, 2000, p. 3).

⁴⁰ Exposição de Motivos nº 184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça.

após intensas discussões legislativas (inclusive para esclarecer que não se tratava de controle de preços),⁴¹ a Lei nº 8.884/94, que contou com o largo apoio do Executivo⁴² e que foi recebida de forma dúbia pelo empresariado local.⁴³

⁴¹ O Deputado Fabio Feldman, ao acompanhar a 105ª Sessão Ordinária do CADE, de 02.12.1998, afirmou que: “no Brasil é preciso que se crie a cultura da concorrência, e a ausência da cultura da concorrência levou a muita incompreensão durante todo o processo de tramitação da Lei, e mesmo depois que a Lei foi sancionada, a dificuldade da sociedade brasileira, de uma maneira geral, de entender a Lei, inclusive, à época, de entender que não se tratava de uma Lei de controle de preço, que foi na verdade, a grande discussão que ocorreu, e nós comentamos. Eu acho que, numa sociedade altamente complexa como a nossa, nesse processo altamente veloz de globalização, essa questão da concorrência, ela é absolutamente vital para um conceito de cidadania contemporânea. (...) eu estou disposto a retomar essa discussão, inclusive no campo da sociedade civil, quer dizer, das organizações não-governamentais, das ONG’s, das quais eu faço parte, porque realmente eu acho inclusive que tem que haver um enorme apoio ao trabalho do CADE e o reconhecimento de que este trabalho é fundamental para o Brasil, e para a cidadania contemporânea. A Lei de Abuso de Poder Econômico foi uma Lei que mudou muito o Brasil no sentido de ser um instrumento de pedagogia para o cidadão brasileiro e para os agentes econômicos (...)” (transcrição contida na Ata da 105ª sessão ordinária do CADE, de 02.12.1998).

⁴² Fernando Henrique Cardoso, em “Discurso de Abertura do III Seminário Internacional de Defesa da Concorrência”, in *Revista do Ibrac* vol. 4, nº 6, 1997, pp. 5-6, afirmou que: “Nós apresentamos um projeto para tentar colocar essas questões num prisma mais amplo. E eu quero mencionar aqui a ação nesse projeto primeiro dos advogados que estiveram por trás, como assessores do projeto – alguns estarão por aqui. E a presença naquele momento do deputado Fabio Feldman, que me aterrorizava frequentemente, dizendo que eu tinha que fazer alguma coisa nesta matéria. Ele realmente teve um papel muito grande em me convencer da importância de uma ação mais enérgica na regulação da competição. Foi possível portanto, quando nós já estávamos no Ministério da Fazenda, em 94, discutir mais aprofundadamente essa matéria e, finalmente, foi possível regulamentar de forma adequada o CADE”.

⁴³ A lei causou polêmica, sendo acusada de instalar um terror econômico (vide Wilson Rodrigues de Faria, *Os problemas da Lei Antitruste*, in *O Estado de São Paulo*, 23.08.1994, p. 26). Parte das críticas vinha de uma compreensão equivocada dos artigos da nova lei como se pode ver do trecho do mencionado artigo de Wilson Rodrigues de Faria: “Concorrentes não poderiam agir de maneira uniforme e teriam sempre que adotar condutas comerciais não convencionadas. Por outro lado, a lei estabelece que concorrentes não mais poderiam lutar entre si pelo mercado nem brigar pela sua fatia, uma vez que concorrente não pode criar dificuldade ao outro. (...) Dificultar o funcionamento de concorrentes é colocar seus preços mais baixos? (...) O que fazer?”.

Em linhas gerais, a Lei nº 8.884/94 instituiu o CADE como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e composto por seis conselheiros e um presidente, com mandato de dois anos, sendo possível a recondução. Foram também estabelecidas competências para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE)⁴⁴ que, juntamente com o CADE, formam o que se convencionou chamar de “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (SBDC). Três pilares básicos foram estabelecidos: atuação preventiva, via controle de concentrações, atuação repressiva, via controle de condutas, e atuação educativa, via promoção da cultura da concorrência. A nova lei revogou as Leis nº 4.137/62, 8.158/91 e 8.002/90, e alterou a Lei nº 8.137/90, dando unidade e sistematicidade ao tema da defesa da concorrência no país.

Vê-se que se passou de um sistema antes baseado na defesa da economia popular (ainda que transvestido do nome “concorrência” no período 1962-1988) para a promoção da concorrência propriamente dita (a partir de 1994), tendo havido um período de transição a partir da promulgação da nova Constituição e com a tomada de posse do Presidente Fernando Collor em março de 1990. A aplicação dos novos conceitos em um ambiente econômico propício gerou uma verdadeira *revolução antitruste* no Brasil. A mudança de escala da nova estrutura foi rápida. Por exemplo, de maio a dezembro de 1996 foram julgados 162 processos, com 20 condenações, *versus* 152 julgados e 16 condenações no período 1963-1984.⁴⁵ O fluxo médio mensal de entrada de processos no período de maio a dezembro de 1996 foi de 23,1 casos, 900% maior do que a média dos dois anos anteriores (2,3).⁴⁶ Parte desse êxito deve-se ao empenho do CADE, já em 1996, em se firmar como instituição e expandir sua área de atuação.

Com os subsequentes avanços legislativos à Lei nº 8.884/94,⁴⁷ o SBDC passou a contar com expressiva reputação, tanto no plano interno quanto

⁴⁴ Instituída em 01.01.1995, como desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

⁴⁵ CADE, Relatório Anual 1996, Brasília, 1997. O relatório conclui que: “A defesa da concorrência nunca constituiu prioridade do Brasil do passado. Na era CIP, órgãos como o CADE existiam formalmente, mas não eram feitos para funcionar, conforme sugerem as estatísticas mencionadas antes. As autoridades usavam e abusavam de seu poder de intervenção no mercado, enquanto a morosidade da tramitação dos processos de direito econômico tornava ineficaz, na prática, o sistema legal.”

⁴⁶ CADE, Relatório Anual 1996, Brasília, 1997.

⁴⁷ Lei nº 9.021, de 30.03.1995, DOU de 31.03.1995, p. 4.578; Lei nº 9.069, de 29.06.1995, DOU de 30.06.1995, p. 9.621; Lei nº 9.470, de 10.07.1997, DOU de 11.07.1997,

no internacional. No campo das estruturas, houve significativos avanços desde 1994. De 1994 a 2000, as grandes concentrações tomavam quase que integralmente a atenção das autoridades. Nos primeiros cinco anos de aplicação da Lei nº 8.884/94 um considerável percentual de concentrações foi re-provado – como Rockwell do Brasil/Albarus⁴⁸ e Brasilit/Eternit⁴⁹ – ou sofreu restrições estruturais – como Rhodia/Sinasa,⁵⁰ Gerdau/Pains,⁵¹ Kolynos/Colgate,⁵² Brahma/Miller,⁵³ e Antarctica/Anheuser

p. 14.704; Lei nº 10.149, de 21.12.2000, DOU de 22.12.2000, p. 2; Lei nº 10.843, de 27.02.2004, DOU de 01.03.2004, p. 1; Lei nº 11.292, de 26.04.2006, DOU de 27.04.2006, p. 2; Lei nº 11.482, de 31.05.2007, DOU de 31.05.2007, p. 5.

- ⁴⁸ AC nº 1/94 (Conselheiro-Relator: Marcelo Monteiro Soares). A operação consistia na aquisição da Divisão Braseixos da empresa Rockwell do Brasil S.A. pela Álbarus Indústria e Comércio S.A (segmento de autopeças). Ementa: “*Por maioria, o Colegiado manifestou-se contrariamente à operação de aquisição da Divisão Braseixos da Rockwell do Brasil S.A. pela Álbarus Indústria e Comércio S.A.*”, de 01.12.1994. Em 24.01.1995, o ato foi reapresentado (Ato de Concentração nº 26/95) e aprovado em 19.12.1995 mediante a assinatura de um TCD (disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t131200819595528.pdf>).
- ⁴⁹ AC nº 6/94 (Conselheira-Relatora: Neide Teresinha Malard). A operação consistia na associação da Eternit S.A. e Brasilit S.A. para a formação de uma nova empresa chamada Eterbrás Sul Ltda. Ementa: “*Por unanimidade, o Colegiado negou autorização às Requerentes Brasilit S.A. e Eternit S.A. para se associarem na criação da empresa Eterbrás Sul Ltda.*”, de 25.11.1994.
- ⁵⁰ AC nº 12/94 (Conselheiro-Relator José Matias Pereira). A operação consistia na formação de uma *joint venture* entre Rhodia S.A. e Sinasa S.A. Administração, Participações e Comércio denominada Rhodia-Ster S.A.
- ⁵¹ AC nº 16/94. Em 29.03.1995, o Plenário do CADE decidiu, por maioria, “*pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Korl GmbH (Cia. Siderúrgica Pains), determinando-se às Requerentes (...) a DESCONSTITUIÇÃO dos atos pertinentes à incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau*”. Em novembro de 1995, o grupo Gerdau pediu ao então Ministro da Justiça Nelson Jobim que modificasse a decisão do CADE que vetou a compra da siderúrgica Pains. O Ministro Jobim suspendeu a decisão, o que gerou grande desconforto, sendo que os conselheiros que votaram contra a Gerdau não foram reconduzidos para os seus mandatos. Essa interferência, não prevista em lei, foi altamente polêmica e gerou inclusive questionamento ao Ministro da Justiça por parte da Câmara dos Deputados (Requerimento de Informações nº 1.170, de 26.10.1995). O CADE flexibilizou as restrições impostas no momento de execução da decisão.
- ⁵² AC nº 27/94.
- ⁵³ AC nº 58/95.

Bush⁵⁴). A média de operações que sofriam restrições superava 10% do total de atos apresentados, sendo que a maioria das restrições foi além da mera restrição de eventual cláusula de exclusividade e estavam condicionados ao quanto estabelecido nos chamados “*Termos de Compromisso de Desempenho*” (TCD).⁵⁵

Obviamente, havia um *viés de seleção*: no início de vigência da lei apenas as operações que envolviam grandes concentrações eram apresentadas. Por iniciativa do então Presidente do CADE, Gesner Oliveira, o órgão enviou, principalmente em 1998 e 1999, “*cartas-alerta*” às empresas integrantes de operações para que elas tomassem conhecimento da lei antitruste e apresentassem o ato, caso este preenchesse os requisitos de notificação obrigatória estabelecidos na lei.⁵⁶ O objetivo era difundir a existência do controle estrutural e assegurar que a lei fosse cumprida, com a aplicação de multas por apresentação intempestiva (que chegou a 20% dos casos julgados, em 1999

⁵⁴ AC nº 83/96.

⁵⁵ Os TCDs foram previstos na Lei nº 8.884/94 como condição à aprovação de atos de concentração que gerassem preocupações concorrenciais. O instituto foi posteriormente regulamentado pelo artigo 131 da Resolução nº 45, de 28.03.2007, DOU de 12.04.2007.

⁵⁶ Por exemplo, conforme ata da 97ª sessão ordinária do CADE, de 07.10.1998 (publicada no DOU de 16.10.1998, nº 198-E, seção 1, pp. 1-2), o “*Presidente do CADE, Gesner Oliveira, submeteu ao Plenário o teor de Cartas-Alerta endereçadas às empresas Tirreno e Comércio Derivados Plásticos Ltda., Petroquímica União e Branco Peres Citrus S.A.. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta, que correspondem aos Ofícios/CADE no 1744/98, 1745/98 e 1746/98.*” Ainda, ata da 100ª sessão ordinária do CADE, de 28.10.1998 (publicada no DOU de 06.11.1998), dá conta que “*O Presidente submeteu ao Plenário o teor de duas Cartas-Alerta, endereçadas às empresas Bosch S.A. e Café Seletto. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta. (...) O Presidente do CADE, Gesner Oliveira, levou ao conhecimento do Plenário as incorreções apresentadas na reportagem publicada no jornal Gazeta Mercantil, em 26.10.1998, “Cade questiona Grupo Pão de Açúcar”, afirmando que o CADE não questionou ou denunciou a referida empresa. As Cartas-Alerta resultam de competência legal do Plenário do CADE, expressa no inciso XVIII do artigo 7º da Lei 8884/94 (“Compete ao Plenário do CADE: instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”), e buscam trazer informações relevantes ao cumprimento da Lei.”* Ainda, o CADE, em sessão de 26.02.2003, decidiu encaminhar aos bancos “*cartas-alerta*”, informando sobre a necessidade de as instituições financeiras notificarem ao órgão as fusões e incorporações ocorridas no sistema financeiro.

e 2000).⁵⁷ Ainda, para garantir apoio da massa popular e política à atuação do CADE, o órgão firmou em 12 de abril de 2000 com o Ministério do Trabalho e Emprego acordo pelo qual se comprometia a atuar em parceria com referido Ministério “*na avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional para trabalhadores cuja perda de emprego esteja relacionada à reestruturação e fusão de empresas*”.⁵⁸ Também foi necessário garantir a independência do órgão em relação ao Governo. Logo no início das atividades do CADE, houve episódio de intervenção direta, quando o então Ministro da Justiça Nelson Jobim ordenou, em 1995, a suspensão da decisão do CADE no caso Gerdau/Pains.⁵⁹ Tal suspensão não estava amparada em dispositivo legal e gerou grande controvérsia, ocasionando inclusive questionamento ao Ministro da Justiça por parte da Câmara dos Deputados (Requerimento de Informações nº 1.170, de 26 de outubro de 1995). Esse foi o único caso de intervenção direta do Executivo e hoje se pode dizer que o CADE está em largos termos insulado de influência política direta.⁶⁰

⁵⁷ Gesner Oliveira & Bruno Werneck, *Roteiro para análise de atos de concentração: uma proposta para o quadro institucional brasileiro*, EAESP/FGV/NPP: Núcleo de pesquisas e publicações, sem data.

⁵⁸ A cláusula segunda de referido protocolo curiosamente previa que o Ministério do Trabalho e Emprego “*irá monitorar, por meio do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, o fluxo de admissões e dispensas de empregados relativamente às empresas de que trata o presente Protocolo*”.

⁵⁹ AC nº 16/94. Em 29.03.1995, o Plenário do CADE decidiu, por maioria, “*pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Korl GmbH (Cia. Siderúrgica Pains), determinando-se às Requerentes (...) a DESCONSTITUIÇÃO dos atos pertinentes à incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau*”.

⁶⁰ Pode-se dizer que há controle do Legislativo, por intermédio do Senado Federal, quando da sabatina dos Conselheiros e potencial influência indireta naqueles Conselheiros que ainda não foram reconduzidos (nos termos do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 8.884/94, o mandato dos Conselheiros é de dois anos, sendo possível uma recondução). Os senadores podem negar a recondução em relação àqueles Conselheiros não alinhados com seus interesses. Nos mais de 15 anos de aplicação da lei, apenas três nomes indicados pelo Executivo não foram confirmados ou não tomaram posse por decisão própria. O primeiro foi o Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, que não foi reconduzido ao órgão. Ele desistiu da recondução uma vez que o Governo não queria colocar seu nome para votação no plenário do Senado, com temor de que ele fosse rejeitado em vista de seu voto para a reprovação da operação Nestlé-Garoto. A segunda indicação que não se confirmou foi a de Denise Abreu,

No afã de implementar a lei antitruste, foi adotada interpretação extensiva do critério do faturamento constante do artigo 54, § 3º:⁶¹ todos os atos em que os grupos econômicos das partes envolvidas apresentassem faturamento mundial no ano anterior à operação igual ou superior a R\$ 400 milhões deveriam ser apresentados ao SBDC. Se por um lado isso aumentava a visibilidade da lei, por outro fazia com que um crescente número de atos sem potencial lesivo fossem apresentados às autoridades brasileiras, principalmente após 2000.⁶²

O gráfico a seguir ilustra a evolução no número de atos julgados a partir da vigência da Lei nº 8.884/94, em que se nota a mudança de escala a partir de 2000. Foi incluída igualmente tabela que indica o número de operações que sofreram restrições ou foram proibidas pelo CADE. A tabela a seguir demonstra que aproximadamente 4,5% dos atos sofreram restrições e menos do que 0,1% foram reprovados.⁶³ Se excluirmos das restrições aquelas rela-

que tinha apoio do então ministro-chefe da Casa Civil, José Dirceu (Denise Abreu nem chegou a ser sabatinada). A terceira indicação que não se confirmou foi a do economista Enéas de Souza, que chegou a ser aprovado pelo Senado Federal, mas decidiu que não tomaria posse.

- ⁶¹ Prevê o artigo 54 que “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. (...) § 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 milhões.”
- ⁶² Em linha com o planejamento estratégico estabelecido pelo CADE em 1997: “A consolidação dos avanços fartamente ilustrados neste Relatório Anual 1997, aliada à formulação criteriosa e realista da nova agenda que se vislumbra com a modernização da economia brasileira, permitirá ao CADE se credenciar como instituição que almeja a maturidade institucional no ano 2000.” (CADE, Relatório Anual 1997, Brasília, 1998, p. 20).
- ⁶³ Os atos de concentração reprovados foram Rockwell do Brasil/Albarus (AC nº 1/94), Brasilit/Eternit (AC nº 6/94), Bolsa Brasileira do Alcool (AC nº 08012.004117/1999-67), Coopersucar Armazéns Gerais (AC nº 08012.002315/99-50), Nestlé/Garoto (AC nº 08012.001697/2002-89), Owens Corning/Saint Gobain (AC 08012.001885/2007-1), Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo/Uni-

cionadas à apresentação da versão final do contrato firmado e restrição de cláusula de não concorrência, esse percentual é reduzido para 1,6% (estimativa conservadora).⁶⁴ Vê-se ainda a concentração da assinatura dos TCDs no período 1994-1998,⁶⁵ que além da razão comentada acima, é devido ao

med Santa Maria (AC nº 08012.008853/2008-2) e Polimix/Cimento Tupi (AC nº 08012.002467/2008-2).

⁶⁴ Daniel Goldberg, “O controle de estruturas no Brasil: reflexões sobre o estudo de José Tavares”, in João Paulo dos Reis Velloso, *Por uma moderna política de competição*, Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2006, indica que no período de 2000 a 2004 apenas 0,15% dos atos julgados sofreram restrições estruturais de relevo.

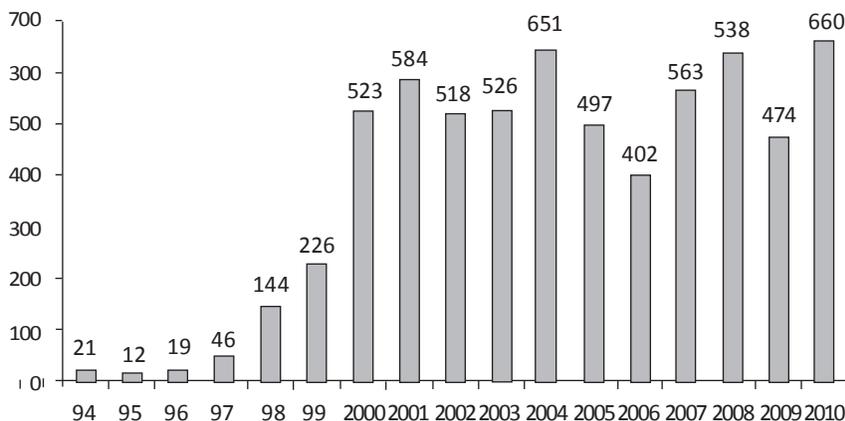
⁶⁵ No período 1994-2010, os seguintes TCDs foram firmados: Fosfertil - Fertilizantes Fosfatados/Ultrafertil Indústria e Comércio de fertilizantes (AC nº 2/1994), Carborundum do Brasil/Norton Indústria e Comércio (AC nº 5/1994), Carbex Indústrias Reunidas/Helios (AC nº 13/1994), Companhia Siderúrgica Belgo Mineira/Siderúrgica Dedini (AC nº 14/1994), Alcan Alumínio do Brasil/FICAP (AC nº 18/1994), Ajinomoto Co./Oriento Indústria e Comércio (AC nº 19/1994), Bayer/Companhia Nitro Química Brasil (AC nº 22/1995), Crown Química/Grace Produtos Químicos e Plásticos (AC nº 24/1995), CARFEPE S.A. Administradora e Participadora/Santista Alimentos (AC nº 25/1995), Albarus/Rockwell do Brasil (AC nº 26/1995), K e S Aquisições/Kolynos do Brasil (AC nº 27/1995), Dow Produtos Químicos/Hoechst Marion Roussel/Laboratórios Silva Araújo Roussel (AC nº 47/1995), COPESUL/OPP Petroquímica S.A./Petroquímica Triunfo/Poliolefinas (AC nº 54/1995), Jovita/Melitta do Brasil (AC nº 56/1995), Companhia Cervejaria Brahma/Miller Brewing Company (AC nº 58/1995), ELETROLUX/Kaspar/Oberdorfer (AC nº 62/1995), White Martins/Unigases (AC nº 78/1996), Alcan Alumínio do Brasil/Alumínio Penedo (AC nº 79/1996), Companhia Bahiana de Fibras/Du Pont do Brasil (AC nº 145/1997), Companhia Vale do Rio Doce/Valepar (AC nº 155/1997), Amadeus Global Travel Distribution/Transbrasil/Varig (AC nº 08012.008101/1999-79), Fundação Antônio Helena Zerrenner/Ambev (AC nº 08012.005846/99-12), Internet Digital Boulevard/Terra Networks Brasil (AC nº 08012.004818/2000-82), CTBC Celular/Net Site (AC nº 08012.006688/2001-01), Companhia Brasileira de Bebidas/Pepsico (AC nº 08012.000212/2002-30), Serrana/Nevada Woods (AC nº 08012.000497/2000-01), Andely Holding/Manah/Raspail Empreendimentos (AC nº 08012.004904/2000-97), Cargill Agrícola/Companhia Nacional de Fertilizantes (AC nº 08012.007454/2000-49), Brasil Mídia Exterior/Hélio Lux/Itasilk/Pintex/Veículo Public (AC nº 08012.005116/2000-16), Brasil Mídia Exterior/Pintex/Pintex Luminosos (AC nº 08012.005117/2000-61), Brasil Mídia Exterior/D2E Participações/Local Participações (AC nº 08012.005118/2000-13), Ripasa /Suzano (AC nº 08012.010195/2004-19), Ripasa

fato de que, a partir de 2000, começou a haver forte movimento internacional contra os remédios de ordem comportamental, por serem considerados ineficazes dada a dificuldade de monitoramento⁶⁶. Em vista do controle *a posteriori* estabelecido pela Lei nº 8.884/94, com suas limitações práticas ao uso de remédios estruturais, de 2007 a 2010 voltou a haver um incremento no uso de remédios comportamentais.

Celulose e Papel/Votorantim Celulose e Papel (AC nº 08012.010192/2004-77), Axalto Holding/Gemplus International (AC nº 08012.011178/2005-71), ALL Logística/Brasil Ferrovias (AC nº 08012.005747/2006-21), Vivax/NET Serviços (AC nº 53500.029599/2006), Petrobras/Ipiranga (AC nº 08012.002820/2007-93), Leão Júnior/Recofarma (AC nº 08012.001383/2007-91), BPS Shopping Center Ltda./Brascan Shopping Centers Ltda (AC nº 08012.013500/2007-69), DGB Logística/Chinaglia (AC nº 08012.013152/2007-20), Dana Corporation/MAHLE GmbH (AC nº 08012.011518/2006-45), RV Empreendimentos Ltda/Silicar Empreendimentos, Comércio e Participações Ltda (AC nº 08012.008847/2005-28), Agricur Defensivos Agrícolas Ltda/Sumitomo e outros (AC nº 08012.002148/2008-17), Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (AC nº 08012.009463/2006-11), Brasil Telecomunicações AS/CLIC Clube de Investimentos dos Empregados da CEMIG (AC nº 53500.022515), Banco do Brasil S.A./Banco Nossa Caixa S.A. (AC nº 08012.011736/2008-41), Assicurazioni Generali S.p.A/Intensa Sanpaulo S.p.A, Mediobanca - Banca di Credito Finanziario S.p.A/Telefónica S.A. (AC nº 53500.012487/2007), Medley/Sanofi-Aventis (AC nº 08012.003189/2009-10), Sociedade Brasileira de Participações / Chevron Amazonas LLC (AC nº 08012.009025/2008-15), 614 Telecomunicações Ltda, Net Serviços de Comunicações S.A (AC nº 53500.001477/2008), American Bank-Note/Interprint (AC nº 08012.001166/2008-81), Merck & Co., Inc./Schering-Plough Corporation (AC nº 08012.002252/2009-92), Telemar/Brasil Telecom (AC nº 53500.012477/2008), Alesat/Repsol (AC nº 08012.000236/2009-65).

⁶⁶ ICN, *Recommended practices for merger notification procedures*, 2005, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/> (acesso em 10.11.2009). A preferência por remédios estruturais também é refletida no U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, 2004, disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/> (acesso em 15.01.2007) e European Commission, *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98*, 2001, Official Journal C 68, 02.03.2001, p. 3. A pouca efetividade dos remédios comportamentais é o resultado do estudo dos remédios adotados pela Comissão Europeia de 1996 a 2000 (European Commission, *Merger Remedies Study: an ex post analysis of 96 remedies included in merger decisions adopted in 1996-2000*, 2005, disponível em <http://ec.europa.eu/> (acesso em 12.03.2010).

Atos de Concentração Julgados pelo CADE (1994-2010)⁶⁷



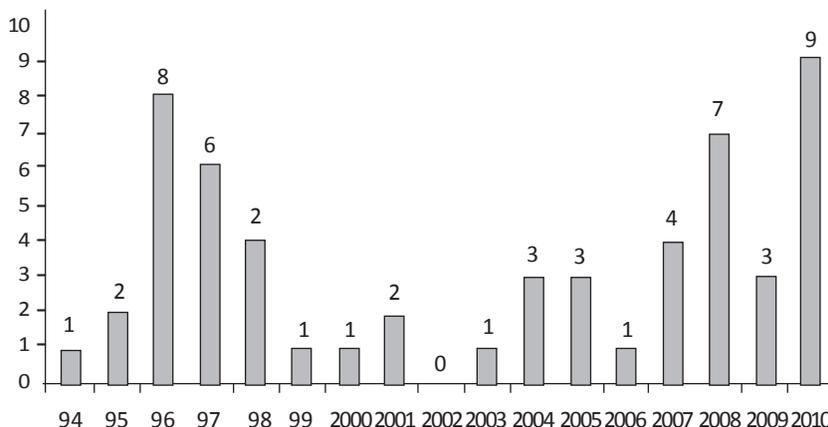
Restrições e Reprovações impostas pelo CADE (1994-2010)⁶⁸

	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10
Restrições	2	4	8	8	4	7	17	12	9	8	43	37	19	37	58	19	27
Reprovações ⁶⁹	2	0	0	0	0	0	2	0	0	0	1	0	0	0	1	1	1

⁶⁷ Fonte: Para os atos de concentração julgados, de 1994 a 1998: Relatório Anual do CADE de 1998; de 1999 a 2000, Relatório Anual do CADE de 2000, de 2001 a 2006, relatório anual do CADE para o respectivo ano; 2007 a 2010: CADE, CADE em números: Ato de Concentração, disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ada5da368a669c193b4> (acesso em 18.04.2011).

⁶⁸ Fonte: Relatórios Anuais dos respectivos anos quando disponíveis; CADE, CADE em números: Ato de Concentração, disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ada5da368a669c193b4> (acesso em 18.04.2011).

⁶⁹ Os atos de concentração reprovados foram Rockwell do Brasil/Albarus (AC nº 1/94), Brasilit/Eternit (AC nº 6/94), Bolsa Brasileira do Alcool (AC nº 08012.004117/1999-67), Coopersucar Armazéns Gerais (AC nº 08012.002315/99-50), Nestlé/Garoto (AC nº 08012.001697/2002-89), Owens Corning/Saint Gobain (AC 08012.001885/2007-1), Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo/Unimed Santa Maria (AC nº 08012.008853/2008-2) e Polimix/Cimento Tupi (AC nº 08012.002467/2008-2). O AC Gerdau/Pains (AC nº 16/94) foi considerado aprovação com restrições.

Número de TCDs firmados pelo CADE (1994-2010)⁷⁰

A dificuldade com relação aos compromissos de ordem comportamental trouxe outro desafio para a implementação da lei antitruste: como estabelecer restrições estruturais minimamente efetivas em um sistema de controle *a posteriori*? A despeito de não solucionar o problema, tal como faz a análise prévia⁷¹ (porque permanecem os incentivos das partes em não prestar informações completas que permitiriam às autoridades detectar problemas concorrenciais a tempo), um avanço importante foi feito pelo CADE em 2002: o “Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação” (APRO).⁷² Por meio de tal acordo com o CADE, a parte compromete-se a tomar as medidas para garantir que eventuais restrições à operação impostas pela autoridade no futuro sejam efetivas, evitando assim a adoção de medida cautelar de for-

⁷⁰ Fonte: Cópia dos TCDs firmados obtida no CADE em 01.03.2011.

⁷¹ A preferência pela análise prévia já havia sido reconhecida pelo Relatório Anual do CADE de 2003, p. 373: “É interessante lembrar que a legislação da concorrência encontra-se em fase de revisão e que dentre as propostas de alteração legal em discussão encontra-se a de introduzir a possibilidade de controle prévio das operações. De qualquer forma, como a celebração de APROs tem respaldo dentro da atual legislação, o CADE tem mecanismos institucionais para prevenir danos ao mercado decorrentes de determinadas operações. A solução também apresenta a vantagem de ser seletiva, pois são elaborados acordos apenas aquelas operações que possam gerar algum efeito significativo no mercado.”

⁷² O APRO foi primeiramente regulamentado pela Resolução do CADE nº 28, de 24.07.2002 (publicada no DOU de 02.08.2002) e posteriormente pela Resolução nº 45, de 28.03.2007, DOU de 12.04.2007.

ma unilateral pelo CADE. Foram firmados mais de 25 APROs,⁷³ sendo 12 apenas em 2007.⁷⁴ Na prática, contudo, nem sempre o APRO consegue solucionar a questão que se propõe a atacar e há que se ter cuidado para que não se imponha ônus excessivo aos entes privados por todo o tempo em que perdurar a análise. Ainda com relação à dificuldade de implementar restrições estruturais em um sistema *a posteriori*, note-se que o SBDC não conseguiu implementar em um prazo razoável duas de suas mais significativas restrições – a proibição da aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé S.A.⁷⁵ e as

⁷³ Exemplos de APROs firmados: Chocolates Garoto/Nestlé Brasil (AC nº 08012.001697/2002-89), NN Holding do Brasil e Biopart Ltda. (AC nº 08012.007861/2001-81), Companhia Brasileira de Bebidas/PepsiCo. (AC nº 08012.0000212/02-30), BR Participações e Empreendimentos/G Barbosa e Cia. (AC nº 08012.006976/2001-58), CBD/Sendas (AC nº 08012.009959/2003-34), Cia. Brasileira de Distribuição/Sé (AC nº 08012.004897/2002-93), TAM Linhas Aéreas/Varig Linhas Aéreas (AC nº 08012.001291/2003-87), GTI/VRG Linhas Aéreas (AC nº 08012.003267/2007-14), Compagnie de Saint-Gobain/Owens Corning (AC nº 08012.001885/2007-11), Dana Corporation/MAHLE GmbH (AC nº 08012.011518/2006-45), Braskem/Petróleo Brasileiro (AC nº 08012.002813/2007-91), Refinaria de Petróleo Ipiranga/Ultrapar Participações (AC nº 08012.002816/2007-25), Braskem/Petrobras/Refinaria de Petróleo Ipiranga/Ultrapar Participações (AC nº 08012.002818/2007-14), Petrobras/Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A. (AC nº 08012.002820/2007-93), Leão Júnior/Recofarma Indústria do Amazonas (AC nº 08012.001383/2007-91), Air Liquide Brasil/White Martins (AC nº 08012.011196/2005-53), General Motors/Hughes Electronics/The News Corporation (AC nº 53500.002423/2003), Globo Comunicações e Participações/The DIRECTV Group/The News Corporation (AC nº 53500.029160/2004), Hypermarchas/DM (AC nº 08012.009107/2007-71), Ambev/Cintra (AC nº 08012.003302/2007-97), Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (IP) (AC nº 08012.009463/2006-11), Brasil Telecom/Invitel AS e Telemar Norte Leste Oi (AC nº 53500.012477/2008 e 08012.005789/2008-23), Medley / Sanofi Aventis Farmaceutica Ltda. (AC nº 08012.003189/2009-10), Perdigão S.A. / Sadia S.A. (AC nº 08012.004423/2009-18).

⁷⁴ O grande número de APROs firmados em 2007 é devido a dois fatores: (i) a operação Petrobrás/Ultra/Braskem/Ipiranga gerou a assinatura de quatro APROs (um para cada ato de concentração apresentado); e (ii) atos apresentados em 2005 e 2006 tiveram APROs firmados em 2007 (e.g., Air Liquide Brasil/White Martins Gases Industriais - AC nº 08012.011196/2005-53, e Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (IP) - AC nº 08012.009463/2006-11).

⁷⁵ AC nº 08012.001697/2002-89; Requerentes: Chocolates Garoto S.A./Nestlé Brasil Ltda., julgado em 04.02.2004). A decisão do CADE foi questionada no Judiciário. Em 19.03.2007, o Juiz da 4ª Vara Federal do Distrito Federal julgou procedente o pedido dos autores, declarando “*aprovado automaticamente o ato de concentração*”

restrições impostas a uma série de aquisições da Vale,⁷⁶ o que pode explicar a volta à assinatura de TCDs (compromisso de ordem comportamental) mais recentemente.

submetido à apreciação do CADE em 15.03.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação”. (Processo nº 2005.34.00.015042-8). Em 28.05.2007, o CADE interpôs recurso de apelação perante o TF-1ª Região. Em setembro de 2009, a 5ª. Turma do TRF-1ª Região, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação “*para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento pelo CADE do pedido de repreciação, a fim de que outro julgamento proceda na devida forma*”. Em março de 2011, o processo permanecia no Tribunal, aguardando julgamento de embargos infringentes.

⁷⁶ Em 10.08.2005, o CADE julgou sete atos de concentração envolvendo a aquisição de cinco mineradoras pela Vale e o descruzamento societário entre a mineradora e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) (ACs nº 08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65, 08012.006472/2001-38). A decisão do CADE foi pela aprovação das operações com a restrição de que a Vale vendesse a mineradora Ferteco ou abrisse mão do direito de preferência sobre a produção da Mina Casa de Pedra. Em seguida, a Vale ingressou com ação judicial contra a determinação do Conselho, contestando a validade do voto de qualidade dado pela presidente Elizabeth Farina. Em 18.12.2007, a 1ª Turma do STF rejeitou o recurso apresentado pela empresa, mantendo a decisão imposta pelo CADE. Em outra ação, a empresa alegava que deveria ser indenizada pela CSN pela perda do direito de preferência da mina Casa de Pedra e pedia nova liminar para suspender o cumprimento da decisão do CADE. Negada em primeira instância, a liminar foi concedida, após recurso da empresa, pelo Desembargador Souza Prudente, do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região (Agravo de Instrumento nº 2007.01.000392448). Em 07.01.2008, o Presidente do STJ concedeu suspensão de segurança (Suspensão de Segurança nº 1.793 - DF (2007/0281238-0) requerida pelo CADE contra a decisão citada no Agravo no Instrumento por haver risco de lesão à ordem administrativa. Em suas palavras: “*O não-cumprimento do acórdão proferido pelo CADE, após o emprego de vários expedientes de cunho judicial, constitui ofensa à ordem pública administrativa, uma vez que compromete – à evidência – a tutela administrativa de defesa da ordem econômica, subverte a execução das deliberações administrativas emanadas da autarquia e impede o normal exercício de suas funções e atribuições. Na hipótese dos autos, os atos tidos como de concentração são datados de 2000 e 2001, apreciados pelo CADE em 2005 e, até agora, conforme assinalado, não houve o devido cumprimento da deliberação administrativa.*” Em seguida, a Vale interpôs recurso chamado “Reclamação” com o objetivo de suspender a referida decisão do STJ, o qual teve seguimento negado pela Presidente do STF em 15.01.2008 (Reclamação nº 5.780-1 Distrito Federal).

Outras dificuldades surgiram na implementação do controle de concentrações. Em 2000, quando realizou a análise do SBDC,⁷⁷ a OCDE chamou a atenção para o fato de que muitos recursos estavam sendo usados para a análise de operações que nem sequer tinham potencial lesivo à concorrência (aproximadamente 4,5% das operações apresentadas sofreram restrições, incluídas nesse número as restrições ancilares ao contrato). Começou então um esforço das autoridades para, de um lado, tornar mais ágil a análise de atos de concentração simples e, de outro, sofisticar a análise daqueles atos com real risco à concorrência. Para esses fins, a SDE e a SEAE instituíram, por meio de portaria conjunta, o “procedimento sumário”⁷⁸ e a “instrução conjunta”;⁷⁹ SDE e SEAE firmaram acordo com o mesmo fim com a Procuradoria do CADE em 2009.⁸⁰ Operações analisadas segundo o “procedimento sumário” representaram em média 76,21% dos casos julgados pelo CADE de 2005 a 2011.⁸¹

Além disso, foi sendo refinada a interpretação dos critérios de notificação. Em 2002 e 2003, uma série de atos de concentração foi arquivada *sem julgamento de mérito*, uma vez que foi considerado que eles não tinham o potencial de gerar efeitos no território brasileiro.⁸² A sinalização foi no sentido de que o

⁷⁷ OECD, *Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Reform*, Paris: OECD Publishing, 2000.

⁷⁸ Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 01, de 18.02.2003, publicada no DOU de 19.02.2003 alterada pela Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 08, de 02.02.2004, publicada no DOU de 04.02.2004, p. 24.

⁷⁹ Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 33, de 04.01.2006, publicada no DOU de 05.01.2006.

⁸⁰ “*Termo de Acordo de Cooperação Técnico-Operacional Cade/ProCade/SEAE/SDE que visa conferir maior organicidade às atividades dos órgãos que compõe o SBDC*”, firmado em 04.03.2009.

⁸¹ CADE, *CADE em Números, Atos de Concentração*, disponível em <http://www.cade.gov.br> (acesso em 26.03.2012).

⁸² São eles: (i) AC nº 08012.006025/2001-89, Pacific Cycle/Schwinn/GT Corp., Relator: Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, d.j. 22.05.2002 (tratava-se da aquisição de ativos da Schwinn/GT Corp. pela Pacific Cycle,LLC. A Pacific Cycle não ofertava seus produtos no Brasil. Por sua vez, a Schwinn/GT Corp. ofertava seus produtos no país por meio de inexpressivas exportações, sendo que no ano anterior à operação a empresa vendeu apenas cento e quarenta bicicletas no país (tais vendas conferiam à empresa participação de mercado inferior a 1%); (ii) AC nº 08012.003246/2002-86, Assa Abloy AB/Besam AB, Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade, d.j. 04.09.2002 (tratava-se da aquisição das quotas da Besam AB pela Assa Abloy AB. A Besam AB atuava no mercado brasileiro apenas por meio de insignificantes exportações, sendo que no ano anterior à operação

artigo 2º da Lei nº 8.884/94⁸³ impunha diretrizes de interpretação ao artigo 54 da mesma lei – é necessário haver ao menos a expectativa de que o ato possa produzir efeitos diretos e substantivos no Brasil para que ele seja passível de notificação. Em seguida, em janeiro de 2005, o CADE passou a adotar novo entendimento em relação ao critério do faturamento,⁸⁴⁻⁸⁵ refletido em sua

vendeu uma porta no Brasil. A Assa Abloy não oferecia qualquer produto ou serviço no Brasil no mercado relevante da operação); (iii) AC nº 08012.009254/2002-36, The Carlyle Group/Qinetiq Group Plc, Relator: Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, d.j. 13.08.2003 (trava-se da aquisição da Qinetiq Group pelo The Carlyle Group. A Qinetiq Group não possuía ativos ou estabelecimento comercial no Brasil e atuava no país apenas por meio de contratos esporádicos, e insignificantes do ponto de vista econômico. Por sua vez, The Carlyle Group não oferecia diretamente qualquer produto ou serviço no Brasil no mercado relevante da operação); (iv) AC n.º 08012.005749/2003-77, NSK/NSK Torrington, Relator: Conselheiro Thompson de Almeida Andrade, d.j. 05.11.2003 (tratava-se da aquisição pela NSK, de 49% do capital social detido por The Torrington Company na joint-venture NTC, não havendo ativos ou empresas envolvidos no Brasil. Entendeu-se que uma operação realizada no exterior, envolvendo a aquisição de capital social de empresa que não possui filial, agência, sucursal, escritório, agente ou representante no Brasil, e que não comercializa qualquer produto no país, não possui condão de produzir efeitos em território nacional); (v) AC nº 08012.005925/2003-71, Eastman Kodak Company /Practiceworks, Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade, d.j. 10.12.2003 (tratava-se da aquisição da Practiceworks Inc. pela Eastman Kodak Company. Apesar de a adquirente atuar regularmente no país, a atuação da adquirida no Brasil era insignificante, pois o grupo não possuía representante em território nacional, nem unidades produtivas instaladas no país. Suas atividades restringiam-se a exportações esporádicas, não tendo no ano da apresentação da operação desempenhado qualquer atividade em território nacional).

⁸³ “Art. 2º *Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.*”

⁸⁴ O primeiro ato de concentração em que foi aplicado tal entendimento foi o AC nº 08012.002992/2004-14 (ADC Telecommunications Inc./Krone International Holdings Inc.; Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer; d.j. 19.01.2005).

⁸⁵ Outras teses já foram apreciadas, como a não aplicação do critério de presunção de lesividade constante no artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 quando apenas o grupo vendedor apresentar faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões no Brasil. A justificativa baseia-se em uma interpretação sistemática do artigo 2º (a lei aplica-se aos atos que causem efeitos no país) cumulado com o artigo 54. A interpretação foi apresentada pela primeira vez no AC nº 08012.011559/2006-31 (Cheminova Brasil/Bayer Cropscience) e contou com parecer favorável da SDE e

súmula⁸⁶ nº 1/2005,⁸⁷ que estabeleceu que: “*Na aplicação do critério estabelecido no artigo 54, parágrafo 3º, da Lei 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração*”. Essa mudança teve impacto imediato no número de operações notificadas.⁸⁸ A partir de então, o CADE passou a editar outras súmulas toda vez que decide ao menos dez casos no mesmo sentido – até março de 2012, nove súmulas foram editadas, oito delas referentes a controle de concentrações, trazendo maior segurança jurídica aos administrados.⁸⁹

do Procurador-Geral do CADE, que afirmou que “*a interpretação proposta, resultante de análise sistemática e finalística da Lei de Concorrência, está de acordo com diversas manifestações anteriores deste CADE, quando já entendeu, mesmo em casos em que o critério objetivo de faturamento se apresentou, não ser obrigatória a notificação do ato de concentração*”. O Plenário do CADE conheceu a operação por considerar que não tinha sido essa a intenção do legislador, nos termos do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, de 10.10.2007. Na 413ª sessão ordinária do CADE, de 16.01.2008, foi discutido se o critério de participação de 20% aplica-se mesmo no caso em que apenas uma das partes participa no mercado em questão e que não haja relação vertical entre as partes do negócio. Por maioria, o CADE entendeu que tais atos devem ser apresentados.

⁸⁶ A “súmula” foi regulamentada primeiramente pela Resolução CADE nº 39, de 23.02.2005 (DOU de 25.02.2005, p. 52), e posteriormente pela Resolução nº 45, de 28.03.2007 (DOU de 12.04.2007).

⁸⁷ Publicada no DOU de 18.10.2005, nº 200, Seção 1, p. 49.

⁸⁸ Por óbvio, o número de notificações é resultado de uma combinação das variáveis “critérios de notificação”, “grau de aquecimento da economia”, “grau de aplicação da lei pelas autoridades” e “observância da legislação pelas partes em um ato de concentração”.

⁸⁹ Súmula 2: “*A aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória (art. 54 da Lei n. 8.884/94) se concorrerem as seguintes circunstâncias: (i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não-concorrência com prazo superior a cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação*”. Súmula 3: “*Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão*”. Súmula 4: “*É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint venture, desde que guarde relação direta com seu*

Por fim, o aumento da segurança jurídica no controle de estruturas deu-se também pela emissão de guias de análise, com destaque para a Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 50, de 1º de agosto de 2001,⁹⁰ que aprovou o “*Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal*”. Em 2009, o CADE emitiu a Resolução nº 53, de 16 de setembro de 2009, que criou o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) com o objetivo de assistir o Plenário nas matérias que envolvam conhecimento econômico e econométrico.

Esse breve panorama da política antitruste referente a controle de concentrações sob a égide da Lei nº 8.884/94 demonstra que houve relevante amadurecimento institucional por parte das autoridades e disseminação do valor da concorrência pelo país. Contudo, a despeito dos notórios avanços, a experiência demonstrou que importantes aperfeiçoamentos legislativos se faziam necessários, o que nos leva ao nosso próximo tema: o projeto de reforma do SBDC sob a ótica das concentrações.

4. A REFORMA DO SBDC SOB A ÓTICA DAS CONCENTRAÇÕES

A aplicação da lei de concorrência pelo SBDC nos últimos anos – principalmente a partir de 2000, quando o sistema passou a ter uma escala maior – demonstrou a necessidade de significativa reforma para garantir efetividade ao controle de estruturas. É certo que da continuação do esforço reformador iniciado na década de 90, depende o futuro da política de concorrência no Brasil. Três aspectos são tidos como mais relevantes: estabelecimento de controle prévio com o subsequente estabelecimento de prazos curtos para revisão, aperfeiçoamento dos critérios de notificação e eliminação da sobreposição das atividades da SDE e da SEAE.

objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”. Súmula 5: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”. Súmula 6: “O fato gerador das taxas processuais previstas na Lei 9.781/99 é o protocolo do ato de concentração ou da consulta, sendo devidas ainda que a parte venha desistir do pedido em momento posterior”. Súmula 8: “Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva.” Súmula 9: “Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data de exercício da opção de compra ou de venda e não o do negócio jurídico que a constitui, salvo se dos correspondentes termos negociais decorram direitos e obrigações que, por si só, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas.”

⁹⁰ Publicada no DOU nº 158-E, de 17.08.01, Seção 1, pp. 12 a 15.

Em um primeiro momento (de 2000 a 2002) discutiu-se a criação da “*Agência Nacional de Defesa da Concorrência – ANC*” e um Projeto de Lei paralelo para alterar e acrescentar dispositivos à Lei nº 8.884/94. Decreto Presidencial de 11 de agosto de 2000⁹¹ instituiu “*Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de concluir os estudos para criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.*” Em 26 de outubro de 2000, um projeto foi colocado em consulta pública.

O primeiro ponto tratado foi a adoção da análise prévia. A justificativa era que “*dessa forma as partes envolvidas são incentivadas a colaborar ao máximo para a celeridade da análise ao mesmo tempo em que são grandemente ampliadas as opções para a solução de problemas concorrenciais.*”⁹² Vê-se que, muito diferentemente da justificativa da análise prévia do Decreto-Lei de 1945 ou da Lei de 1962, agora a preocupação é dar efetividade ao sistema. De fato, um sistema obrigatório e *a posteriori* oferece dificuldades bem peculiares: as partes não têm qualquer incentivo em prestar informações e, quanto mais tardar a análise, mais difícil (ou mesmo impossível) de se implementar eventual decisão estrutural restritiva. Aos argumentos mais teóricos de 2000 somaram-se aqueles de ordem prática (na linha do caso *United States v. El Paso Natural Gas Co.*⁹³): como visto, o SBDC não conseguiu historicamente

⁹¹ Publicado no DOU em 14.08.2000, p. 4.

⁹² SEAE, *Nota Oficial: Grupo de Trabalho apresenta modelo da ANC*, de 26.10.2000, disponível em <http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r001026.asp> (acesso em 5.10.2007).

⁹³ *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964). *Tratava-se da aquisição da Pacific Northwest Pipeline Corp. pela El Paso, ambas ativas no transporte de gás natural por ductos. O DOJ se opôs à operação, apresentando pedido de desfazimento perante o Judiciário. Após sete anos de litígio, a Suprema Corte decidiu a favor do Departamento de Justiça dos EUA. Porém, outros dez anos foram necessários para se desfazer a operação, fazendo com que todo o processo durasse um total de dezessete anos. Estimou-se que a El Paso teve lucro adicional de US\$ 10 milhões por cada ano que manteve sob seu controle os ativos da Pacific Northwest Pipeline Corp, totalizando uma transferência indevida de renda total dos consumidores para a El Paso de US\$ 170 milhões* (U.S. Senate Report nº 803, 94th Cong. 2d Sess. 66 (1976) *apud* William J. Baer, *Reflections on 20 Years of Merger Enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act*, Remarks before the Conference Board, Washington, D.C., October 29, 1996, e the 35th Annual Corporate Counsel Institute Northwestern University School of Law, San Francisco, CA, October 31, 1996). A trajetória do caso *El Paso* desencadeou uma onda de discussões no Senado norte-americano acerca da possibilidade de adoção de um sistema de controle prévio, o que levou à emissão do *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act* de 1976 (HSR).

dar efetividade em um tempo razoável a seus vetos e restrições, a não ser naqueles raros casos em que houve cumprimento voluntário por parte das requerentes. Não por outro motivo, dos mais de noventa países identificados como possuidores de controle estrutural até 2011,⁹⁴ apenas Brasil, Egito e Paquistão tinham controle obrigatório e *a posteriori*. A maioria das jurisdições adota um controle obrigatório e prévio (e outros poucos controle voluntário e *a posteriori*), com o cuidado de refinar os critérios de notificação e prever um período de análise curto para que o sistema não se torne excessivamente oneroso para a economia. Isso nos leva à segunda proposta de modificação do projeto: os critérios de notificação.

O projeto que foi à consulta pública em 2000 aboliu o critério de notificação relacionado à participação de mercado (sob a égide da Lei nº 8.884/94, toda vez que uma das partes detivesse participação de mercado igual ou superior a 20%, o ato deveria ser apresentado). A acertada sugestão está em linha com as melhores práticas internacionais, uma vez que participação de mercado deve ser critério de análise e não de notificação.⁹⁵ Contudo, para “compensar” o abandono desse critério, o projeto então apresentado reduzia o valor do critério do faturamento dos atuais R\$ 400 milhões para R\$ 150 milhões, o que, a nosso ver, poderia gerar grande volume de atos de concentração passíveis de notificação.

Ainda em relação ao critério do faturamento, o projeto avançou em prever expressamente que ele se refere ao faturamento *no Brasil*, evitando a incerteza jurídica que advém da redação adotada na Lei nº 8.884/94. Outra proposta pouco comentada à época, mas de suma importância, era a de limitar o controle de estruturas a concentrações econômicas *strico sensu*, eliminando as cooperações econômicas da obrigatoriedade de notificação (ao substituir a expressão “Os atos, sob qualquer forma manifestados” por “Os atos **de concentração**, sob qualquer forma manifestados”). Finalmente, foi proposta nova sistemática de análise de atos de concentração segundo a qual o Diretor-Geral da Agência, em até 30 dias da notificação, autorizaria a operação ou solicitaria informações complementares. Caso o Diretor-Geral considerasse que a

⁹⁴ Para lista completa, vide Martinez, Ana Paula. *Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento: Uma Contribuição Jurídica à Análise de Custo-Benefício*, Dissertação de Mestrado apresentada em maio de 2008 para obter o título de Mestre na Faculdade de Direito da USP.

⁹⁵ Cf. International Competition Network, *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, 2004, disponível em <http://www.international-competitionnetwork.org> (acesso em 23.01.2007).

operação poderia apresentar riscos à concorrência deveria impugná-la perante o Tribunal de Concorrência, caso em que as partes ficariam impedidas de consumir a operação por um prazo máximo de 120 dias.⁹⁶

Por meio do Aviso nº 805/MF, de 2 de dezembro de 2002, o Ministro da Fazenda encaminhou o projeto (com algumas modificações em relação ao projeto original) para o Ministro Chefe da Casa Civil com a justificativa abaixo:

(...) os problemas diagnosticados são decorrentes não só de um inadequado desenho institucional do Sistema, aliado à carência de recursos disponíveis, mas também de questões de ordem legal – impropriedades pontuais da Lei nº 8.884/94. A existência de três órgãos distintos e a decorrente fragmentação da instrução processual, esta sem paralelo internacional, prolonga excessivamente o prazo de tramitação dos casos e aumenta os custos para o administrado. Note-se, ainda, que esta divisão aumenta significativamente o custo de coordenação entre os três órgãos e propicia inclusive que, em alguns momentos, haja trabalhos replicados. (...) Submeter à análise do CADE todas as operações de concentração notificadas, a maioria das quais nitidamente não prejudiciais à concorrência, é minar-lhe a possibilidade de ação efetiva, no horizonte de tempo necessário, em casos de mérito, por pura e absoluta sobrecarga de trabalho. Isso apenas perpetuaria o modelo perverso que existe hoje, mediante o qual se confere prioridade ao que é menos importante.

Anexo ao projeto encontrava-se Carta Interministerial firmada pelos então Ministros da Justiça, Fazenda e Planejamento, Orçamento e Gestão que explicava as mudanças propostas, com especial ênfase na limitação do controle a concentrações *stricto sensu* e na introdução da análise prévia.⁹⁷ O principal avanço com relação à proposta de 2000 foi colocar uma segunda “trava”

⁹⁶ Os prazos mencionados poderiam ser suspensos em situações excepcionais.

⁹⁷ A referida carta esclarecia que: “O atual artigo 54 da Lei n. 8.884/94 trata, conjuntamente, de ato de concentração e de outros atos que possam, de qualquer forma, prejudicar a concorrência. A previsão de que esses “outros atos” precisariam, em tese, ser notificados implica ambiguidade à interpretação do artigo. Desse modo, e seguindo a tendência internacional, o art. 54 foi limitado a controle de concentrações. O projeto estabelece o controle prévio de concentrações e aperfeiçoa os critérios de notificação. Está sendo proposto que a Agência emita seu juízo em relação às operações de concentração que se enquadrem em critério de notificação previamente à sua consumação. Dessa forma, as partes envolvidas são incentivadas a colaborar ao máximo para a celeridade da análise, ao mesmo tempo em que são grandemente ampliadas as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente surgidos”.

no critério do faturamento, a exemplo de outras jurisdições, como União Europeia: não basta que uma parte envolvida na operação (ou seu grupo econômico) apresente faturamento no Brasil no ano anterior à operação de R\$ 150 milhões. Será necessário também que o grupo econômico de qualquer outra parte da operação tenha registrado R\$ 30 milhões de faturamento no Brasil no mesmo período. Outra inovação importante foi a previsão de que esses valores poderiam “*ser alterados por resolução conjunta do CADE e da SDE (ou do órgão colegiado do SBDC)*”, possibilitando a flexibilidade necessária para adequar o critério caso se percebesse que o valor era por demais restrito ou amplo.

Em 2005, houve nova tentativa para emplacar a reestruturação do sistema. A Exposição de Motivos nº 107-A MJ/MF/MP, de 1º de setembro de 2005, deu grande destaque à necessidade de reforma do controle de estruturas:

(...) Atualmente, toda operação de concentração em que quaisquer dos participantes tenham registrado faturamento bruto anual de quatrocentos milhões de reais deve ser notificada. Tal critério é excessivamente amplo, tendo em vista que mesmo operações com impacto insignificante na economia brasileira devem ser notificadas.

17. Como consequência, o Sistema é congestionado por esse tipo de operação, muitas das quais sem necessidade de análise, uma vez que não são casos efetivos de concentração econômica ou visivelmente não são capazes de causar danos à concorrência. Isso significa que o Sistema vem empregando grande parte dos seus recursos escassos em análises de menor ou de nenhum potencial danoso para a sociedade, o que caracteriza uma alocação ineficiente de recursos públicos.

18. O controle de concentrações não é prévio, o que significa que as partes podem consumir a operação antes da decisão do Sistema. Isso as incentiva a tentar postergar a análise o máximo possível, ao mesmo tempo em que reduz substancialmente as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente aventados. Vale observar que a grande maioria de condicionantes impostos para a aprovação de operações foi de caráter comportamental, em oposição aos condicionantes de caráter estrutural, muito mais efetivos para corrigir questões concorrenciais advindas de operações de concentração, de acordo com os ditames da moderna teoria antitruste.

19. O órgão judicante analisa todos os casos de concentração que dão entrada no Sistema – quando, internacionalmente, sabe-se que, em média, noventa e cinco por cento deles não apresentam qualquer prejuízo à concorrência. A consequência é que esse órgão fica sem condições para conferir a devida atenção aos casos de maior potencial ofensivo aos consumidores, que demandam, por isso mesmo, soluções rápidas.

Por conta do então ambiente desfavorável à criação de novas “agências”, excluiu-se a referência à *Agência Nacional de Defesa da Concorrência* e preferiu-se investir na reestruturação do CADE, que passaria a ser composto por uma Superintendência (com papel similar ao desempenhado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico sob a égide da Lei nº 8.884/94) e um Tribunal. De resto, o projeto manteve a previsão de análise prévia, a eliminação do critério de participação de mercado e a redução do critério do faturamento de R\$ 400 milhões para R\$ 150 milhões, com a criação da “segunda trava” de R\$ 30 milhões. O Presidente encaminhou o projeto à Câmara sob o nº 5.877/2005.

O Projeto de Lei nº 5.877/05 foi pensado ao Projeto de Lei nº 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca – que tratava igualmente da reforma da Lei nº 8.884/94, ainda que de forma muito mais pontual. O Projeto de Lei nº 5.877/05 foi analisado por Comissão Especial da Câmara e, em setembro de 2007, o Deputado-Relator Ciro Gomes apresentou seu voto e proposta de substitutivo, bastante próximo ao projeto apresentado pelo Executivo. Em relação ao controle de concentrações, destacava-se o retorno ao valor de R\$ 400 milhões como critério de faturamento, cumulado com a manutenção da “segunda trava” de R\$ 30 milhões, de modo a reduzir o número de operações passíveis de notificação obrigatória.⁹⁸

O projeto de reforma do SBDC foi incluído como um dos objetivos do *Programa de Aceleração do Crescimento* (PAC) do Governo Federal, programa

⁹⁸ Nos termos do voto do Deputado-Relator, “A introdução de uma “segunda trava” com critério de faturamento de R\$ 30 milhões para a outra requerente constitui inovação importante, proposta tanto no Projeto do Deputado Carlos Cadoca quanto do Poder Executivo, para evitar que todas as aquisições de empresas muito pequenas por empresas maiores tenham que ser notificadas. Esta medida tende a reduzir o número de operações notificadas. De outro lado, a redução proposta do limite do critério de notificação de R\$ 400 para R\$ 150 milhões pode aumentar o número de operações notificadas. O efeito líquido dessas duas alterações é ambíguo. Dado o grande número de operações notificadas sem quaisquer problemas, entendemos que o ideal seria reduzir o número de operações apresentadas, diminuindo, inclusive, os custos dessas transações para boa parte das empresas. Já o Projeto de Lei 3937/2004 do ilustre Deputado Carlos Cadoca mantém o valor da primeira trava de faturamento em R\$ 400 milhões, o que, pelos motivos expostos, consideramos mais apropriado. Assim, seguimos, neste dispositivo, a regra estabelecida no Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca, mantendo o valor do faturamento da primeira requerente para R\$ 400 milhões e introduzindo a segunda trava de R\$ 30 milhões.”

apresentado em janeiro de 2007.⁹⁹ Isso porque esperava-se que com a aprovação do PL criar-se-ia ambiente institucional mais favorável ao “*livre funcionamento dos mercados e ao investimento privado*”. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados no final de 2008 e aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010, onde tramitou sob o PLC nº 06/2009.

O projeto de reforma sofreu alterações substantivas no Senado – parte importante de autoria do Senador Francisco Dornelles. Apesar de substanciais diferenças, tanto a versão aprovada na Câmara quanto no Senado contemplavam a adoção da análise prévia, a exclusão da participação de mercado como critério de notificação (mantendo-se o critério do faturamento), a restrição da notificação aos casos de concentração e não de cooperação econômica, além da importante reestruturação institucional.

Finalmente, em 30 de novembro de 2011, a Presidente da República sancionou, com importantes vetos, a nova lei de defesa da concorrência, que recebeu o número 12.529, com entrada em vigor em 29 de maio de 2012. Passemos à sua análise.

5. A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Ao lado da reestruturação institucional, que criou agência única de defesa da concorrência (o chamado “Supercade”),¹⁰⁰ o controle de estruturas é a área em que as mudanças são as mais significativas no sistema introduzido pela Lei nº 12.529/11. Os artigos 88 e 90, com os selecionados parágrafos abaixo, são de particular interesse na presente análise:

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).

⁹⁹ Vide Casa Civil, *Programa de Aceleração do Crescimento 2007-2010*, 22.01.2007.

¹⁰⁰ Nos termos do art. 5º da Lei nº 12.529/2011, o CADE é composto dos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

A nova lei introduziu a análise prévia, com previsão de prazo máximo de 330 dias para o CADE emitir sua decisão. Com o veto presidencial do artigo 64 que previa a aprovação tácita da operação caso o CADE não observasse os prazos previstos na lei¹⁰¹ (que, em sua versão final, foram reduzidos a alguns poucos), surgiu dúvida entre a comunidade jurídica se o referido prazo máximo era próprio ou impróprio. Parecer da Procuradoria Geral do CADE¹⁰² parece indicar tratar-se de prazo próprio, sujeito à aprovação tácita da operação em caso de descumprimento, com base em interpretação histórica, teleológica e sistemática, mas não é possível assegurar que o CADE seguirá essa interpretação se e quando estiver diante de um caso concreto, em que, por sua complexidade ou por alguma falha procedimental, forem superados os 330 dias de análise.

A redação final da lei não traz – ao contrário de redações anteriores dos diferentes anteprojetos e projetos discutos desde 2000 – a previsão de prazo máximo para análise de operações que não suscitam potenciais riscos à concorrência. Jurisdições experientes em tema de controle prévio de concentrações – como Estados Unidos e União Europeia – trazem prazos, em média, de 30 dias de análise, que muitas vezes são antecipados (o chamado “*early termination*”). Igualmente, a International Competition Network (ICN) recomenda que a análise em casos sem complexidade concorrencial não deve superar seis semanas (“*initial waiting periods should expire in six weeks or less*”¹⁰³).

Considerando que a grande maioria das operações sujeitas ao controle de estruturas não sofrem restrições relevantes (como visto acima, é o caso de menos de 2% das operações apresentadas ao CADE de 1994 a 2010), não haver previsão legal ou norma infralegal prevendo prazo máximo de análise nos

¹⁰¹ O artigo 64 tinha a seguinte redação: “O descumprimento dos prazos previstos nesta Lei implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica.” A justificativa do veto presidencial foi conforme a seguir: “Da forma como redigido, o artigo estabelece a aprovação tácita de atos de concentração como consequência automática de quaisquer dos prazos estabelecidos na lei, resultando em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade.”

¹⁰² Parecer ProCADE nº 17/2012, datado de 16.12.2011.

¹⁰³ ICN, ICN Recommended Practices, IV-C.

casos ditos “sumários” pode fazer com que os custos do sistema sejam superiores a seus benefícios. Isso porque, como se sabe, o novo sistema impede o fechamento da operação e as eficiências econômicas daí decorrentes na ausência de decisão do CADE. O Brasil precisa refletir a experiência de jurisdições em que, a despeito de não preverem prazo para análise na lei ou, no caso de o fazerem, serem eles muito dilatados, emitiram normativo infralegal prevendo prazos razoáveis. Canadá é um exemplo de compromisso com prazos curtos – sua lei de concorrência prevê prazo máximo de 30 dias para analisar operações no rito sumário e a autoridade emitiu normativo indicando prazo máximo de 14 dias para esses casos (vide *Competition Bureau, Fee and Service Standards*). Por sua vez, a Comissão de Concorrência da Índia aprovou regulamento interno prevendo prazo máximo para análise em rito sumário de 30 dias corridos – a lei indiana de defesa da concorrência refere-se a prazo máximo geral de 180 dias.

Sobre o critério de notificação, baseado exclusivamente no faturamento no Brasil de ao menos duas partes da operação (R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões), a lei traz duas novidades. A primeira delas é relativa à possibilidade de revisão desses valores por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. Durante o processo legislativo muito se discutiu sobre a adequação desses valores ao tipo de transação que o Estado pretendia capturar com o controle de estruturas. O valor de R\$ 150 milhões para uma das partes contido no projeto original foi majorado para R\$ 400 milhões ainda na Câmara dos Deputados pelo Deputado-Relator Ciro Gomes, em linha com o Projeto do Deputado Carlos Cadoca.¹⁰⁴ No Senado, houve majoração do valor de R\$ 400 milhões para R\$ 1 bilhão (atualizou-se o valor de R\$ 400 milhões de 1994 até 2011). A redação final aprovada pela Câmara preservou os valores de R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões, com o compromisso do Governo de revisar os valores no caso do número de operações capturadas ser considerado excessivo.

¹⁰⁴ Segundo relatório do Deputado-Relator Ciro Gomes: “*De outro lado, a redução proposta do limite do critério de notificação de R\$ 400 para R\$ 150 milhões pode aumentar o número de operações notificadas. O efeito líquido dessas duas alterações é ambíguo. Dado o grande número de operações notificadas sem quaisquer problemas, entendemos que o ideal seria reduzir o número de operações apresentadas, diminuindo, inclusive, os custos dessas transações para boa parte das empresas. Já o Projeto de Lei 3937/2004 do ilustre Deputado Carlos Cadoca mantém o valor da primeira trava de faturamento em R\$ 400 milhões, o que, pelos motivos expostos, consideramos mais apropriado. Assim, seguimos, neste dispositivo, a regra estabelecida no Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca, mantendo o valor do faturamento da primeira requerente para R\$ 400 milhões e introduzindo a segunda trava.*”

Uma questão que não foi explicitamente abordada foi a aplicação do critério do faturamento da nova lei ao grupo vendedor. A questão já havia sido abordada pelo SBDC sob a égide da Lei nº 8.884/94, sem sucesso.¹⁰⁵ As melhores práticas internacionais indicam que, do ponto de vista lógico e sistemático, o critério do faturamento deveria se limitar ao faturamento da empresa-objeto, do comprador e de seu grupo econômico, excluindo aquele faturamento que está “saindo” do mercado, por não gerar efeitos concorrenciais. O CADE ainda não se manifestou sobre o assunto, já tendo sido contudo provocado nesse sentido.¹⁰⁶

Finalmente, ainda sobre critérios de notificação, a lei prevê que o CADE pode, no prazo de um ano da consumação da operação, requerer a sumissão dos atos de concentração que não se enquadrarem no critério do faturamento. Essa previsão dá flexibilidade ao CADE para revisar atos de concentração que afetem mercados locais ou regionais, com faturamentos moderados (o que faz sentido considerando a exclusão da lei do critério da participação de mercado). A previsão precisa, contudo, ser utilizada com cautela para não gerar insegurança jurídica.

A introdução do controle prévio também trará mudanças significativas no curso de negociações de fusões e aquisições. Em primeiro lugar, a aprovação do CADE passa a ser condição suspensiva para o fechamento da operação. Além disso, como a análise pode tardar quase um ano, as partes devem prever mecanismos para estabelecer eventual ajuste do preço de compra. As tradicionais cláusulas prevendo a regular condução dos negócios ganham ainda mais importância, dado que o comprador não poderá interferir na gestão da empresa-objeto enquanto o CADE não emitir decisão final sobre o caso. É necessária atenção para o tipo de informação que poderá ser intercambiada durante a negociação e entre a assinatura e fechamento do negócio, sob pena de se proceder ao chamado *gun-jumping*, com previsão de multa de até R\$ 60 milhões. Apenas aquelas informações estritamente necessárias para a *due diligence* e formação do preço é que podem ser intercambiadas e a

¹⁰⁵ Em votos isolados em casos distintos, foi proposta uma nova interpretação para o termo “participantes” utilizado na redação do artigo 54, § 3º, com vistas a excluir do rol de casos de notificação obrigatória, aqueles em que apenas o grupo vendedor tivesse auferido faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões. Vide julgamento do AC 08012.0011559/2006-31, Cheminova Brasil e Bayer Cropscience.

¹⁰⁶ Vide carta intitulada “Law N° 12.529 of 30 November 2011 — Public Consultations” enviada pelo Merger Streamlining Group do McMillan LLP ao Presidente do CADE em 05.03.2012.

situação torna-se crítica quando a operação envolver concorrentes em mercados altamente concentrados.

6. CONCLUSÃO

A construção de um ambiente concorrencial – pautado por mercados contestáveis – é essencial para garantir crescimento de longo prazo não apenas porque produz benefícios estáticos, mas sobretudo porque incentiva a inovação, caracterizada pelo constante investimento dos agentes econômicos no desenvolvimento de ideias e processos que os aproximam da vanguarda produtiva. Sem um contexto marcado pela pressão competitiva, é difícil imaginar uma configuração que possa garantir, em uma economia capitalista, a produção de benefícios e riquezas necessários à promoção de bem-estar social. Deve-se, portanto, tomar especial cuidado para não reduzir a política de promoção da concorrência à mera edição ou reforma de uma lei antitruste, com seu instrumental clássico de adjudicação administrativa em torno das categorias de repressão a condutas anticompetitivas e controle de concentrações econômicas. Muito ao contrário, o formulador de políticas públicas deve entender que a introdução de um sistema formal de intervenção antitruste – e em especial o controle de concentrações econômicas – deve ser apenas parte de um grupo maior de medidas que, plasmadas em instituições e institutos jurídicos, constituam o arcabouço concorrencial de um país.

Como vimos, o Brasil possui desde a década de 30 legislação para a defesa da concorrência, mas foi apenas no contexto de um arcabouço institucional mais maduro, decorrente das reformas implementadas nos anos 90, que a legislação antitruste passou a ter um papel importante na garantia da eficiência dos mercados. O controle de concentrações avançou significativamente desde 1994, mas ainda enfrenta importantes desafios. Aproximadamente sete mil operações foram analisadas de 1994 a 2011, com oito reprovações e poucas restrições, que na maioria dos casos não foram implementadas voluntariamente pelas partes, sendo alvos de demorados recursos perante o Poder Judiciário.

A hora de o Brasil instituir um sistema de controle prévio de atos de concentração finalmente chegou, com a consequente necessidade de refinamento dos filtros de notificação. É fundamental que o CADE estabeleça na prática prazos curtos para a análise e que o Governo garanta corpo técnico em número suficiente para atender a demanda de operações notificadas. Se bem implementado, o novo sistema contribuirá para atingirmos o que deve ser o objetivo último de uma política antitruste: tornar a economia brasileira eficiente, inovadora e competitiva.