

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Paula Segobia da Rosa

**A ANTERIORIDADE DO CONTROLE CONCORRENCIAL NA LEI 12.529/2011, EM
COMPARAÇÃO COM A SITUAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA**

Porto Alegre

2013

Paula Segobia da Rosa

**A ANTERIORIDADE DO CONTROLE CONCORRENCIAL NA LEI 12.529/2011, EM
COMPARAÇÃO COM A SITUAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior.

Porto Alegre

2013

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço ao meu pai pelo suporte e incentivo durante toda minha vida. Qualquer realização seria impossível sem esse apoio incondicional em todos os momentos.

Agradeço às amigas e amigos desde sempre, que torceram, incentivaram e compreenderam as ausências ao longo desses cinco anos.

Agradeço também aos colegas que fizeram parte dessa trajetória, especialmente ao Clubão, pelos momentos de apoio, de descontração, pela linda amizade construída e o enorme coleguismo.

Agradeço, por fim, ao meu orientador, Prof. Augusto Jaeger Junior, pelos ensinamentos e auxílio prestados.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma reflexão sobre as recentes alterações no direito concorrencial brasileiro com a publicação da Lei 12.529/2011, atribuindo especial atenção para o controle dos atos de concentração econômica, que era feito *a posteriori* na vigência da lei anterior, passando a ser prévio com a entrada em vigor da nova lei, em maio de 2012. O novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência alinhou o Brasil com os mais avançados e respeitados sistemas antitruste do mundo, como o da União Europeia, onde o controle das operações de concentração também é feito previamente. Através de uma comparação dos parâmetros e ferramentas do sistema europeu com aqueles implementados e previstos para o sistema brasileiro, busca-se concluir sobre a viabilidade do controle *ex-ante* aplicado à realidade brasileira, bem como sobre os efeitos dessa inovação na defesa da concorrência e na economia do País. Para realizar o controle prévio no Brasil com o mesmo êxito obtido na União Europeia, afastando o risco de ineficiência, principalmente quanto a atrasos nos prazos para decisão sobre a autorização dos atos de concentração, é indispensável levar a efeito a reestruturação do CADE, conforme previsto na Lei 12.529/2011.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Lei 12.529/2011. Atos de concentração econômica. Controle prévio. Antitruste na União Europeia.

ABSTRACT

The objective of this study is to reflect upon the recent alterations on Competition Law in Brazil, made through Law 12.529/2011, mainly on the control of economic concentration acts, that became previous since May, 2012, when the referred Law started having effects. The new Brazilian System of Competition Defense aligned Brazil with the most advanced and respected antitrust systems in the world, as the one from E.U., where the control of concentration operations is also done previously. The viability of the control *ex ante* applied to Brazilian reality, as well as the effects of this innovation on Competition Defense and on economics, is sought through the comparison of parameters and tools of the European system with those implemented and established for the Brazilian system. It is indispensable to restructure CADE, as established in Law 12.529/2011, in order to make successful previous control in Brazil as in European Union, averting the risk of inefficiency, especially in relation to delays in due times for the decisions on the authorization of concentration acts.

Keywords: Competition Law. Law 12.529/2011. Economic concentration acts. Previous control. Antitrust on European Union.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 UNIÃO EUROPEIA – DIREITO CONCORRENCIAL E CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA | 9 |
| 2.1 Considerações Preliminares | 9 |
| 2.2 Regulamentos nº 17/62 e nº 4.064/89..... | 14 |
| 2.3 Dificuldades enfrentadas pela Comissão e os fundamentos da reforma..... | 21 |
| 2.4 Regulamentos nº 1/2003 e nº 139/2004 | 24 |
| 2.5 Resultados da reforma..... | 30 |
| 3 BRASIL – CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA | 32 |
| 3.1 Considerações Iniciais | 32 |
| 3.2 Lei 8.884/94 | 34 |
| 3.3 Dificuldades enfrentadas com o controle <i>ex-post</i> | 41 |
| 3.4 Lei 12.529/2011 | 44 |
| 3.5 Momento atual do Direito Concorrencial no Brasil | 56 |
| 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 62 |
| 5 REFERÊNCIAS | 65 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma reflexão sobre a recente alteração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com a publicação da Lei 12.529/2011, e seus efeitos nas concentrações econômicas e na economia brasileira.

Com a alteração para o modelo prévio de controle dos atos de concentração, o Brasil se alinha com os mais modernos métodos concorrenciais aplicados no mundo. No entanto, a efetivação do novo sistema vem acompanhada de alguns desafios, sendo o principal deles que as autoridades consigam analisar as operações nos prazos estabelecidos em lei.

A questão investigativa central gira em torno das operações de concentração econômica, mais precisamente sobre como a mudança no momento de notificação dos atos de concentração às autoridades concorrenciais, que era posterior à realização do ato e passa a ser anterior à sua consumação, vai afetar a defesa da concorrência e a economia brasileiras.

Para responder à questão, será estabelecida uma análise comparativa com a situação da União Europeia, que tem um dos mais avançados e respeitados sistemas de defesa concorrencial do mundo. Lá também operou-se uma grande reforma, com alteração dos regulamentos sobre o tema. O novo sistema, implementado no ano de 2004, manteve a notificação *ex-ante* das operações de concentração, mas estabeleceu algumas mudanças, visando minimizar os desafios enfrentados no sistema antigo, notadamente a dificuldade das autoridades concorrenciais em analisar tempestivamente o grande número de operações notificadas.

Assim, este estudo é dividido em duas partes. Na primeira, se analisa a evolução do direito concorrencial na União Europeia, através de um breve histórico, com ênfase na reforma operada em 2004, que representa um marco no antitruste daquela jurisdição. Na segunda parte é feito um exame do direito concorrencial brasileiro ao longo do tempo, com especial atenção à mudança no momento da notificação dos atos de concentração econômica ao CADE, que era *ex-post* na

vigência da Lei 8.884/94 e passou a ser *ex-ante* com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011. Ao final do trabalho, é realizada uma comparação entre características e ferramentas dos sistemas antitruste estudados, buscando avaliar as implicações da mudança na realidade brasileira, tendo por base os resultados já observados na União Europeia.

O método de pesquisa utilizado consiste de revisão bibliográfica e análise dos artigos do TFUE, dos Regimentos aplicáveis na legislação europeia e das leis 8.884/1994 e 12.529/2011 do Brasil. Podem ser citados como autores bases para este estudo Augusto Jaeger Junior, Paula Forgioni e Eduardo Caminati.

A defesa da concorrência é de suma importância para a economia do país, não apenas internamente, mas num contexto de globalização. Nesse sentido, a publicação da lei 12.529 significa um grande avanço, pois organiza os órgãos e estruturas responsáveis pelo tema de forma muito mais eficaz que a lei anterior. A obrigação das empresas de notificarem anteriormente ao CADE sobre atos de fusão que se enquadrem nos parâmetros legais representa uma grande diferença em relação ao sistema anterior, no qual as notificações eram feitas *a posteriori*, depois de já consolidadas pelas empresas participantes.

Com o novo sistema, o país tem a chance de realizar um controle muito mais efetivo desses atos. No entanto, se não houver a estruturação do CADE, prevista na nova lei, de modo que os procedimentos e prazos, também previstos em lei, possam ser cumpridos, os efeitos dessa alteração podem se traduzir num enorme enfileiramento de processos, impedindo a efetivação das fusões, com perda de prazos e levando ao caos.

A importância do trabalho que nos propomos a realizar está na análise da nova situação brasileira, que também atingirá países do mundo todo, que queiram realizar atos de concentração com empresas brasileiras, ou no Brasil, fazendo um paralelo com a antiga situação europeia, já conhecida.

2 UNIÃO EUROPEIA – DIREITO CONCORRENCIAL E CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

2.1 Considerações Preliminares

No final do Século XIX, a política econômica adotada pelos países europeus visava proteger as empresas nacionais, permitindo e incentivando os acordos entre elas e sua maior participação no mercado, através de práticas protecionistas. A cartelização e o protecionismo então vigentes eram os instrumentos ideais da política econômica dos regimes totalitários da época, tendo perdurado tal visão até o fim da Segunda Guerra Mundial, quando o interesse pela defesa da concorrência surgiu como forma de modificação de tais instrumentos econômicos, considerados umas das causas do totalitarismo¹.

Com a criação do Mercado Comum Europeu e o aumento de liberdade para que empresas de países distintos circulassem suas mercadorias, serviços e capitais, premente se fez a necessidade de um sistema garantidor da concorrência. Assim, inicialmente com a assinatura do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), assinado em 1951 e, logo após, com a assinatura do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (TCEE) e entrou em vigor em 1958, teve início a modificação do contexto histórico e político em que ocorreram as Guerras Mundiais, baseada num novo sistema econômico, que redirecionou o continente europeu em vários setores, inclusive no da defesa da concorrência.²

Em sua redação original, o Tratado de Roma trazia as normas sobre defesa da concorrência nos artigos 85 a 95. Com a assinatura do Tratado de Amsterdã, em 1997, houve a renumeração das regras sobre o assunto, passando a serem dispostas nos artigos 81 a 91. Nesse ponto, à Comunidade Europeia já havia sido agregada a União Europeia (Tratado de Maastricht, 1992) e se preparavam para a criação do “mercado único”, enquanto suas quatro liberdades tornavam-se realidade: a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. Em 2009, com a assinatura do Tratado de Lisboa, entrou em vigor o Tratado Sobre o Funcionamento

¹ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 201.

² BAGNOLI, *loc. cit.*

da União Europeia (TFUE), que novamente modificou a numeração dos artigos já existente, sendo que as regras sobre defesa da concorrência passaram a constar nos artigos 101 e seguintes. Em todas as alterações de numeração, o conteúdo dos artigos permaneceu com a redação original, tendo sofrido modificações apenas os Regulamentos que serviam de ferramenta para sua aplicação.

O TFUE permanece vigente e seus artigos mais relevantes ao estudo proposto são os de número 101 e 102:

Artigo 101

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação.
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos.
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento.
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência.
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas;
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
 - a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos.
 - b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 102

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas.
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores.
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência.
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.³

Da leitura dos artigos acima, fica claro que o objetivo do Tratado, no campo da concorrência, foi possibilitar o desenvolvimento de um sistema concorrencial visando “superar a divisão do espaço econômico europeu em favor de um mercado cada vez mais integrado, onde as empresas tivessem liberdade para competir”⁴. Tamanha é a importância do tema que o art. 3º, g, do TCE incluía entre os meios a serem utilizados para alcançar a missão da Comunidade “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.

Especificamente quanto aos atos de concentração econômica, conforme o art. 101, associação de empresas é qualquer agrupamento de pessoas físicas, sociedades ou entidades com diversa designação, habilitada a tomar decisões relativas às empresas associadas. Como salienta Dyle Campello, “tais atos, em princípio, não são proibidos pelo Tratado: só o serão na medida em que impeçam, restrinjam ou falseiem a concorrência”⁵.

Ainda, o próprio tratado estabelece situações em que suas normas poderão ser derogadas, conforme se depreende da leitura do artigo 101, n. 3. Este dispositivo prevê as situações em que não é aplicada a consequência jurídica do artigo 101, n. 2 – nulidade dos acordos ou decisões – e também aquelas em que as

³ UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de dezembro de 2007.

⁴ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 201.

⁵ CAMPELLO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 146.

disposições do artigo 101, n. 1 são inaplicáveis. São os casos em que os acordos, decisões ou associações de empresas levem a melhorias na produção ou distribuição de produtos ou promoção do progresso técnico e econômico. Há uma flexibilização das regras protetivas da concorrência quando em contraposição a outros valores igualmente relevantes – desde que a situação em análise se enquadre nos requisitos legais de não impor restrições desnecessárias às empresas em causa nem possibilitar a eliminação de parte substancial de seus concorrentes. Novamente, na lição de Dyle Campello:

O Direito Comunitário adotou a teoria da “concorrência-instrumento” o que comporta uma importante consequência: não sendo um fim em si mesmo, a concorrência poderá ser sacrificada quando um determinado comportamento comercial puder, apesar dos seus efeitos restritivos, escapar à proibição legal e, se for demonstrado que é susceptível de contribuir em melhor grau que a própria concorrência para o desenvolvimento econômico ou para o progresso social.⁶

Assim, vê-se que, no entendimento do legislador, alguns acordos, que atendam a determinados requisitos, podem ter efeitos favoráveis, não prejudicando a concorrência além dos limites considerados admissíveis, sendo compatíveis com o mercado interno. Em conclusão, nas palavras de Jaeger e Schwager, “certas restrições à concorrência são admissíveis desde que indispensáveis à realização de alguns objetivos e não acabem por eliminar a concorrência em relação a uma parte substancial do mercado interno”⁷.

Para a aplicação das regras materiais vistas até agora, necessária se fez a elaboração de normas processuais. O TFUE traz poucos indicativos procedimentais, abrangendo majoritariamente regras de direito material e prevendo a elaboração de normas de direito derivado, que terão caráter processual, conforme disposição do artigo 288 (ex-artigo 249, TCE):

Artigo 288.

Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adotam regulamentos e diretivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres.

O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

⁶CAMPELLO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 140.

⁷JUNIOR JAEGER, Augusto; SCHWAGER, Simon. **Direito Comunitário da Concorrência aplicável às empresas. Publicações da Escola da AGU – Debates em Direito da Concorrência**. p. 68.

A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos.⁸

A fim de possibilitar um maior entendimento do tópico tratado, é importante trazer esclarecimentos sobre duas das mais importantes instituições da União Europeia, citadas no artigo de lei transcrito anteriormente.

O Conselho da União Europeia é o órgão onde se reúnem os Ministros de cada Estado-Membro para discutir a legislação e assegurar a coordenação das políticas da União Europeia. Juntamente com o Parlamento, o Conselho é responsável por aprovar novos textos legislativos da UE, propostos pela Comissão.

A Comissão Europeia, além da função de propor novas leis ao Conselho e ao Parlamento, propõe também políticas e programas de ação e é responsável pela execução das normas emanadas do Conselho e do Parlamento.

Os Regulamentos são a via utilizada para a normatização dos procedimentos na União Europeia, sendo lei por excelência no direito comunitário. Por construção jurisprudencial, são divididos em dois grupos: regulamentos de base e regulamentos de execução. Para Campello, “os regulamentos de base são adotados para aplicação de disposições do direito originário (tratados comunitários) ou outros instrumentos convencionais vinculativos da Comunidade.”⁹ Por sua vez, “os regulamentos de execução destinam-se a dar execução aos regulamentos de base, cujo regime jurídico pormenorizam e desenvolvem, estabelecendo as condições e os meios da sua boa aplicação”¹⁰.

A elaboração de Regulamentos é, a princípio, competência do Conselho, sendo que somente este pode editar os regulamentos de base. A Comissão, desde que tenha competência delegada pelo Conselho ou esteja no exercício de uma competência própria, pode editar regulamentos de execução.

⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de dezembro de 2007.

⁹ CAMPELLO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 189.

¹⁰ CAMPELLO, *loc. cit.*

Portanto, a aplicação do direito concorrencial, em primeira instância, é feita pela Comissão. Ela exara decisões nos processos administrativos de sua competência, que produzem efeitos jurídicos diretamente aplicáveis, vinculando a esfera jurídica dos seus destinatários¹¹. Das decisões da Comissão cabe recurso ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Muito embora a legislação concorrencial material, consubstanciada nas normas do TCE (artigos 81 e 82), atual TFUE (artigos 101 e 102), não tenha, desde a constituição da Comunidade Europeia – hoje União Europeia, sofrido alterações significativas, os Regulamentos que serviram ao longo dos anos como instrumento para aplicação dessas normas foram fortemente modificados em uma reforma levada a cabo nos anos de 2003/2004, revolucionando o direito concorrencial da UE, como será visto a seguir.

2.2 Regulamentos nº 17/62 e nº 4.064/89

O artigo 101, n. 1 do TFUE estabelece uma proibição de acordos, decisões e práticas concertadas entre empresas que possam afetar o comércio entre Estados-Membros e que tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, sem que seja necessária, para o efeito, uma decisão prévia¹². O n. 2 do mesmo artigo dispõe que tais acordos serão nulos. No entanto, o n. 3 do dispositivo citado indica situações em que as regras dos n. 1 e 2 são inaplicáveis e os acordos entre empresas permitidos e perfeitamente legais, ainda que trazendo algum prejuízo à concorrência.

Para que pudessem se beneficiar dessa isenção prevista no n. 3, as empresas deviam notificar a Comissão, que analisava o caso e emitia uma decisão, autorizando ou não o acordo entre as empresas em questão. Este procedimento era

¹¹ CAMPELLO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p 194.

¹² UNIÃO EUROPEIA. Aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado CE. **Europa – Síntese da legislação da UE**. Disponível em: < http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26042_pt.htm>

regrado, até o ano de 2003, pelo Regulamento nº 17/62, que constituía peça fundamental de todo direito formal da concorrência¹³.

O Regulamento nº 17/62 previa, então, um sistema de notificação centralizada para a aplicação do vigente artigo 81, n. 3. No caso de um acordo que infringisse o artigo 81, n. 1, não se enquadrando em nenhum regulamento de isenção de categoria, a parte deveria notificá-lo à Comissão, na tentativa de obter uma isenção¹⁴, de acordo com a regra do art. 4º do Regulamento nº 17/62:

Artigo 4 .

Notificação de novos acordos, decisões e práticas

1. Os acordos, decisões e práticas concertadas referidos no n. 1 do artigo 85 do Tratado, ocorridos após a entrada em vigor do presente regulamento e em relação aos quais os interessados desejem beneficiar do disposto no n. 3 do artigo 85, devem ser notificados à Comissão. Enquanto não forem notificados, não pode ser tomada uma decisão de aplicação do n. 3 do artigo 85.¹⁵

A notificação não era obrigatória, sendo um ato voluntário das partes interessadas, mas era recomendável, uma vez que poderia produzir efeitos favoráveis na órbita de atuação das coligações notificadas¹⁶. Logo, de acordo com Augusto Jaeger Junior, “muitas empresas faziam a notificação, justamente pelo benefício nela contido de imunidade da multa. Era, pois, um sistema de controle *ex-ante*.”¹⁷. Sobre o mesmo ponto, ensina Dyle Campello:

A decisão de isenção depende de uma formalidade indispensável: as coligações (*ententes*) deverão ser previamente notificadas à Comissão (arts. 4º, n. 1 e 5º, n. 1, do Reg. 17/62).

Observa-se que não há uma obrigatoriedade direta de notificar capaz de provocar uma sanção no caso de inobservância, mas uma obrigatoriedade indireta, pois a ausência de notificação expõe as empresas ao pleno efeito da proibição e da sanção dos n^{os} 1 e 2, do art. 81.¹⁸

Essa decisão de isenção concedida pela Comissão era válida por um período determinado, podendo ser objeto de renovação se as condições de aplicação do

¹³ CAMPELLO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 194.

¹⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**. Novembro de 2004. p.69.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 17, de 21 de fevereiro de 1962.

¹⁶ CAMPELLO, *op. cit.*, p. 202.

¹⁷ JAEGER JUNIOR, *loc. cit.*

¹⁸ CAMPELLO, *op. cit.*, p. 203

então n. 3 do artigo 81 continuassem observadas. Podia também ser acompanhada de condições¹⁹.

A Comissão tinha competência exclusiva para declarar a não aplicabilidade do artigo 101, n. 1, em função do n. 3 do mesmo artigo. Por esse motivo, era referido o figurativo monopólio da Comissão para o trato da matéria²⁰, sendo as autoridades nacionais encarregadas de aplicar as normas de concorrência absolutamente impedidas de conceder essas isenções²¹. No entanto, enquanto não tivesse início o processo de dispensa, as autoridades dos Estados-Membros permaneciam competentes para fazer valer a proibição do artigo 101, n. 1²², tendo competência concorrente com a Comissão.

A necessidade de notificação por parte das empresas interessadas para obtenção da isenção prevista no artigo 101, n. 3 não impedia que a Comissão também atuasse no controle dos atos de concentração econômica sem a necessidade de tal iniciativa. De acordo com o artigo 3º do Regulamento 17/62, sua atuação podia se dar também a partir de queixas de Estados-Membros, empresas ou particulares e, ainda, *ex-officio*.

Cessação das infrações

1. Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infração ao disposto no artigo 85 ou no artigo 86 do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infração.
2. Podem apresentar um pedido para este efeito:
 - a) Os Estados-membros;
 - b) As pessoas singulares ou coletivas que invoquem um interesse legítimo;
3. Sem prejuízo das outras disposições do presente regulamento, a Comissão pode, antes de tomar a decisão referida no n. 1, dirigir às

¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado CE. **Europa – Síntese da legislação da UE**. Disponível em: < http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26042_pt.htm>

²⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**. Novembro de 2004. p.70.

²¹ CAMPELLO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 203.

²² UNIÃO EUROPEIA. Aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado CE. **Europa – Síntese da legislação da UE**. Disponível em: < http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26042_pt.htm>

empresas e associações de empresas em causa recomendações com o fim de fazer cessar a infração.²³

Quando feito à Comissão, o pedido das empresas podia resultar em quatro possibilidades de decisões.

A primeira modalidade eram as isenções individuais, concedidas pela Comissão através de ato administrativo constitutivo para os acordos, decisões e práticas que reunissem as condições previstas na legislação, violando, de certa forma o n. 1 do artigo 101 do TFUE – comportamento ilegal –, mas se enquadrando nas exceções do item n. 3 do mesmo dispositivo. Segundo Augusto Jaeger Junior, “Esta possibilidade promovia uma ponderação entre vantagens e prejuízos à concorrência. Eram, de certa forma, até desejados alguns determinados cartéis, pelo sentido econômico que estes tinham.”²⁴ A decisão de isenção proferida pela Comissão tinha caráter administrativo constitutivo, podendo ser desafiada por recurso ao então TJCE.

Era possível, ainda, a obtenção de isenção por categoria, prevista no artigo 101, n. 3 do Tratado. A adoção desses regulamentos podia reduzir ou até eliminar a necessidade de notificações individuais dos acordos que atendessem aos requisitos do regulamento²⁵, diminuindo, assim, o volume de trabalho da Comissão. Aos juízes nacionais era permitido conceder isenções por categoria, já que estas encontravam-se previamente normatizadas por regulamento, sem ofender o monopólio da Comissão para aplicação do artigo 101, n. 3.²⁶

A segunda possibilidade de decisão, de acordo com o artigo 2º do Regulamento 17/62, eram os certificados negativos:

Artigo 2º

Certificados negativos

A Comissão pode declarar verificado, a pedido das empresas e associações de empresas interessadas, que, face aos elementos ao seu dispor, não há

²³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 17, de 21 de fevereiro de 1962.

²⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**. Novembro de 2004. p.70.

²⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 2006. p. 320.

²⁶ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, 317.

razão para intervir, nos termos do n. 1 do artigo 85º ou do artigo 86º, relativamente a um acordo, a uma decisão ou a uma prática.²⁷

Essa decisão afirmava que o acordo entre as empresas era legal e não afrontava os artigos 101 e 102 do TFUE, no limite das informações conhecidas pela Comissão. Ao contrário da decisão de isenção, na qual se admitia que o comportamento das empresas era ilegal, ainda que admitido por atender às condições do n. 3, ao emitir um certificado negativo a Comissão afirmava não ter encontrado qualquer infração, ou que, caso encontrada, esta não era relevante. Para Dyle Campello, “trata-se de uma autêntica declaração de ausência de infração aos dispositivos do Tratado, podendo ser requerida por qualquer empresa participante num acordo, decisão ou prática visados pelo art. 81.”²⁸ De acordo com Augusto Jaeger Junior, “na prática, sendo possível, as empresas notificavam a Comissão pedindo um certificado negativo e, subsidiariamente, uma declaração de isenção”.²⁹ A emissão do certificado negativo ou sua rejeição constituíam verdadeiras decisões, devendo ser motivadas e podendo ser impugnadas em recursos de anulação.³⁰

Como terceira possibilidade de decisão, havia a expedição de cartas administrativas, ou *comfort letters*, que eram utilizadas para aliviar a carga de trabalho da Comissão.³¹ Tais documentos, no entanto, não ofereciam a mesma segurança jurídica das decisões anteriores, uma vez que eram entendidas como um certificado negativo informal, sem o mesmo valor de uma decisão formal. Eram insuscetíveis de recurso para o então TJCE³² e não tinham caráter vinculativo nem aos tribunais nacionais.³³ A opção de aceitar este simples documento administrativo

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 17, de 21 de fevereiro de 1962.

²⁸ CAMPELLO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 200.

²⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**. Novembro de 2004. p. 71.

³⁰ CAMPELLO, *loc. cit.*

³¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 2006. p. 324.

³² CAMPELLO, *op. cit.*, p. 201.

³³ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 2006. p. 324

existia no formulário de notificação desde o ano de 1986³⁴ e mais de noventa por cento dos casos eram encerrados com essa solução.³⁵

A última possibilidade de decisão era a recusa, que acontecia quando o acordo em questão não atendia aos requisitos do artigo 101, n. 3, do TFUE, sendo considerado incompatível com o mercado comum e proibido.³⁶ Esta decisão deveria ser fundamentada e dela cabia recurso para o então TJCE.

Embora a aplicação dos artigos 101 e 102 do TFUE para a regulação dos atos de concentração de empresas tenha ocorrido por quase três décadas, por construção jurisprudencial e com o auxílio do Regulamento 17/62, forçoso reconhecer que tais dispositivos não eram suficientes para impedir todas as operações suscetíveis de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado.³⁷ Sua aplicação decorria da lacuna legislativa sobre o tema. No entanto, com a perspectiva da realização do mercado interno, mostrava-se inevitável a reestruturação nas empresas localizadas na então Comunidade Europeia, a realizar-se especialmente sob a forma de operações de concentração, em vista da supressão de fronteiras,³⁸ e se fazia urgente a necessidade de criação de um novo instrumento jurídico.

Foi editado, então, o Regulamento nº 4.064/89, em 21 de dezembro de 1989, visando determinar se as operações de concentração de dimensão comunitária eram ou não compatíveis com o mercado comum e estabelecendo que deveriam ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criassem ou reforçassem uma posição dominante, resultando entraves significativos à concorrência³⁹.

Entre outras disposições acerca do tema, o Regulamento nº 4.064/89 definia atos de concentração e estabelecia quais deveriam ser notificados, usando como critérios o volume de negócios realizados pelas empresas ou grupos envolvidos.

³⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**. Novembro de 2004. p.71.

³⁵ BUNTE, H. J. *apud* JAEGER JUNIOR, *loc. cit.*

³⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR. 2006. p. 325.

³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 4064, de 21 de dezembro de 1989.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 4064, de 21 de dezembro de 1989.

³⁹ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 203-204.

Ainda, mantinha o monopólio da Comissão na autorização dos atos de concentração, embora aumentando significativamente a atuação dos Estados-Membros no processo de análise dos atos notificados⁴⁰, e reforçava a característica prévia do controle exercido, como se depreende da leitura do considerando 17:

17. Considerando que, para garantir um controlo eficaz, se deve obrigar as empresas a notificar **previamente** as suas operações de concentração que tenham dimensão comunitária, bem como suspender a realização dessas operações durante um período limitado, prevenindo-se simultaneamente a possibilidade de prorrogar essa suspensão ou de a revogar em caso de necessidade; que, no interesse da segurança jurídica, a validade das transações deve, no entanto, ser protegida na medida do necessário; (grifo nosso)

No mesmo sentido, a disposição do artigo 4º:

Artigo 4º

Notificação **prévia** das operações de concentração

1. As operações de concentração de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão no prazo de uma semana após a conclusão do acordo ou a publicação da oferta de compra ou de troca ou a aquisição de uma participação de controlo. Esse prazo começa a contar a partir da data em que ocorra o primeiro desses acontecimentos. (grifo nosso)

Embora podendo ser notificado até sete dias após sua conclusão, o ato de concentração tinha sua eficácia suspensa até a aprovação da Comissão, por prazo de até três semanas, sujeito à prorrogação⁴¹. Somente após a análise dos elementos e havendo autorização da Comissão, a operação produziria seus efeitos.

A edição do Regulamento nº 4.064/89 ainda tornou obrigatória a notificação de atos de concentração econômica, baseando o sistema de controle no “princípio

⁴⁰ O artigo 9º do Regulamento 4.064/89 previa que a Comissão poderia remeter cópia de notificação a um Estado-Membro. Entendendo este que tal ato de concentração será prejudicial à concorrência dentro de seu território, informará à Comissão, que poderá ela mesma ocupar-se do caso ou delegá-lo ao Estado-Membro em questão com vista da aplicação de legislação nacional sobre concorrência deste Estado. Assim, é possível que Estado-Membro atue na defesa da concorrência, mediante ato de concentração que a restrinja em seu território, mas apenas por delegação da Comissão. Também o artigo 19 dispõe sobre a participação dos Estados-Membros na análise dos atos de concentração notificados à Comissão, através de um comitê consultivo formado por autoridades dos Estados-Membros.

⁴¹ Segundo o artigo 7º do Regulamento 4.064/89: “1. Para efeitos da aplicação do nº 2 do presente artigo, uma concentração, tal como definida no artigo 1º, não pode ter lugar nem antes de ser notificada nem no decurso do prazo de três semanas após a sua notificação. 2. Quando o considere necessário, após exame provisório da notificação no prazo fixado no nº 1, a fim de assegurar plenamente o efeito útil de qualquer decisão a tomar ulteriormente ao abrigo dos nºs 3 e 4 do artigo 8º, a Comissão pode decidir por sua própria iniciativa prorrogar a suspensão da realização da concentração, na totalidade ou em parte, até à adoção de uma decisão final, ou pode decidir tomar outras medidas intercalares para esse efeito”.

da notificação obrigatória das concentrações previamente à sua realização”⁴², suspendendo seus efeitos até que o ato de concentração passasse pela análise da Comissão, garantindo, assim, o efeito útil de qualquer decisão tomada por ela. Trata-se, como se vê, de um controle muito mais efetivo do que aquele proporcionado pelo Regulamento nº 17/62, no entanto, ainda apresentava deficiências.

2.3 Dificuldades enfrentadas pela Comissão e os fundamentos da reforma

Mesmo com a edição de diversos Regulamentos complementares (2.822/71, 1.216/1999, entre outros) estudado anteriormente, o sistema de controle das condutas anticoncorrenciais baseado na emissão de isenções à aplicação do art. 101, n. 1 TFUE, aos casos que cumprissem os requisitos do art. 101, n. 3 do mesmo Tratado, exclusivamente pela Comissão, não mais atendia às necessidades da União Europeia. Fazia-se necessária uma grande reforma no sistema.

O principal fator a motivar essa reforma foi a dificuldade da Comissão em analisar, investigar e responder adequadamente ao grande número de notificações recebidas, levando à ineficiência do sistema de controle. A conclusão de grande número dos procedimentos com a emissão de uma *comfort letter*⁴³, bem como o sistema de isenções por categorias, foram tentativas de amenizar o problema, mas não trouxeram resultados satisfatórios⁴⁴. O sistema idealizado para defender a concorrência em seis Estados-Membros, em 1962, não era mais adequado para vinte e cinco Estados-Membros, quarenta anos mais tarde⁴⁵.

⁴² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 421.

⁴³ Segundo Augusto Jaeger Junior, “Em quarenta anos de vigência do Regulamento 17/62, poucas dezenas de decisões formais foram tomadas. Na maior parte dos casos, a empresa recebia uma *comfort letter* sem valor vinculante nem para os tribunais, tampouco para as autoridades nacionais.” 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. Boletim Latino-Americano de Concorrência. Novembro de 2004. p.72.

⁴⁴ Como já visto, as *comfort letters* não traziam às empresas interessadas a segurança jurídica de uma decisão, que era o objetivo principal de fazer a notificação dos atos de concentração econômica à Comissão.

⁴⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 2006. p. 335.

Alguns dos motivos que levaram a esse aumento das notificações, além do aumento do número de Estados-Membros, foram a transformação do mercado comum em mercado interno⁴⁶ e a própria globalização, que trazia exigências inexistentes na década de sessenta. Segundo Augusto Jaeger Junior, “O aumento das notificações demonstrou que ela [a Comissão] não dispunha de recursos materiais e pessoais necessários para a garantia do sistema de concorrência não-falseado na Comunidade”.⁴⁷

A Comissão, tendo que atender a uma demanda de trabalho tão grande, gerada pelas notificações, não conseguia se concentrar nos casos mais importantes, se atendo a meros controles administrativos. O monopólio da Comissão na aplicação do artigo 101, n. 3 tinha se tornado inviável, ensejando discussão doutrinária e política sobre a possibilidade de uma maior participação das instâncias nacionais, descentralizando o processo de controle dos atos de concentração econômica. Também era alegado que o sistema de notificações criava despesas às empresas e por isso precisava ser facilitado⁴⁸.

Em 28 de abril de 1999, a Comissão publicou seu Livro Branco, que se constituiu na primeira etapa de uma reorganização fundamental do sistema de aplicação das regras de concorrência na Comunidade. Nesse documento, a própria Comissão afirmava que “seu monopólio e o sistema de notificação e autorização não eram mais compatíveis com as transformações econômicas enfrentadas pelo mundo e pela Comunidade”⁴⁹.

A reforma proposta estabelecia três objetivos principais: a aplicação rigorosa do direito da concorrência, a descentralização efetiva da aplicação e a simplificação

⁴⁶ “O mercado comum, tal como surgiu inicialmente, no contexto europeu, foi na prática uma união aduaneira associada a algumas políticas comuns, como a política comercial comum em relação a países terceiros e a Política Agrícola Comum. A intenção expressa no Tratado de Roma de abolir, entre Estados-Membros, os obstáculos à liberdade de circulação de serviços, pessoas e capitais só vem a concretizar-se com a realização do mercado interno, que elimina definitivamente as fronteiras econômicas internas em 1 de Janeiro de 1993, ou mais completamente com a entrada em circulação do euro (apenas para os Estados-Membros da Zona do Euro) em 1 de Janeiro de 2002. (MARTINS, Vítor. **Dicionário dos Termos Europeus – Mercado Comum**. Carlos Coelho.eu. Disponível em: <http://www.carloscoelho.eu/saber_mais/ver_dicionario.asp?submenu=35&gloss=640>

⁴⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 2006. p. 332.

⁴⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**. Novembro de 2004. p.72.

⁴⁹ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 74.

dos respectivos procedimentos. A Comissão queria um novo processo que levasse a uma efetiva descentralização, mantendo um nível adequado de segurança jurídica e garantindo a aplicação coerente das regras⁵⁰.

O principal meio para alcançar os objetivos almejados pela Comissão era tornar o artigo 101 do TFUE diretamente aplicável, integralmente, introduzindo, assim, o regime de exceção legal⁵¹. Dessa forma, os acordos, associações e práticas concertadas que, mesmo acarretando alguns prejuízos à concorrência, contribuíssem para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, atendendo aos requisitos do art. 101, n. 3, estariam automaticamente autorizados e passariam a produzir seus efeitos, sem necessidade de notificação prévia. O controle, a partir de então, passaria a ser feito *a posteriori*.

A proposta de reforma elaborada pela Comissão foi alvo de críticas por parte da doutrina, principalmente quanto à possível perda de segurança jurídica pelas empresas e ao risco de não haver coerência na aplicação do direito concorrencial pelos Estados-Membros⁵². No entanto, no sistema anterior, devido à numerosa emissão de *comfort letters*, a segurança jurídica das empresas já estava prejudicada, uma vez que tais documentos não tinham caráter vinculativo, não valendo como uma decisão formal. Ademais, “as decisões da Comissão em casos precedentes continuariam a determinar a conduta esperada nas decisões a serem tomadas em instâncias nacionais”⁵³, o que garantiria a coerência do direito aplicado.

A necessidade de reforma no direito concorrencial da União Europeia alcançou também o Regulamento 4.064/89, apesar de sua exitosa aplicação durante dez anos⁵⁴. O Livro Verde, publicado pela Comissão em dezembro de 2001, apresentou as razões para a reforma, bem como propostas à elaboração do novo

⁵⁰ EUROPA. Press realese – A Comissão adopta um Livro Branco que propõe uma reforma fundamental do sistema de aplicação das regras de concorrência comunitárias. Bruxelas, 28 de abril de 1999. Disponível em: <europa.eu/rapid/press-release_IP-99-275_pt.doc>

⁵¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**. Novembro de 2004. p.74.

⁵² JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 74.

⁵³ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Livro Verde**: Relativo à Revisão do Regulamento (CEE) nº4064/89 do Conselho. Bruxelas, 11/12/2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0745pt01.pdf>. Acesso em 02 dez. 2013.

regulamento, tendo em vista as concentrações globais, a união monetária, a integração dos mercados e a necessidade de cooperação com outras jurisdições⁵⁵.

Os principais aspectos a modificar, segundo conclusões do Livro Verde, eram o fato de algumas concentrações ainda ensejarem notificações múltiplas – à Comissão e a Estados-Membros, o conceito de concentração e a sugestão de um procedimento simplificado, consolidado num regulamento de isenção por categoria, objetivando reduzir ainda mais o número de notificações à Comissão de operações não prejudiciais à concorrência⁵⁶.

2.4 Regulamentos nº 1/2003 e nº 139/2004

O Regulamento nº 1/2003 veio para substituir o Regulamento nº 17/62 que, como visto, não atendia mais às necessidades da União Europeia, no campo da proteção concorrencial.

O novo regulamento alterou o controle da concorrência de um sistema de isenção administrativa para um de isenção ou exceção legal, no qual a “existência de pressupostos de isenção da proibição dá ao acordo uma imediata eficácia”⁵⁷. Isso significa dizer que as empresas que desejarem formalizar seus acordos, associações ou práticas concertadas deverão analisar elas próprias se no comportamento pretendido não incidem as proibições do artigo 101, n. 1 e, caso incidam, se o acordo realizado atende aos requisitos de isenção do artigo 101, n. 3⁵⁸. O artigo 101, TFUE passou a ser diretamente aplicável, passando a não mais existir a necessidade de qualquer notificação acerca das condutas realizadas, seja para a Comissão ou para as autoridades nacionais.

⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Livro Verde**: Relativo à Revisão do Regulamento (CEE) nº4064/89 do Conselho. Bruxelas, 11/12/2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0745pt01.pdf>. Acesso em 02 dez. 2013.

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Livro Verde**: Relativo à Revisão do Regulamento (CEE) nº4064/89 do Conselho. Bruxelas, 11/12/2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0745pt01.pdf>. Acesso em 02 dez. 2013

⁵⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 2006. p. 354.

⁵⁸ JAEGER JUNIOR, *loc. cit.*

A aplicação direta da isenção citada acima é a principal alteração introduzida pelo novo regulamento e tem como consequência a alteração na forma de controle dos acordos entre empresas de prévio para *a posteriori*. Ora, é claro que, embora a responsabilidade pelo enquadramento de tais condutas nas regras do TFUE caiba às empresas envolvidas, as autoridades responsáveis fiscalizam as operações realizadas, tanto de ofício como motivadas por denúncias. Assim, pode-se dizer que:

[...] as autoridades europeias de concorrência – incluindo a Comissão – e os Tribunais nacionais passam a ter uma responsabilidade acrescida quanto à vigilância reforçada do respeito das regras de concorrência da UE, assegurando, ao mesmo tempo, a coordenação recíproca da sua ação.⁵⁹

Sobre o controle *a posteriori* e os fatores que possibilitaram essa mudança de paradigma, a lição de Augusto Jaeger Junior:

Atualmente, a existência de uma coleção de precedentes (*corpus di precedent*) autoriza a investida que fez a reforma num controle *ex post*. Para isso contribuíram as decisões, as sentenças e as legislações nacionais *antitrust*, que difundiram toda uma cultura no ambiente comunitário. A mudança ocorrida, assim, foi fruto do desenvolvimento do sistema, da criação de direitos nacionais onde não havia, da influência do comunitário nestes e também da influência destes no comunitário, quando neles os casos inusitados surgiam ou eram tratados em primeiro lugar.⁶⁰

Essa nova forma de controle diminui consideravelmente a carga de trabalho da Comissão, permitindo que ela possa focar sua atuação em casos mais importantes.

Outra importante mudança trazida pelo Regulamento nº 1/2003, que também colaborou para desafogar a Comissão, foi o aumento do “papel das autoridades nacionais de concorrência e dos Tribunais nacionais na aplicação do direito da concorrência da UE, garantindo ao mesmo tempo sua aplicação uniforme e eficaz”⁶¹. A nova regra estabelece competência para aplicação do direito concorrencial (em especial dos artigos 101, n. 1, n. 3 e 102) pelas autoridades dos Estados-Membros em matéria de concorrência e pelos Tribunais nacionais. No entanto, nos casos em que os acordos, associações ou práticas concertadas possam afetar a concorrência entre Estados-Membros, sendo observada a legislação nacional quanto ao artigo

⁵⁹ EUROPA. Aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE (os anteriores artigos 81º e 82º do Tratado da CE). Disponível em: < http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26092_pt.htm>

⁶⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. 2004, um ano de reformas na Comunidade Europeia: A reforma do Regulamento n. 17/1962 pelo de n. 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**. Novembro de 2004. p.72.

⁶¹ EUROPA. Aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE (os anteriores artigos 81º e 82º do Tratado da CE). Disponível em: < http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26092_pt.htm>

101, n. 1 do TFUE, deve ser aplicada também a legislação comunitária, obrigatoriamente, a fim de assegurar a aplicação uniforme e coerente do direito concorrencial europeu. Esta é a disposição do artigo 3º, do Regulamento nº 1/2003:

Artigo 3º

Relação entre os artigos 81 e 82 do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência

1. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na acepção do n. 1 do artigo 81 do Tratado, susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81 do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82 do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82 do Tratado.

2. A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na acepção do n. 3 do artigo 81.o do Tratado, ou que reünam as condições do n. 3 do artigo 81.o do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. Nos termos do presente regulamento, os Estados-Membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba atos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses atos.

3. Sem prejuízo dos princípios gerais e de outras disposições do direito comunitário, os nºs 1 e 2 não se aplicam sempre que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros apliquem a legislação nacional relativa ao controlo das concentrações, nem excluem a aplicação das disposições nacionais que tenham essencialmente um objetivo diferente do dos artigos 81 e 82 do Tratado.⁶²

Todavia, a leitura do artigo acima deixa bastante clara a prevalência do direito comunitário sobre o nacional, em caso de divergências. Não podem as autoridades e Tribunais nacionais, ao aplicar a legislação local a casos que possam afetar o comércio entre Estados-Membros, impedir a realização de acordo entre empresas autorizado pelo TFUE (artigo 101, n. 1 e n. 3, autoaplicável após a edição do Regulamento nº 1/2003). Legislação nacional mais restritiva do que a comunitária só poderá ser aplicada a casos adstritos a seus territórios.

A cooperação entre a Comissão e as autoridades locais também é característica notável do novo regulamento. Os artigos 11 e 12 dispõem sobre a

⁶² UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 1/2003, de 16 de dezembro de 2002.

troca de informações entre autoridades nacionais e a Comissão, o dever de informação das autoridades nacionais à Comissão previamente à conclusão dos casos analisados, bem como o envio, pela Comissão, aos Estados-Membros de cópia dos documentos mais importantes que tenha obtido em suas investigações. Ainda, importante salientar que, a par da cooperação existente entre os órgãos, o início de um processo pela Comissão priva as autoridades nacionais de sua competência para aplicação dos artigos 101 e 102 do TFUE, necessária, no entanto, consulta prévia da Comissão a autoridade em questão se esta já tiver dado início à instrução do mesmo processo.

Quanto aos atos de concentração de empresas, diante da reforma operada no direito concorrencial da UE, o Regulamento nº 139/2004 veio para substituir o Regulamento nº 4.064/1989, aplicado até então.

A normativa anterior baseava-se no princípio de “balcão único”, delegando à Comissão a exclusividade no controle dos atos de concentração com dimensão comunitária e evitando que um mesmo ato fosse notificado a diversas autoridades da UE. Este conceito, de notificação exclusivamente à Comissão, decorre do princípio da subsidiariedade, que está consagrado no artigo 5º do TFUE e dispõe que a União Europeia só será competente para legislar e aplicar o direito comunitário em detrimento dos ordenamentos nacionais, em questões de competência compartilhada, quando estiver em condições de agir de forma mais eficaz que os Estados-Membros⁶³. Segundo Roger Valério Rex⁶⁴, “o princípio da subsidiariedade assegura que as decisões sejam tomadas tão próximo quanto possível dos cidadãos”. Embora reforçando o princípio de balcão único, o novo regulamento prevê que a atuação da Comissão deve se dar em “estreita e constante ligação com as autoridades competentes dos Estados-Membros junto das quais obtém as observações e informações”⁶⁵.

⁶³ O princípio da subsidiariedade está consagrado no art. 5º do TFUE. Assim, a UE só deve intervir, aplicando o direito comunitário, se estiver em condições de agir de forma mais eficaz que os Estados-Membros.

⁶⁴ REX, Valério de V. O Princípio da Subsidiariedade na União Europeia. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFSM**, Santa Maria, v. 7, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7398/0#.UqVF79JDtn0>>. Acesso em 02 dez. 2013.

⁶⁵ EUROPA. Controle das concentrações de empresas. **Europa – síntese da legislação da UE**. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_pt.htm>.

Em seu artigo 3º, o Regulamento define concentração como sendo a fusão de duas ou mais empresas ou a aquisição do controle de uma ou mais empresas por outra empresa ou pessoa que já possua o controle de pelo menos uma empresa.

Artigo 3º

Definição de concentração

1. Realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resulta da:

- a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou
- b) Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo direto ou indireto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.⁶⁶

Determina também, em seu artigo 1º, quais concentrações devem ser objeto de controle – aquelas que têm dimensões comunitárias –, mantendo o critério de volume de negócios realizados.

Artigo 1º

Âmbito de aplicação

1. Sem prejuízo do n. 5 do artigo 4º e do artigo 22, o presente regulamento é aplicável a todas as concentrações de dimensão comunitária definidas no presente artigo.

2. Uma concentração tem dimensão comunitária quando:

- a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5000 milhões de euros; e
- b) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros,

a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

3. Uma concentração que não atinja os limiares estabelecidos no n. 2 tem dimensão comunitária quando:

- a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 2500 milhões de euros;
- b) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros;
- c) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos do disposto na alínea b), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros; e
- d) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

4. Com base em dados estatísticos que poderão ser fornecidos regularmente pelos Estados-Membros, a Comissão deve apresentar um relatório ao Conselho sobre a aplicação dos limiares e critérios referidos nos

⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 139, de 20 de janeiro de 2004.

n. 2 e 3 até 1 de Julho de 2009 e pode apresentar propostas nos termos do n. 5.

5. Na sequência do relatório a que se refere o n. 4, e sob proposta da Comissão, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode rever os limiares e os critérios mencionados no n. 3.⁶⁷

Somente após analisar se o caso notificado trata-se de uma concentração e se possui dimensão comunitária, a Comissão procederá uma “averiguação material da compatibilidade da concentração com o mercado comum, segundo o art. 2º do Regulamento”⁶⁸.

Quanto ao momento da notificação, esta deve ser feita, com exclusividade à Comissão, como já visto, “antes da sua realização e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controle”⁶⁹ A notificação continua, como no Regulamento nº 4.064/1989, obrigatória e deve ser feita pelas empresas interessadas.

O procedimento de controle dos atos de concentração tem início com a notificação das operações, tendo prosseguimento com a instrução e a decisão final⁷⁰, tendo prazo máximo de cinco meses. Na instrução, as empresas interessadas não podem prestar informações inexatas ou insuficientes, caso o façam, poderão sofrer penalidades. Se não houver, dentro do prazo previsto, a prolação de qualquer decisão pela Comissão, se considera que a concentração é compatível com o mercado comum⁷¹.

Em resumo, de acordo com o Regulamento nº 139/2004, “uma concentração não pode ter lugar nem antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum”⁷². A infração a essa regra pode levar à aplicação de multa no valor de dez por cento do contrato ou a não-validação da transação.

⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 139, de 20 de janeiro de 2004.

⁶⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR. 2006, p. 410.

⁶⁹ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 139, de 20 de janeiro de 2004. Artigo 4º, n. 1.

⁷⁰ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 415.

⁷¹ JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p.415.

⁷² JAEGER JUNIOR, *op. cit.*, p. 416.

2.5 Resultados da reforma

A evolução do direito concorrencial da União Europeia, com relação ao controle dos atos de concentração econômica, pode ser resumida em três fases: (i) aplicação, em caráter subsidiário, diante da lacuna normativa existente, dos artigos 101 e 102 do TFUE, com uso do Regulamento 17/62; (ii) regramento pelo Regulamento 4.064/89; (iii) regramento pelo Regulamento 139/2004, após a reforma.

Durante a primeira fase, os atos de concentração econômica eram analisados pela Comissão quando sua execução tivesse potencial para prejudicar a livre concorrência. A fim de obter a isenção prevista no art. 101, n. 3, as empresas interessadas deveriam notificar previamente à Comissão sobre a operação pretendida. A notificação não era obrigatória, mas a obtenção de isenção era bastante vantajosa para as empresas e, por isso, eram muitas as notificações recebidas, analisadas e julgadas pela Comissão.

A edição do Regulamento 4.064/89 tornou obrigatória a notificação prévia dos atos de concentração à Comissão. Em realidade, a notificação poderia ser feita até sete dias após a conclusão do ato, mas este tinha seus efeitos suspensos até a aprovação da Comissão. O regulamento específico sobre concentrações de empresas trouxe, ainda, a definição formal de concentração, esclarecendo quais atos deveriam ser levados às autoridades, com critério de submissão baseado no volume de negócios realizados pelas empresas participantes.

A normativa que acompanhou a reforma no direito concorrencial da União Europeia foi o Regulamento nº 139/2004, vigente atualmente. Não houve, no novo regulamento, alterações muito significativas em relação ao anterior⁷³, conforme visto anteriormente. A notificação das operações de concentração já havia se tornado obrigatória e prévia e esta situação foi mantida.

Uma interessante inovação introduzida pelo Regulamento nº 139/2004, foi a possibilidade de as empresas comunicarem operações de concentração à Comissão, mesmo antes da efetivação destas, ainda na fase de negociações. Essa

⁷³ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 2006. p. 405.

ferramenta é chamada de pré-notificação. É utilizada em dois casos: (i) quando as empresas envolvidas desejam demonstrar à Comissão que, embora a operação que vão realizar tenha caráter transfronteiriço, vai afetar o mercado de apenas um Estado-Membro, devendo o processo de aprovação ser remetido ao Estado em questão; (ii) quando as empresas envolvidas em uma concentração desejam informar à Comissão sobre o caráter transfronteiriço de uma transação que não tenha dimensão comunitária. Nos dois casos, a pré-notificação deve ser feita por memorando fundamentado e, no primeiro caso, a Comissão vai decidir se deve remeter o processo de aprovação ou parte dele para o Estado-Membro afetado.

A pré-notificação é sinal de uma relação de cooperação surgida entre autoridades concorrenciais e empresas. Na lição de Roberto Taufick:

Na Europa, essa relação de cooperação (em oposição a uma relação de enfrentamento) com os administrados tem sido bem sucedida. Lá, as partes são convidadas a, paulatina e sigilosamente, apresentar à Comissão Europeia informações acerca do andamento das negociações de atos de concentração. Esse caminho, que demonstra um inequívoco desenvolvimento institucional, permite não só o ativo monitoramento do mercado pela autoridade concorrential, como franqueia às partes, em contrapartida, a possibilidade de receber frequentes esclarecimentos procedimentais acerca do momento e do modo de formalização da operação junto às autoridades públicas.⁷⁴

O Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 139/2004, publicado pela União Europeia em 2009⁷⁵, analisa os primeiros cinco anos de vigência desta normativa e conclui que são adequadas as regras do Regulamento 139/2004 ao controle dos atos de concentração, no que se refere à divisão dos processos entre Comissão e Estados-Membros, visando atender os princípios do “balcão único” e “da autoridade mais adequada”.

⁷⁴ TAUFICK, Roberto D. **Nova Lei Antitruste Brasileira: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 442.

⁷⁵ Há previsão no art. 1º, n. 4, do Regulamento 139/2004 da publicação de um relatório apresentado pela Comissão ao Conselho sobre a aplicação dos critérios definidos inicialmente na normativa.

3 BRASIL – CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

3.1 Considerações Iniciais

A liberdade econômica ganhou status constitucional no Brasil, pela primeira vez, com a Constituição de 1934, que, no entanto, delimitava seu exercício⁷⁶. Não se entendia, à época, a livre iniciativa em seu sentido tradicional e “a concorrência não deveria ser encarada como direito ilimitado dos agentes econômicos”⁷⁷.

A Constituição de 1937, elaborada em um momento em que o Estado atuava fortemente na economia, protege a iniciativa individual e limita a intervenção do Estado no domínio econômico “apenas para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira e evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”⁷⁸.

Somente em 1945, com a promulgação do Decreto-lei 7.666, mais conhecido como Lei Malaia, houve a regulamentação sistematizada da repressão ao abuso do poder econômico. Segundo Paula Forgioni, “a Lei Malaia disciplina a matéria de forma específica, sistemática, voltando-se de forma firme e direta contra o abuso do poder econômico”⁷⁹. A Lei Malaia criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), mas acabou sendo revogada.

Com a redemocratização, a Constituição de 1946, em seu artigo 148, trouxe o princípio de repressão ao abuso do poder econômico⁸⁰, dispondo que “a lei reprimirá a 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

⁷⁶ Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 98.

⁷⁸ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro de 1937.

⁷⁹ FORGIONI, op. cit., p. 104.

⁸⁰ FORGIONI, op. cit., p. 107.

arbitrariamente os lucros”⁸¹, concedendo à repressão ao abuso de poder econômico status constitucional, embora já fosse prevista no Decreto-lei 7.666, de 1945.

Marco importante na evolução do direito concorrencial brasileiro foi a promulgação, em 1962, da Lei 4.137. O projeto de lei fora proposto por Agamenon Magalhães em 1948 e apresentado novamente em 1955, para apreciação da Câmara dos Deputados. Este diploma legislativo criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que foi idealizado para reprimir toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, incluindo agrupamentos de empresas que visassem a dominação do mercado nacional, eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros⁸². No entanto, o órgão não teve atuação expressiva até o início dos anos noventa⁸³, devido à “conjuntura político-econômica brasileira que inviabilizava sequer um lampejo de defesa da concorrência”^{84 85}.

A Constituição de 1988 adotou a livre concorrência como um princípio da ordem econômica⁸⁶, fazendo com que o CADE passasse a ocupar uma posição mais importante, representada principalmente pela sua transformação em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça (com a edição da Lei 8.884/94) e pela criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que é responsável pela repressão às infrações contra a ordem econômica e pela defesa da livre concorrência. Compõem o SBDC, além do CADE, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

⁸¹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 de setembro de 1946.

⁸² BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 155.

⁸³ BAGNOLI, *loc. cit.*

⁸⁴ BAGNOLI, *loc. cit.*

⁸⁵ “Prova disso é que de 1963 a 1999, a média de julgados por mês no CADE era de 1,4 processos, média que caiu entre 1992 a 1994 para 1 processo. De março de 1994 a março de 1996 a média subiu para 2,3 processos julgados ao mês e, de 1996 a 1999, com o Brasil numa nova realidade e com a Lei nº8.884/94 em vigor e o SBDC atuante, a média mensal subiu para 31,3 processos julgados pelo CADE. Contudo, só em 2000 a média quase dobrou para 55,2 processos”. BAGNOLI, *loc. cit.*

⁸⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- [...]

A condição de entidade autônoma, conferida ao CADE, foi uma inovação da lei brasileira e tinha por objetivo torná-lo independente. Passou a caber a ele a decisão sobre a existência ou não de ilícitos contra a concorrência, a aplicação de multas, a ordem para cessar infrações, entre outras competências. No controle dos atos de concentração econômica, a autarquia desempenha papel de julgador, aprovando ou rejeitando os atos⁸⁷.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) é responsável por instruir as análises dos atos de concentração econômica e também investigar infrações à ordem econômica. A SDE, atualmente, naquilo que diz respeito à defesa da concorrência, foi incorporada pelo CADE⁸⁸.

À Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) cabe auxiliar na instrução dos processos administrativos, podendo manifestar-se nas matérias de sua competência. Ela também ajuda na instrução dos processos de concentração econômica, emitindo pareceres sobre os assuntos.

Importante, ainda salientar, que a defesa da concorrência no Brasil, assim como na União Europeia, estudada anteriormente, pode ser dividida em duas grandes áreas de atuação: i) repressão às condutas anticompetitivas (acordos, associações e abuso de posição dominante), que pode resultar em aplicação de sanções; e ii) controle dos atos de concentração entre agentes econômicos, com caráter preventivo⁸⁹.

3.2 Lei 8.884/94

Como visto, a Lei 8.884/94 criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), alçando o CADE à condição de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e dando início a uma nova fase do direito concorrencial brasileiro, orientado “pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão

⁸⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 2006. p. 611.

⁸⁸ Após a promulgação da Lei 12.529/2011.

⁸⁹ FORGIANI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

ao abuso do poder econômico, tendo a coletividade como titular dos bens por ela [a Lei 8.884/94] protegidos⁹⁰.

A Lei 8.884/94 tratava de prevenção aos abusos do poder econômico, controlando atos de concentração, conforme disposição de seu artigo 54:

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.

Sendo a operação notificada ao CADE, cabia à autarquia analisar se ela limitava ou prejudicava a livre concorrência ou, ainda, se resultava na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

A redação do artigo era bastante abrangente e, embora pertencesse ao CADE a decisão sobre quais atos de concentração poderiam ou não prejudicar a livre concorrência ou levar à dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devendo ser notificados pelas partes requerentes⁹¹, critérios objetivos descritos na lei auxiliavam os entes envolvidos a saber se deveriam ou não notificar a operação. Assim dispunha o § 3º, do artigo 54:

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Dessa forma, ao menos um de dois requisitos devia ser observado para que a notificação fosse exigível: (i) que qualquer das empresas envolvidas ou grupos econômicos de que fizessem parte, mesmo antes do ato de concentração, detivessem vinte por cento de participação em um mercado relevante, ou; (ii) que qualquer das partes ou grupo econômico de que fizesse parte tenha registrado faturamento bruto de quatrocentos milhões de reais.

⁹⁰ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 168.

⁹¹ BAGNOLI, *loc. cit.*

No mesmo parágrafo, constava a definição de atos de concentração para fins de aplicação da referida lei. Incluíam-se nesses atos aqueles que visassem a qualquer forma de concentração econômica, seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário⁹².

Por serem tão amplos os termos da Lei 8.884/94, principalmente nas primeiras décadas de sua vigência, surgiram muitas dúvidas e discussões sobre quais atos de concentração deveriam ser notificados ao CADE. Da leitura do artigo 54, muitos depreendiam que uma operação que não tivesse o potencial de “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, não precisaria ser submetida, obrigatoriamente, à análise das autoridades de defesa da concorrência. Entretanto, foi consolidado pelo CADE o entendimento de que cabia às autoridades concorrenciais a verificação do potencial lesivo à concorrência dos atos de concentração, sendo responsabilidade das empresas notificar todas as operações que se enquadrassem em um dos requisitos do § 3º, do artigo 54⁹³.

Quanto ao momento da notificação dos atos de concentração, o § 4º, do artigo 54 trazia a seguinte instrução:

§ 4º Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae.

Vê-se que a notificação às autoridades poderia se dar previamente à realização do ato ou em até quinze dias após sua consumação, numa mistura de controle preventivo com controle posterior. Esses prazos deviam ser observados sob pena de aplicação de multa pecuniária⁹⁴. Entretanto, dúvidas surgiram na doutrina e nas próprias empresas obrigadas a notificar suas operações sobre o conceito de “realização” do ato.

⁹² ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 274.

⁹³ ANDERS, *op. cit.*, p. 275.

⁹⁴ Artigo 54, § 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

Visando acabar com qualquer dúvida, “após quatro anos de decisões oscilantes que não definiam o conceito de realização dos atos”⁹⁵, o CADE publicou a Resolução nº 15, em 19 de agosto de 1998, a qual, no entanto, não solucionou a questão, permanecendo dúvidas e controvérsias em relação ao ponto.

Em seu artigo 2º, a Resolução nº 15 do CADE informava quando se dava a realização da operação de concentração:

“Art. 2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art.54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

Longe de acabar com as indefinições, o artigo 2º do Regulamento nº 15 manteve as dúvidas existentes quanto ao momento da realização do ato de concentração: Qual seria este primeiro documento vinculativo? Essa falta de clareza levou a uma enxurrada de multas, aplicadas pelo CADE às empresas por intempestividade na notificação das operações⁹⁶.

Vicente Bagnoli critica a atuação do CADE na definição de prazos e do momento correto para notificação pelas empresas, afirmando que ele, “deveria estar mais atento a questões de mérito de operações que podem resultar em efeitos anticoncorrenciais, ao invés de travar enormes discussões para se definir se a operação foi apresentada no décimo quinto ou no décimo sexto dia de sua realização”⁹⁷.

Na visão de Maria Cecília Andrade, a estipulação da Resolução nº 15, além de encerrar a discussão sobre o momento de realização do ato de concentração fomentando outra, acerca de qual seria o primeiro documento vinculativo da operação, trouxe como consequência tornar letra-morta o *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/94, que permitia a apresentação *a posteriori* do ato ou contrato⁹⁸.

Ainda na lição da jurista, tal discussão seria, do ponto de vista teórico, inócua (na prática, ensejava a aplicação de multas por intempestividade nas notificações),

⁹⁵ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 169.

⁹⁶ BAGNOLI, *loc. cit.*

⁹⁷ BAGNOLI, *loc. cit.*

⁹⁸ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de Concentrações de Empresas: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94**. São Paulo: Singular, 2002. p. 309-310.

pois não abordava a questão central, que deveria ser a principal preocupação do legislador concorrencial: o início dos efeitos das operações de concentração no mercado. Para que esse controle fosse possível, seria imprescindível que a notificação da concentração determinasse a suspensão dos efeitos da operação, o que não ocorria no Brasil. Segundo ela, “somente dessa forma, o objetivo do CADE – preservar a estrutura concorrencial do mercado –, ao publicar a mencionada Resolução estaria atingido”⁹⁹.

Dessa forma, é possível afirmar que o controle dos atos de concentração, sob a égide da Lei 8.884/94 se dava majoritariamente *a posteriori*, pois, ainda que fossem comunicadas às autoridades tão logo firmado o primeiro documento vinculativo, as operações podiam produzir efeitos jurídicos sobre o mercado relevante¹⁰⁰ e, ainda, em relação a terceiros, mesmo durante o período de análise da operação pelo CADE.

Quanto à questão do primeiro documento vinculante, o CADE acabou consolidando o entendimento de que seria não apenas a assinatura do contrato, mas também de um simples memorial de entendimento ou carta de intenções¹⁰¹.

O procedimento de notificação dos atos de concentração ao SBDC tinha início na SDE, com a protocolização do formulário, comprovante de pagamento de taxa processual e da documentação necessária para sua apreciação, em três vias. Imediatamente, a SDE distribuía uma cópia do processo para a SEAE e uma para o CADE. A SEAE dispunha de um prazo de trinta dias para a elaboração de parecer técnico, que deveria ser encaminhado à SDE, que tinha igual prazo para manifestar-se. Com essas duas manifestações, o processo era encaminhado para decisão no Plenário do CADE, que deveria se pronunciar em até sessenta dias¹⁰². No entanto, todos esses prazos poderiam ser suspensos até a apresentação de documentos essenciais para a análise do caso, quando solicitados às empresas envolvidas, por

⁹⁹ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de Concentrações de Empresas**: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002. p. 310-311.

¹⁰⁰ ANDRADE, *op. cit.*, p. 311.

¹⁰¹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 344.

¹⁰² Lei 8.884/1994, art. 54, §6º: Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.

qualquer dos três órgãos¹⁰³ o que, na prática, levava a análises com prazos superiores aos cento e vinte dias previstos em lei. Se a decisão não fosse proferida dentro do prazo estipulado para análise e julgamento pelo CADE (sessenta dias), considerar-se-ia a operação de concentração aprovada, nos termos do artigo 54, § 7º¹⁰⁴.

É importante salientar que tanto o parecer da SEAE quanto a manifestação da SDE não possuíam caráter vinculativo, sendo meramente opinativos. Remetidos os documentos ao CADE, eram encaminhados a Conselheiro sorteado para relatar aquele processo, que analisava a operação, podendo votar de maneira completamente diferente daquela sugerida pelas Secretarias.

Levada ao Plenário, o CADE julgava a operação e poderia concluir pela sua aprovação integral, aprovação parcial com compromisso de desempenho, desconstituição parcial, não aprová-la ou ainda entender que ela não se enquadrava no art. 54 da Lei¹⁰⁵.

A autorização ou aprovação integral era concedida àquelas operações de concentração cuja análise concluía pela inexistência dos efeitos nocivos previstos no *caput* do artigo 54, da Lei 8.884/94, não trazendo, portanto, prejuízos à livre concorrência. Apresentando potencial lesivo à concorrência, o CADE verificava se a operação se enquadrava nas exceções previstas no § 1º, do artigo 54, da Lei 8.884/94¹⁰⁶. Caso sim, a decisão era de autorização também, a princípio, integral.

¹⁰³ Lei 8.884/94, art. 54, § 8º: Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.

¹⁰⁴ Lei 8.884/94, art. 54, § 7º: A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

¹⁰⁵ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 172.

¹⁰⁶ § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Se o CADE entendesse que a operação analisada podia trazer prejuízos à concorrência, conforme disposição do art. 54, *caput*, sem, no entanto, atender aos requisitos do § 1º, a decisão seria, a princípio, de denegação do pedido. Todavia, se a operação já tivesse sido realizada ou, por algum motivo, sua desconstituição trouxesse mais prejuízos para terceiros e para o mercado do que a manutenção do ato, o CADE podia fixar compromissos de desempenho, visando atingir os objetivos do § 1º e aprovando parcialmente o ato de concentração.

Nos atos de concentração que pusessem em risco a livre concorrência, não se enquadrando nas excludentes do § 1º, nem fossem beneficiados por qualquer exceção que ensejaria sua aprovação, ainda que parcial, o CADE determinava a desconstituição da operação, cabendo ao Plenário decidir que providências adotar para tanto¹⁰⁷. Se o ato tivesse sido realizado sob condição suspensiva, não haveria maiores dificuldades na sua desconstituição, pois não havia, ainda, produzido efeitos. Entretanto, alerta Maria Cecília Andrade que essa não era a hipótese mais corriqueira¹⁰⁸.

É importante destacar, ainda, duas ferramentas introduzidas pelo CADE em 2002, através da Resolução nº 28, a Medida Cautelar e o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO).

A Medida Cautelar¹⁰⁹ podia ser deferida de ofício pelo Conselheiro-Relator ou mediante requerimento de qualquer dos legitimados. Consistia em medidas adotadas para garantir a reversibilidade da operação de concentração, tais como a

¹⁰⁷ Lei 8.884/94, art. 54, § 9º: Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

¹⁰⁸ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de Concentrações de Empresas: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94**. São Paulo: Singular, 2002. p. 406.

¹⁰⁹ Resolução nº 28, Art. 1º: A medida cautelar poderá ser deferida de ofício, pelo Relator ou pelo Plenário, ou em virtude de requerimento escrito e fundamentado da SEAE, SDE, Procuradoria do CADE ou qualquer legítimo interessado no ato de concentração analisado. Parágrafo único. O CADE poderá, por provocação de qualquer dos membros do Plenário, convocar os representantes legais de empresas que estejam realizando ou tenham realizado ato de concentração que possa ensejar a adoção de medida cautelar prevista nesta resolução, tão logo tenha notícia da operação, para prestar esclarecimentos, ou deles requisitar informações, documentos e manifestações.

manutenção do *status quo* concorrencial anterior à assinatura do contrato, entre outras¹¹⁰.

Por sua vez, o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação¹¹¹ podia ser celebrado até a decisão que concedesse ou não a Medida Cautelar, visando “prevenir mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer nas estruturas do mercado até o julgamento de mérito do ato de concentração, afastando o risco de ineficácia do processo, quando concluído”¹¹². Era celebrado por iniciativa do Conselheiro-Relator ou por requerimento das partes envolvidas.

3.3 Dificuldades enfrentadas com o controle *ex-post*

Como visto anteriormente, embora a Lei 8.884/94 tenha representado um grande avanço ao direito concorrencial brasileiro e maior ainda tenham sido os progressos feitos durante os mais de quinze anos de sua vigência, grandes eram, também, as dificuldades enfrentadas pelo CADE a fim de proporcionar um controle adequado dos atos de concentração, bem como pelas empresas que precisassem obter autorização para efetivação de seus contratos, sob a égide daquela lei.

Um dos principais problemas enfrentados por todos os agentes envolvidos era o grande número de notificações apresentadas, fazendo com que a autarquia despendesse grande quantidade de tempo e de recursos na análise de casos que não apresentavam riscos à liberdade de concorrência e obrigando empresas a se submeterem a um processo demorado e dispendioso mesmo quando suas fusões e aquisições não apresentavam potencial antitruste. Isso ocorria porque os critérios de

¹¹⁰ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 173.

¹¹¹ Resolução nº 28, Art. 8º. Até a decisão que conceder ou indeferir a medida cautelar, poderá ser celebrado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO).

§ 1º O acordo acima referido, que possui supedâneo legal nos artigos 55 e 83 da Lei 8884/94 e nos artigos 5º e 6º da Lei 7347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar as condições de mercado, prevenindo as mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer na sua estrutura até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do processo.

Art. 9º O APRO poderá ser celebrado por iniciativa do Conselheiro-Relator ou por requerimento das partes envolvidas no ato de concentração.

¹¹² BAGNOLI, *loc. cit.*

subsunção eram inadequados a seu propósito de filtrar os atos de concentração com grande potencial anticoncorrencial e acabavam submetendo tantos outros, concorrencialmente insignificantes, à análise do CADE.

A aplicação dos critérios previstos no artigo 54 da Lei 8.884/94 a pelo menos um dos participantes da operação era alvo de grandes críticas, pois acabava por submeter à análise concorrencial, por exemplo, uma operação de aquisição de ações em que o grupo comprador tivesse faturamento irrelevante ou inexistente no país apenas porque o grupo vendedor tinha faturamento que atingia o estabelecido em lei.

Essa prática levou à submissão ao SBDC de um número bastante elevado de operações de concentração, nos últimos anos de vigência da lei. Segundo relatórios anuais do CADE, “em 2008 e 2009 foram analisados 1112 atos de concentração, sendo que 987 atos foram aprovados sem quaisquer restrições, 77 atos foram aprovados com algumas restrições, 29 atos não foram conhecidos e 2 atos foram reprovados”¹¹³. Estes números não deixam dúvidas acerca da grande quantidade de análises desnecessárias perpetradas pelo órgão anualmente.

A fragmentação da estrutura então vigente, dividida em SDE, SEAE e CADE, bem como a carência de recursos materiais e humanos também era apontada como causa da ineficiência do SBDC.

A análise dos processos de autorização de atos de concentração passava pelos três órgãos, aumentando custos para o requerente e levando, muitas vezes, a retrabalho. Além disso, não só a demora na decisão (que levava em média dois anos), mas também as diferenças nas opiniões dos diversos órgãos envolvidos durante a análise processual, levavam a uma grande insegurança jurídica, por parte do requerente¹¹⁴.

Adriana Franco Gianinni destaca, ainda, as dificuldades enfrentadas devido à imprecisão de alguns termos da lei, que podiam gerar dúvida quanto à tempestividade da notificação, como a discussão sobre qual seria o momento de realização do ato (que deveria ser notificado antes ou até quinze dias após esta

¹¹³ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 277.

¹¹⁴ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 169.

data). Essa dúvida, além de levar insegurança jurídica às partes envolvidas, fazia com que o SBDC dedicasse valioso tempo e recursos em discussões administrativas e judiciais acerca da intempestividade de notificações apresentadas¹¹⁵.

Por fim, a maior dificuldade enfrentada na aplicação do sistema de controle dos atos de concentração disciplinado pela Lei 8.884/94 era o efetivo controle das operações, notificadas *a posteriori*.

Aquele sistema permitia que as operações de concentração produzissem efeitos jurídicos e econômicos mesmo antes da notificação ao CADE e também durante o período de análise. A simples notificação de um ato de concentração não levava à suspensão de seus efeitos, o que só aconteceria se as partes requerentes optassem por condicionar a operação a uma condição suspensiva. Dessa forma, em geral, quando os atos eram apresentados ao CADE para análise, já estavam produzindo efeitos jurídicos sobre o mercado relevante e também em relação a terceiros¹¹⁶.

Uma das consequências dessa regra era a pouca colaboração das empresas na prestação de informações e atendimento das solicitações do órgão, uma vez que suas fusões/aquisições já estavam operando. Outra era o grande número de ações judiciais contestando decisões do CADE que proibiam ou restringiam determinada operação. Novamente, com seu ato de concentração já produzindo efeitos, as empresas preferiam enfrentar longas batalhas judiciais a fazer acordos com as autoridades¹¹⁷.

Dessa forma, o regime do SBDC, que é preventivo nas concentrações econômicas, e repressivo nas infrações contra a ordem econômica, se mostrava ineficiente em relação às primeiras¹¹⁸.

¹¹⁵ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Método, 2013. p. 273.

¹¹⁶ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de Concentrações de Empresas: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94.** São Paulo: Singular, 2002. p. 309.

¹¹⁷ Vide o caso da compra da Garoto pela Nestlé, vetada pelo CADE, que, embora tramite no judiciário há dez anos, ainda pendente de decisão, produz efeitos jurídicos e de mercado. BALIARDO, Rafael. Nossas decisões buscam qualidade para o consumidor. **Consultor Jurídico.** Brasília, 28/10/2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-out-28/entrevista-vinicius-marques-carvalho-presidente-cade>>

¹¹⁸ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de Concentrações de Empresas: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94.** São Paulo: Singular, 2002. p. 310.

3.4 Lei 12.529/2011

A Lei 12.529/2011, com vigência a partir de 02 de junho de 2012 substituiu a Lei 8.884/94 no regramento da concorrência, no Brasil. A nova lei não fez profundas alterações no direito material, mas trouxe inovações importantes ao SBDC, visando aprimorar o direito concorrencial brasileiro.

O artigo 36 da nova lei concorrencial caracteriza os atos considerados contrários à ordem econômica:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
 I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
 II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
 III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
 IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Assim como na União Europeia, salienta Paula Forgioni, que “a disciplina das concentrações [no Brasil] não pode ser encarada de forma dissociada da política econômica, o que faz com que seu controle assuma, também, caráter instrumental”¹¹⁹. Em verdade, o sistema brasileiro é classificado como híbrido, já que caracteriza o ilícito pelo objeto ou efeito das práticas, como o europeu, mas se distancia dessa tradição quanto à tipificação dos atos. Isso significa que basta que o ato (seja acordo, abuso ou concentração) determine a incidência do artigo 36, *caput*, para ser considerado contrário à ordem econômica¹²⁰.

No *caput* do artigo 88, que inicia a disciplina sobre controle das operações de concentração, a Lei 12.529/2011, de forma mais simples e direta que a anterior, prevê que deverão ser submetidos à análise do CADE os “atos de concentração econômica”¹²¹ que se enquadrem nos dois requisitos previstos:

¹¹⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 418.

¹²⁰ FORGIONI, *op. cit.*, p. 131.

¹²¹ A Lei 12.529, em seu artigo 90, especifica o que são considerados “atos de concentração”, para os efeitos da aplicação da lei:

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;

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).

Como se pode ver na leitura do artigo acima, uma das inovações da nova lei da concorrência foi a eliminação do critério de participação no mercado para submissão dos atos de concentração ao CADE. O novo critério estabelece como parâmetro apenas o valor de faturamento ou volume de negócios de duas envolvidas¹²², devendo ser observado concomitantemente. O Relator do Projeto de Lei que deu origem à Lei 12.529/2011, Deputado Ciro Gomes, em parecer, explicou a importância de se usar o faturamento das duas envolvidas como parâmetro:

Nas regras relativas ao critério de notificação de atos de concentração, temos algumas observações. A introdução de uma “segunda trava” com critério de faturamento de R\$30 milhões para a outra requerente constitui inovação importante, [...] 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 notificadas¹²³.

Destarte, o objetivo do legislador ao tornar o critério mais seletivo foi tentar evitar que negócios jurídicos irrelevantes sob o ponto de vista concorrencial, que seriam notificados devido ao faturamento de apenas uma das partes envolvidas, sejam levados à apreciação das autoridades¹²⁴. Diminuindo o número de notificações de operações sem potencial para gerar danos à concorrência, o CADE teria a possibilidade de dedicar-se aos atos com real potencial lesivo. Nas palavras de Adriana Franco Giannini:

Com essa inovação, percebe-se que o legislador pretendeu simplificar o critério de submissão de atos e torná-lo mais seletivo, determinando que

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.

¹²² Tratando-se de contrato multilateral, o fato de, pelo menos, duas empresas interessadas atenderem ao requisito do artigo 88, torna obrigatória a notificação do ato.

¹²³ BRASIL. Projeto de Lei 3.937/2004 - Exposição de Motivos. Relator: Deputado Ciro Gomes.

Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=Tramita
cao-PRL+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=Tramita%20cao-PRL+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004)>

¹²⁴ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 198.

sua aplicação seja cumulativa às partes da operação, em uma tentativa de capturar à apreciação das autoridades atos que, diante da magnitude dos negócios das partes envolvidas, tenham efetivamente potencial de gerar efeitos sobre a concorrência e que sejam, portanto, de interesse para o controle de operações do CADE¹²⁵.

Um dos temas que mais gerou controvérsia entre os congressistas, as autoridades de defesa da concorrência e a sociedade civil, durante a elaboração da Lei 12.529 e o seu trâmite no Congresso Nacional, foi a definição dos valores para os critérios de sujeição de operações de concentração ao SBDC. Essa discussão atingiu importância ainda maior após o Senado Federal propor emenda aumentando os valores dos parâmetros de R\$ 400 milhões para R\$ 1 bilhão e de R\$ 30 milhões para R\$ 40 milhões.

Argumentos contrários surgiram a essa alteração nos critérios. Uma das alegações foi que, havendo na economia brasileira setores em que nenhuma empresa ou grupo econômico tinha faturamento anual superior a R\$ 1 bilhão, utilizar os valores propostos pelo Senado equivaleria a fornecer a esses setores uma verdadeira “isenção antitruste”, pois neles deixaria de existir o controle de estruturas exercido pelo CADE. Ainda, foi demonstrado através de uma análise retrospectiva, que qualquer dos atos que tenha demandado a imposição de restrições, sob a égide da Lei 8.884/94, utilizando o critério de R\$ 400 milhões, não teria sido sequer notificado, se o parâmetro fosse R\$ 1 bilhão¹²⁶.

No mesmo sentido, Eduardo Caminati Anders cita a existência de precedentes na jurisprudência do CADE de atos de concentração que foram reprovados (nos setores da saúde e construção civil¹²⁷), mas que, se valessem os critérios de submissão pretendidos pelo Senado Federal, sequer teriam sido submetidos à análise do CADE¹²⁸.

Assim, mesmo com a defesa daqueles que acreditavam que valores mais altos, como os propostos pelo Senado Federal, seriam mais eficientes para limitar o

¹²⁵ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 276.

¹²⁶ TAUFICK, Roberto D. **Nova Lei Antitruste Brasileira**: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 419.

¹²⁷ Ato de Concentração 08012.008853/2008-28, em que são requerentes Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e a Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda., julgado em 22 de julho de 2009; e Ato de Concentração 08012.002467/2008-22, em que são requerentes Cimento Tupi S/A e a Polimix Concreto Ltda., julgado em 08 de outubro de 2010.

¹²⁸ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 198.

número de atos irrelevantes, sob o aspecto concorrencial, notificados para apreciação do CADE, os valores já aprovados pela Câmara dos Deputados acabaram permanecendo.

No entanto, o próprio texto da lei traz previsão para alteração desses valores, conforme se vê no § 1º do artigo 88:

§ 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.

Com base nesse dispositivo, através da Portaria Ministerial 994/2010, publicada no Diário Oficial da União em 31 de maio de 2012, a notificação ao CADE dos atos de concentração passou a ser obrigatória para operações que envolvam, de um lado, empresas ou grupos econômicos com faturamento de R\$ 750 milhões por ano e, de outro, R\$ 75 milhões. Estes são os valores válidos para aplicação do artigo 88 da Lei 12.529/2012, atualmente. A Portaria Ministerial alterou os critérios previstos na lei, exaustivamente discutidos com diversos setores da sociedade, apenas um dia após o início de sua vigência, contrariando previsão feita por Eduardo Caminato Anders, o qual, antes da entrada em vigor da Lei 12.529, acreditava que:

[...] diante de tantas e profundas mudanças no sistema de análise de atos de concentração não se espera que o CADE provoque a alteração dos índices de jurisdição em curto prazo. A expectativa é de que os novos critérios sejam bem testados antes de se cogitar alterá-los. Aliás, essa seria a postura racional a se adotar¹²⁹

Esta alteração dos parâmetros para subsunção de ato de concentração ao CADE foi vista pela doutrina especializada com desconfiança e grande pesar. Alguns autores entenderam tratar-se de manobra política para beneficiar determinadas empresas¹³⁰. O presidente interino do CADE, Olavo Chinaglia, entretanto, se mostrava otimista: “Isso não afetará a aplicação da lei de defesa

¹²⁹ ANDERS, Eduardo C. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 199.

¹³⁰ ROSA, Christian F. G. **O descontrole da Concentração Empresarial**. Senado na Mídia. Brasília, 02 jul. 2013. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=851011&t=1>>

concorrencial. Certamente, vão deixar de ser analisados os casos sem potencial anticompetitivo”¹³¹.

Em relação à análise de adequação das operações de concentração às normas concorrenciais, não houve mudanças significativas nas disposições da nova lei, em comparação com a antiga. O artigo 88 da Lei 12.529/2011 mantém a possibilidade, já existente na Lei 8.884/94, de autorização, pelo CADE, de operações de concentração que, mesmo impondo prejuízos à livre concorrência ou implicando em domínio de mercado ou reforço de posição dominante, tragam benefícios que superem os prejuízos concorrenciais. Dispõem, nesse sentido, os §§ 5º e 6º, do artigo 88:

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

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

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
 - b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
 - c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e
- II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.¹³²

Logo, ainda que tragam prejuízos à concorrência ou impliquem em criação ou reforço de posição dominante, ou mesmo domínio de mercado, “as práticas concentracionistas podem ser realizadas, desde que os benefícios trazidos superem os prejuízos concorrenciais”¹³³. Para emitir essa autorização, o CADE deverá ponderar, considerando os prejuízos concorrenciais imputados pela operação, mas também seus aspectos positivos para a economia e a sociedade. Estes benefícios estão listados no § 6º, devendo ser decorrência da operação o atingimento de pelo menos um de três objetivos: (i) aumento da produtividade ou competitividade; (ii) a melhora da qualidade de bens ou serviços, ou; (iii) uma maior eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Quaisquer que sejam os benefícios

¹³¹ RESENDE, Thiago. Notificações ao CADE devem cair até 30% com nova Lei, estima interino. **Valor Econômico**. Publicado em 29 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/2681384/notificacoes-ao-cade-devem-cair-ate-30-com-nova-lei-estima-interino>>

¹³² BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

¹³³ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 418.

obtidos da operação, tornou-se obrigatório, com a nova lei, o repasse de parte relevante dos mesmos aos consumidores.

Pode-se afirmar que o controle dos atos de concentração sob a égide da Lei 12.529/2011 é majoritariamente prévio e esta é outra grande inovação em relação à Lei 8.884/94. De acordo com a disposição do § 2º do artigo 88:

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

A operação de concentração que, pendente de autorização, for efetivada, implicando domínio de mercado, abuso de posição dominante ou prejuízo à concorrência pode configurar infração à ordem econômica. Nesse caso, haverá a incidência do artigo 36, *caput*, de modo que se fará necessária a abertura de processo para sua investigação¹³⁴. No entendimento de Paula Forgioni, “sem a autorização o ato não pode licitamente produzir sua eficácia plena. A Lei lhe impõe cláusula suspensiva tácita, nos termos do art. 125¹³⁵ do Código Civil”¹³⁶.

A Lei dispõe expressamente sobre a proibição de consumação dos atos antes da autorização das autoridades, prevendo multas em caso de descumprimento. Nesse sentido, os §§ 3º e 4º do artigo 88:

§ 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.

Os dispositivos citados estipulam não só a proibição das partes em consumarem qualquer ato visando à consecução do acordo firmado entre elas antes da aprovação do CADE, mas também a obrigação de manter as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, não realizando qualquer ato que possa

¹³⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 418.

¹³⁵ Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

¹³⁶ FORGIONI, *loc. cit.*

levar a alterações de condições comerciais. A inobservância do § 3º enseja a abertura de processo administrativo por infração à ordem econômica e poderá resultar em sanções. Também o descumprimento do § 4º pode levar à aplicação de multa pecuniária. A implementação das condições negociais, pelas partes contratantes, só pode ocorrer após aprovada a operação pelo Superintendente ou pelo Tribunal do CADE¹³⁷.

Assim, parte da doutrina entende que os atos porventura concretizados em desconformidade com esses preceitos serão considerados nulos, incapazes, portanto, de operar efeitos jurídicos¹³⁸. De outra parte, há autores que entendem tratar-se de caso de anulabilidade, pois caberá ao CADE, após consumado irregularmente o negócio, decidir se a separação dos ativos é socialmente desejável, dado o estágio da operação. Essa ponderação em busca da solução socialmente mais benéfica é exatamente o que o CADE já fazia pelo sistema anterior, de análise *a posteriori* da Lei 8.884/94. Na opinião de Roberto Domingos Taufick, “agir de outra forma seria cometer arbitrariedade¹³⁹”.

Ainda, a opção terminológica empregada foi questionada pela doutrina. O que seria consumação do ato? Que atitudes tomadas pelas empresas levariam à consumação do ato e estariam, portanto, proibidas até a aprovação final da operação? Eduardo Caminati Anders acredita que seria a assinatura do contrato, mas sugere a publicação de uma resolução pelo CADE, a fim de esclarecer esta questão terminológica¹⁴⁰, evitando que a interpretação do texto da lei resulte em ônus aos administrados, gerando insegurança jurídica e expondo as empresas às sanções previstas no dispositivo. E, ainda, evitando que as discussões sobre o momento de consumação do ato de concentração ocupem lugar de destaque no

¹³⁷ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 282.

¹³⁸ Nesse sentido, Adriana Franco Giannini: “Tais atos implementados em inobservância dos preceitos ora aduzidos serão considerados nulos, portanto incapazes de operar qualquer efeito jurídico [...]” ANDERS, Eduardo C. *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 282.

¹³⁹ TAUFICK, Roberto D. **Nova Lei Antitruste Brasileira**: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 440.

¹⁴⁰ ANDERS, Eduardo C. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 213.

novo sistema, no qual certamente existirão questões mais importantes a exigir atenção, tempo e dedicação¹⁴¹.

Para tanto, ainda segundo Anders, “é importante que o CADE tenha como norte a ideia de que a sua aprovação, na vigência da Lei 12.529/2011, passa a ser uma condição suspensiva à realização do ato de concentração”¹⁴².

Embora prevendo o controle dos atos de concentração como majoritariamente prévio, a nova lei traz uma exceção à regra do § 2º do art. 88. Ela vem contida no § 7º do mesmo dispositivo:

§ 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.

Trata-se de mais uma inovação da Lei 12.529/2011, prevendo que, mesmo um ato de concentração que não se enquadre nos requisitos para submissão às autoridades concorrenciais (art. 88, *caput*), possa, em até um ano contado da data de consumação, receber um requerimento do CADE para submeter a operação à sua apreciação. A justificativa para tal disposição estaria no fato que operações de menor porte, envolvendo empresas ou grupos econômicos com faturamento anual pequeno, também poderiam gerar impacto negativo na concorrência. A regra do § 7º, aventando a possibilidade de análise de atos envolvendo essas empresas, é uma maneira de oportunizar o controle de um maior número de operações, se necessário for, sem sobrecarregar demasiadamente as autoridades concorrenciais¹⁴³.

Em seu parecer, o Relator do projeto que deu origem à Lei 12.529/2011, Deputado Ciro Gomes, esclareceu os motivos dessa “válvula de escape”:

Há uma salvaguarda importante, que mantivemos no Substitutivo, que faculta ao CADE, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nos critérios de faturamento. Este dispositivo cumpre um papel

¹⁴¹ Anders explica que a violação ao dever de aguardar a aprovação da autoridade antitruste para realizar o negócio jurídico é chamada nos Estados Unidos da América de “*gun jumping*”, o que equivaleria, em português, a “queimar a largada”. Afirma que “apesar de parecer uma questão formal, o cerne da regra de não “queimar a largada” e avançar na realização do negócio jurídico antes da aprovação do CADE é justamente saber onde está a “linha da largada””.

¹⁴² ANDERS, Eduardo C. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 213.

¹⁴³ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 284-285.

importante no sentido de viabilizar uma exigência mais parcimoniosa de submissões. Em tese, apesar de o poder de mercado estar usualmente associado positivamente com o tamanho da empresa, tal correlação não é perfeita. Toda fusão pode gerar um efeito anticompetitivo, mesmo com faturamentos pequenos, dado que os mercados relevantes podem ser regionais ou locais. A obrigação de notificar, no entanto, não pode ser para todas as fusões sob pena de sobrecarregar em demasia a autoridade antitruste. Daí a existência de parâmetros de faturamento tal como discutido nos parágrafos anteriores. A solicitação de submissão de atos fora do enquadramento preencheria esta lacuna de atos praticados por empresas menores, mais ainda sim com efeitos relevantes sobre a concorrência¹⁴⁴.

Ainda que se concorde com os argumentos levantados, e também que se aceite aqueles relacionados à supremacia do interesse público, que poderiam ser utilizados pelo CADE como justificativa para essa exceção, a validade dessa requisição, com a eventual imposição de restrições e ônus substanciais aos administrados seria bastante questionável, na medida que tais restrições atingiriam atos já consumados e que, à época de sua realização, não se enquadravam nos requisitos de submissão do *caput* do artigo¹⁴⁵.

Também questiona a doutrina se o dispositivo não violaria o princípio da segurança jurídica, ou mesmo o princípio constitucional da livre iniciativa, por criar tamanha incerteza, permitindo que, após um ano de sua conclusão, o CADE pudesse questionar e, até mesmo, desconstituir o ato. Entende, ainda, Adriana Franco Gianinni que o texto legal levaria à “possível violação ao art. 5º, xxxvi da Constituição Federal, que dispõe que a ‘lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’”¹⁴⁶.

De acordo com o § 2º, já visto, o prazo para análise, pelas autoridades concorrenciais, das notificações protocoladas pelas empresas será de duzentos e quarenta dias. No entanto, prevê o § 9º que este prazo poderá ser dilatado:

§ 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

¹⁴⁴ BRASIL. Projeto de Lei 3.937/2004 - Exposição de Motivos. Relator: Deputado Ciro Gomes.

Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=Tramita
cao-PRL+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=Tramita%20cao-PRL+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004)>.

¹⁴⁵ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 285.

¹⁴⁶ ANDERS, *loc. cit.*

prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

A primeira hipótese de prorrogação do prazo para decisão do CADE é através de pedido das partes envolvidas na operação, podendo ser concedidos até sessenta dias a mais. Trata-se de direito subjetivo dos requerentes, não sujeito à discricionariedade das autoridades concorrenciais, bastando para sua concessão o simples requerimento¹⁴⁷.

Por sua vez, a segunda hipótese de prorrogação do prazo de 240 dias, por até 90 dias, encontra-se prevista no inciso II do § 2º do artigo 88. Nesta hipótese, ao contrário do que prevê a Lei 12.529/2011 para os casos do inciso I, requer-se que a decisão do Tribunal traga a devida fundamentação, especificando as razões para a extensão do prazo. Adriana Franco Gianinni entende que o CADE deveria publicar resolução prevendo as hipóteses em que a dilação de prazo do inciso II restaria justificada, aumentando, assim, a segurança jurídica com relação ao prazo da aprovação prévia e evitando que a prorrogação por parte do CADE se tornasse praxe. Como exemplo, ela sugere a prorrogação de prazo quando houver necessidade de complementação de informações por parte das empresas interessadas, solicitada pelas autoridades concorrenciais ao longo da instrução, já que não há mais suspensão do prazo quando da expedição de tais ofícios, como havia na lei anterior¹⁴⁸.

Ainda sobre os prazos para análise das notificações de concentrações, questão de suma importância para o sucesso do novo sistema concorrencial implementado pela Lei 12.529/2011, Eduardo Caminati Anders afirma que “a expectativa das autoridades é de conseguir analisar os atos de concentração de menor complexidade, que representam mais de 70% dos atos, em um prazo de até 30 dias”, o qual estaria em consonância com os prazos praticados pelas autoridades da União Europeia e dos Estados Unidos da América¹⁴⁹.

¹⁴⁷ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 287-288.

¹⁴⁸ ANDERS, *loc. cit.*

¹⁴⁹ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 211.

A suspensão do prazo de tramitação dos processos de autorização das operações de concentração só encontra uma previsão no texto legal. O artigo 63 faz remissão ao artigo 6º, § 5º:

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

Art. 6º, § 5º Se, nas hipóteses previstas no § 4º deste artigo, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Tribunal ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no § 1º do art. 9º desta Lei, considerar-se-ão automaticamente suspensos os prazos previstos nesta Lei, e suspensa a tramitação de processos, continuando-se a contagem imediatamente após a recomposição do quorum.

Assim, vale a regra de não suspensão ou interrupção dos prazos, ressalvada a exceção de, por encerramento de mandato dos Conselheiros, ficar o número destes reduzidos a menos de quatro membros¹⁵⁰, impossibilitando a tomada de decisões. Ao ser recomposto o quorum, continua-se com a contagem de prazos.

O controle dos atos de concentração econômica é realizado por meio de processo administrativo, disciplinado no artigo 53 e seguintes, da Lei 12.529/2011. Tem início no CADE com o protocolo da notificação e demais documentos, é composto de uma fase de instrução e, após, pode ser decidido pela Superintendência do CADE ou pelo Tribunal do CADE.

O artigo 54 traz a previsão de procedimento sumário, que pode ser empregado quando o processo dispensar novas diligências. A Resolução nº 2 /2012 estabelece tal procedimento, a ser aplicado “aos casos que, em virtude da simplicidade das operações, tenham menor potencial ofensivo à concorrência¹⁵¹”, conforme decisão da Superintendência-Geral do CADE. Quando for necessário ampliar a instrução, a Superintendência-Geral determinará as diligências necessárias.

Concluídas as instruções complementares, a Superintendência proferirá decisão aprovando o ato sem restrições ou, se entender que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto a seus efeitos no mercado, oferecerá impugnação ao Tribunal. A

¹⁵⁰ Art. 9º, § 1º As decisões do Tribunal serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o quorum de deliberação mínimo de 3 (três) membros.

¹⁵¹ Resolução do CADE nº 2, de 20 de maio de 2012, Art. 6º.

Superintendência-Geral, portanto, só é competente para emitir decisão de aprovação do ato, não tendo competência para negar aprovação nem mesmo impor restrições.

No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica pelo Tribunal do CADE, três decisões são possíveis: (i) aprovação integral; (ii) rejeição ou; (iii) aprovação parcial com condições para a validade e eficácia do ato. Na terceira hipótese, o Tribunal determinará as restrições cabíveis. O processo julgado pelo Tribunal não poderá ser apresentado novamente nem revisto no Poder Executivo. Poderá, entretanto, a decisão do CADE ser revista pelo Poder Judiciário.

Por fim, o artigo 64 do projeto de lei, vetado pela Presidência da República, dispunha que “o descumprimento dos prazos previstos nesta Lei implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica”. Nas razões apresentadas para justificar o veto, a Presidência alegou que:

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

A decisão de vetar o artigo visto como garantia de que as decisões do CADE seriam prolatadas dentro do prazo previsto foi muito criticada pela doutrina.

Já as autoridades, embora defendessem a importância do veto, asseguraram que a aprovação tácita por decurso global seria mantida¹⁵², mesmo que por resolução¹⁵³. Na opinião de Eduardo Caminati Anders:

Independentemente das diferentes visões sobre o veto ao art. 64, claro está que um dos principais pilares do sistema de análise prévia de atos de concentração é a regra de aprovação tácita por decurso de prazo de análise por parte da autoridade antitruste. Assim, a necessária segurança jurídica comente estará resguardada se e quando tal regra vier a ser prevista em Lei.¹⁵⁴

¹⁵² Nesse sentido, o Parecer da Procuradoria do CADE 17/2012, ao afirmar que “a análise sistemática de diversos dispositivos da Lei 12.529/2011 demonstra que existem prazos peremptórios para a análise pelo CADE e indica que a ausência de pronunciamento definitivo do CADE implica reconhecer o direito das partes requerentes de implementar a operação apresentada.”

¹⁵³ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013. p. 218.

¹⁵⁴ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 167.

Fato é que a maior ameaça ao sucesso do controle prévio dos atos de concentração é a possibilidade de demora nas decisões do CADE, prejudicando as empresas partes das operações submetidas à análise. O artigo 64 teria sido uma eficiente medida para prevenir eventuais atrasos.

3.5 Momento atual do Direito Concorrencial no Brasil

Como visto, a Lei 8.884/94 teve grande importância na consolidação da defesa da concorrência no Brasil, a despeito de suas falhas.

A Lei 12.529/2011, que a sucedeu, foi pensada para minimizar as dificuldades enfrentadas na aplicação da lei anterior, introduzindo, entre outras, relevantes mudanças na disciplina do controle dos atos de concentração, tendo especial relevância a adoção do controle prévio das operações.

Com a publicação da nova lei, o Brasil deixou de ser um dos três únicos países do mundo, ao lado de Paquistão e Egito, a utilizar o controle posterior dos atos de concentração econômica. Com a implementação do controle prévio, passou a alinhar-se com os sistemas adotados pelas organizações antitruste mais experientes e respeitadas no mundo: a Federal Trade Commission, nos Estados Unidos da América; e a Diretoria Geral da Concorrência, da Comissão Europeia, na União Europeia.¹⁵⁵

O aspecto mais importante do controle prévio está em impedir que as operações se consumem e passem a operar efeitos jurídicos e no mercado antes da análise e aprovação do CADE. Dessa maneira, a atuação do órgão passa a ser realmente preventiva e muito mais eficiente. Sobre o tema, assim se pronunciou o Deputado Ciro Gomes, na exposição de motivos do Substitutivo da nova lei:

A introdução do regime de exame prévio dos atos de concentração constitui uma das principais alterações da Lei. A reversão de operações já realizadas pode ser excessivamente custosa pois, após um certo tempo, as fronteiras entre duas ou mais empresas fundidas tendem a deixar de ser claras. Há o risco, no entanto, de o exame prévio implicar atrasos excessivos na

¹⁵⁵ ANDERS, Eduardo C. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 208.

liberação para a operação prosseguir, o que foi preocupação esboçada nas audiências públicas como o risco de o “Brasil parar o mundo”.¹⁵⁶

No parecer, o deputado expressa uma das grandes preocupações em relação ao controle prévio dos atos de concentração: a possibilidade de grandes atrasos na tomada de decisões pelo CADE. A fim de minimizar esse risco, o próprio dispositivo legal adotou providências no sentido de (i) reduzir o número de operações que terão a obrigação legal de notificação ao CADE, estabelecendo critérios mais restritivos para a submissão; (ii) simplificar os procedimentos de análise e; (iii) fixar rigidamente os prazos para apreciação dos processos, prevendo apenas uma possibilidade de prorrogação pela administração, que deverá ser fundamentada e aprovada pelo Tribunal do CADE.

O artigo 88 da Lei 12.529, ao prever como critério de subsunção do ato de concentração às autoridades concorrenciais o faturamento bruto anual de duas empresas ou grupos participantes, no lugar do faturamento de apenas uma, como disposto pela lei anterior, leva a uma redução no número de operações de concentração que devem ser submetidas ao CADE. Com menos pleitos para instruir e analisar, mais célere se torna o processo de decisão. Além disso, a criação de uma “segunda trava” otimiza a triagem, fazendo com que operações irrelevantes do ponto de vista concorrencial não sejam submetidas ao CADE, poupando tempo e recursos da autarquia, sem prejuízo à defesa da concorrência.

Na análise de Roberto Domingos Taufick, “a estipulação de prazos preclusivos e da previsão de não interrupção ou suspensão do art. 63 foi o principal mecanismo criado pelo legislador para evitar que a análise prévia incrementasse o risco Brasil”¹⁵⁷.

A exclusão do critério de participação de mercado, que figurava entre os requisitos para subsunção dos atos ao CADE, na Lei 8.884/94, acompanha padrões aplicados em jurisdições mais maduras, tal como a União Europeia, que se utiliza de

¹⁵⁶ BRASIL. Projeto de Lei 3.937/2004 - Exposição de Motivos. Relator: Deputado Ciro Gomes. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=Tramitacao-PRL+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004>

¹⁵⁷ TAUFICK, Roberto D. **Nova Lei Antitruste Brasileira: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 428.

critérios de subsunção objetivos, baseados no faturamento, valor de ativos e valor de vendas dos participantes¹⁵⁸.

Por sua vez, o aumento dos valores previstos no artigo 88 de R\$400 milhões para R\$750 milhões e de R\$40 milhões para R\$75 milhões, não encontra consenso entre os especialistas. Por um lado, as autoridades concorrenciais entendem que o aumento dos valores veio para aprimorar a seleção dos atos de concentração a serem submetidos à avaliação¹⁵⁹. Já a doutrina entende que valores tão elevados de faturamento excluiriam setores inteiros da economia, tornando esses agentes imunes às regras concorrenciais. Somente com a aplicação da lei e a observação do mercado será possível chegar a conclusões definitivas.

Na vigência da Lei 8.884/94, o procedimento de análise e julgamento das operações notificadas acontecia em três órgãos diferentes, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o próprio CADE. Cada Secretaria dispunha de 30 dias para elaborar parecer sobre o caso analisado, podendo suspender esse prazo para buscar mais informações junto às empresas interessadas. Os pareceres eram encaminhados ao CADE, que podia julgar o mérito ou requerer novas diligências. Era um procedimento complexo, custoso e demorado – do protocolo da notificação até a prolação de decisão pelo CADE passavam-se até dois anos.

A nova lei simplificou o procedimento de análise, eliminando o “guichê triplo” – SDE, SEAE e CADE – e concentrando a instrução e julgamento das operações no CADE. A SDE foi transformada em Superintendência-Geral do CADE e a SEAE deixou de participar da análise das operações. O processo é iniciado na Superintendência-Geral, podendo encerrar-se ali mesmo (com uma decisão) ou ser

¹⁵⁸ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Método, 2013. p. 276.

¹⁵⁹ Em entrevista no dia 29/05/2012 o então Presidente interino do CADE, Olavo Chinaglia, afirmou que a modificação nos parâmetros incluindo a verificação do faturamento de duas empresas participantes da operação de concentração diminuiria entre 20 e 30% o número de atos submetidos ao CADE. Com o aumento dos parâmetros de faturamento das empresas para R\$750 milhões e R\$75 milhões, a redução no número de notificações seria em torno de 30 a 40%. **DIÁRIOS ASSOCIADOS.** Cade reduzirá análises com novos limites de faturamento. Belo Horizonte, 29/05/2012. Em.com.br. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2012/05/29/internas_economia,297054/cade-reduzira-analises-com-novos-limites-de-faturamento.shtml>

encaminhado para julgamento no Tribunal. Simplificando o trâmite dos processos, diminuiu-se o tempo para instrução e julgamento dos mesmos.

A Lei 12.529/2011 estipulou prazos para tramitação dos processos (duzentos e quarenta dias) com apenas duas possibilidades de prorrogação: por até sessenta dias, a requerimento das empresas interessadas, e por até noventa dias, a requerimento do CADE, devendo tal pedido ser fundamentado e deferido pelo Tribunal. Apesar de prever prazo mais longo que a lei anterior (cento e vinte dias), na nova lei não há previsão de suspensão do prazo para complementação da instrução, como existia na Lei 8.884/94, o que terminava por estender o tempo de análise por período muito superior ao previsto em lei. Logo, a tramitação do processo tornou-se mais célere¹⁶⁰.

O controle prévio dos atos de concentração leva também a uma maior colaboração por parte das empresas. Nas palavras de Eduardo Caminati Anders:

O sistema de análise prévia altera o incentivo vigente em sistema de controle posterior de concentrações: sendo a aprovação pela autoridade concorrencial condição para a realização do negócio jurídico, as empresas tendem a prestar as informações e esclarecimentos sobre o ato, as suas atividades e os mercados envolvidos, de modo célere e completo, sempre com vistas a obter a aprovação da autoridade antitruste em um menor prazo possível.¹⁶¹

Assim, além de mais eficiente sob o aspecto econômico, o controle prévio se mostra também mais eficaz na tutela do interesse público.

Embora a discussão sobre as vantagens de um sistema em relação ao outro continuem, se mostra determinante, no momento, discutir sobre como o SBDC e seus órgãos, a economia brasileira e os agentes econômicos estão se adequando ao novo sistema.

¹⁶⁰ Em entrevista no dia 28/10/2012, o Presidente do CADE, Vinicius Marques de Carvalho, afirmou que sob a égide da Lei 8.884/94 o tempo médio de trâmite dos processos para autorização de operações de concentração era de 154 dias. Desde o início da vigência da nova lei, a duração média de processos decididos em procedimento sumário era de 17 dias. Ainda não haviam sido analisadas operações mais complexas, mas o primeiro caso não julgado pelo procedimento sumário teria sua decisão final publicada em pouco mais de quarenta dias. BALIARDO, Rafael. "Nossas decisões buscam qualidade para o consumidor". **Consultor Jurídico**. Brasília, 28/10/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-28/entrevista-vinicius-marques-carvalho-presidente-cade>>

¹⁶¹ ANDERS, Eduardo C., *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 208.

A nova lei prevê uma verdadeira reestruturação do CADE, chamado pela doutrina de Super CADE, devido às suas novas atribuições. A autarquia passa a absorver algumas competências da SDE, do Ministério da Justiça e da SEAE. Além disso, a Lei 12.529/2011 criou diversos cargos, entre eles duzentos de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, a serem providos gradualmente. O concurso para provimento das primeiras vinte e seis vagas criadas foi autorizado na metade de 2013, no entanto, o edital ainda não foi publicado. Faz-se necessária, também, a ampliação do orçamento do CADE e a execução autônoma deste.

Também serão necessárias adaptações por parte das empresas, advogados e economistas, para o bom funcionamento do novo sistema. Desde o início do planejamento da fusão/aquisição, os advogados de antitruste deverão estar envolvidos. Também de extrema importância para a estruturação do negócio jurídico a integração entre equipes de direito societário, fusões e aquisições¹⁶².

Eduardo Caminati Anders ressalta a importância do bom funcionamento do novo sistema de autorização dos atos de concentração econômica pelo CADE não apenas para a economia brasileira, mas também no âmbito internacional:

No novo sistema, a aprovação do CADE passará a ser condição indispensável à realização dos negócios jurídicos. Nesse contexto, a celeridade da análise do CADE será elemento essencial para que o necessário controle de estruturas não se torne um entrave à economia; ou, como alguns dizem, um “gargalo à economia”.

Os transtornos e prejuízos que podem ser acarretados por um sistema de controle prévio de fusões ineficiente e moroso no Brasil não se limitam ao nosso País. Note-se, por exemplo, que ato de concentração envolvendo mais de uma jurisdição, entre elas a brasileira, não poderá ser realizado enquanto o CADE não aprová-lo.¹⁶³

O momento atual ainda é de adaptação às novas regras e de muitas expectativas em relação aos seus resultados.

Com o advento da nova lei e o novo formato de controle dos atos de concentração, acredita-se num controle mais efetivo, célere e focado nas operações com maior potencial anticoncorrencial, em que pese dúvida sobre a adequação dos valores adotados como parâmetros para submissão dos atos. Conta-se, ainda, com

¹⁶² ANDERS, Eduardo C., *et al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 210.

¹⁶³ ANDERS, *loc. cit.*

a concretização das melhorias na estrutura do CADE, essenciais para o êxito da nova lei.

Por fim, Paula Forgioni acredita que uma defesa eficiente da concorrência vai muito além do mero controle dos atos de concentração e espera que, sendo esse controle simplificado, as autoridades concorrenciais possam dedicar-se a outros tópicos de fundamental importância:

Espera-se que, nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas, deixando de se preocupar quase que exclusivamente com atos de concentração – que muito raramente apresentam problemas concorrenciais relevantes. Nos últimos anos, grande parte da energia e dos recursos públicos empregados pelo SBDC direcionou-se à análise de atos de concentração e não de processos administrativos que investigavam condutas abusivas, frustrando aqueles que esperavam atuação mais forte para conter as práticas predatórias de empresas em posição dominante¹⁶⁴.

Os dados referentes ao ano de 2013 disponíveis no site do CADE ainda são parciais, não incluindo o mês de dezembro, mas serão analisados devido à sua importância: é o primeiro ano de aplicação exclusiva da nova lei (embora ainda existam processos iniciados sob as regras da lei anterior tramitando no CADE).

De janeiro a novembro de 2013 foram notificadas ao CADE 96 operações de concentração, contra 731 em 2012 e 716 em 2011. Das operações analisadas em 2013, 47 foram aprovadas sem restrições, contra 649 em 2011 e 670 em 2012; 42 foram aprovadas com restrições, contra 48 em 2011 e 39 em 2012; e 3 foram reprovadas, mesmo número de operações reprovadas em 2012, sendo que em 2011 nenhum ato de concentração havia sido reprovado¹⁶⁵. Percebe-se destes dados que, embora o número de operações notificadas tenha sido consideravelmente menor em 2013 (devido aos novos parâmetros para notificação), o número de operações reprovadas e aprovadas com restrições foi muito próximo ao dos anos anteriores, tendo diminuído apenas o número de operações aprovadas integralmente – que, a princípio, não ensejariam a atuação do CADE. Estes dados são um forte indício da eficiência da Lei 12.529/2011 no controle dos atos de concentração econômica.

¹⁶⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

¹⁶⁵ CADE em Números. Disponível em:
<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal dificuldade administrativa enfrentada pela Comissão na aplicação do Regulamento 4.064/89 e pelo CADE na aplicação da Lei 8.884/94 era, por fim, a mesma: incapacidade, diante do enorme volume de notificações recebidas, de prover um grau adequado de proteção da concorrência. Diante de tantos casos, muitas vezes pouco relevantes concorrencialmente, para verificar e decidir, tanto a Comissão quanto o CADE não dispunham de tempo para se dedicarem à análise adequada de casos mais relevantes.

Embora enfrentando dificuldades parecidas, os motivos que levaram a tal situação eram bastante distintos. A Comissão se via assoberbada de processos devido, principalmente, ao monopólio estabelecido pelo Regulamento 4.064/89. Já o grande volume de trabalho do CADE (e conseqüente demora nas decisões) era fruto de um procedimento fragmentado e ineficiente, em que os processos deviam passar pela análise de dois órgãos diferentes antes de chegar ao órgão decisório e também do viés pouco colaborativo impresso pela notificação *ex-post*, que fazia com que os requerimentos de novas informações às empresas acontecessem várias vezes, aumentando os prazos de análise.

Tendo diferentes origens, tiveram diferentes soluções, após a reforma sofrida por cada um dos sistemas. Na União Europeia, o fim do monopólio da Comissão e a maior participação dos Estados-Membros no controle concorrencial, de acordo com os critérios estabelecidos pelo Regulamento 139/2004, colaboraram para diminuir a carga de trabalho da Comissão. Já no Brasil, a mudança para o controle *ex-ante*; o novo procedimento de análise, mais simples e coeso; e as mudanças nos parâmetros para submissão das concentrações ao crivo das autoridades, podem ser apontados como as principais medidas tomadas para conferir agilidade ao processo, bem como maior eficiência.

No âmbito das concentrações econômicas – atuação preventiva – o CADE passou a analisar previamente as operações, como é feito na maioria das jurisdições, como União Europeia e Estados Unidos da América. Nesta nova configuração jurídica, a realização de uma operação só se completará, produzindo efeitos, após a submissão às autoridades concorrenciais e anuência destas. Em

outras palavras, a aprovação antitruste se torna um requisito de eficácia dos negócios jurídicos que estejam sujeitos à análise do CADE.

A maior preocupação da doutrina especializada, em relação ao controle prévio instituído pela nova lei, se dá com relação à observância dos prazos estipulados. Como as operações não poderão produzir efeitos jurídicos nem de mercado até o aval do CADE, é de extrema importância que a análise seja célere, sem atrasos que poderão prejudicar não só as empresas envolvidas – que não podem esperar indefinidamente por uma decisão, sob pena de sofrerem prejuízos –, mas a economia nacional.

Visando eliminar essa dificuldade, a Lei 12.529 inovou, estabelecendo parâmetros mínimos que ao menos duas das empresas ou grupos participantes da concentração devem alcançar para que exista a obrigatoriedade de notificação do ato. Dessa forma, a compra de uma empresa com participação irrelevante no mercado por outra com alto volume de negócios que, em geral, não traz ameaças à concorrência, ficará de fora do controle exercido pelo CADE. Importante salientar, também, a eliminação do critério de participação no mercado relevante que era, na prática, de muito difícil aferição.

Os novos critérios para subsunção trazidos pela Lei 12.529/2011 estão de acordo com os que já vigoram em outras jurisdições estrangeiras com maior experiência em controle antitruste de operações de concentração, como Estados Unidos da América e União Europeia, nas quais os critérios de submissão estão pautados em valores de faturamento ou de ativos de mais de um participante do ato.

O número de empresas obrigadas a notificar suas operações de concentração às autoridades diminuiu ainda mais em virtude da Portaria que alterou os parâmetros mínimos para notificação de um ato de concentração ao CADE de um faturamento bruto anual de R\$400 milhões para R\$750 milhões, e de R\$40 milhões para R\$75 milhões. No entanto, este aumento tão expressivo nos patamares para notificação pode trazer efeitos negativos, isentando da análise concorrencial atos que podem gerar efeitos antitruste indesejados. Só com a aplicação da lei, ainda muito recente, e a observação do mercado será possível concluir sobre os benefícios ou não da alteração.

Outra ferramenta do controle dos atos de concentração utilizada na União Europeia e implementada no Brasil pela Lei 12.529/2011 é a suspensão da eficácia

da operação até a decisão das autoridades concorrenciais, o que torna o controle muito mais efetivo, principalmente em caso de não aprovação da operação. Além disso, o fato de não poderem consumir a operação, faz com que as empresas assumam uma postura mais colaborativa na prestação de informações e na formatação de acordos – é do interesse de todos a celeridade na aprovação do ato.

Ainda em relação aos prazos de análise, na União Europeia foi instituída a cláusula de aprovação automática do ato em caso de extrapolação, pelas autoridades concorrenciais, do prazo máximo para verificação e aprovação do ato. No Brasil, o projeto da nova lei concorrencial, em sua redação original, trazia a mesma disposição. No entanto, ela foi vetada pela Presidência da República. Não se sabe, ainda, que consequências a ausência desta cláusula poderá trazer ao antitruste brasileiro, mas certamente ela representaria maior segurança às empresas.

Para possibilitar a concretização do novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a Lei 12.529/2011 criou duzentos cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, entre outros. O concurso para a seleção de vinte e seis Especialistas foi autorizado em 2013 e tem sua realização prevista – até o momento, sem data marcada – para o ano de 2014.

Da pesquisa realizada, acredita-se que o novo SBDC será muito mais eficiente na defesa da livre concorrência do que o sistema anterior. Não há dúvidas de que o controle prévio dos atos de concentração é a melhor prática, pois já produz resultados positivos em outras jurisdições. Observando a evolução ocorrida na União Europeia é possível verificar as vantagens trazidas pela adoção deste modelo.

5 REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo C. (coordenador) *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2013

ANDRADE, Maria C. **Controle de Concentrações de Empresas**: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002.

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, MERCOSUL, ALCA. São Paulo: Singular, 2005.

BALIARDO, Rafael. Nossas decisões buscam qualidade para o consumidor. **Consultor Jurídico**. Brasília, 28/10/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-28/entrevista-vinicius-marques-carvalho-presidente-cade>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 19 out. 2013.

BRASIL. Projeto de Lei 3.937/2004 - Exposição de Motivos. Relator: Deputado Ciro Gomes. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=569577&filename=Tramitacao-PRL+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004>. Acesso em: 30 nov. 2013.

BRASIL. **Relatório anual de Gestão do CADE de 2012**. Brasília, CADE: 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%20de%202012_CADE_vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2013.

BRASIL. **Relatório anual de Gestão do CADE de 2010**. Brasília, CADE: 2010.
Disponível em: <
http://www.cade.gov.br/upload/RelatorioGestao2010_atu150811_14h25_TCU.pdf>.
Acesso em: 08 dez. 2013.

CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ, Patrick. Lei da Concorrência veio para facilitar e complicou. **Revista Exame**, São Paulo, Ed. 1018, 13 jun. 2011. Disponível em: <
<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1018/noticias/lei-da-concorrenca-veio-para-facilitar-e-complicou>>. Acesso em: 10 out. 2013.

DIÁRIOS ASSOCIADOS. **CADE reduzirá análises com novos limites de faturamento**. Em.com.br. Belo Horizonte, 29/05/2012. Disponível em: <
http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2012/05/29/internas_economia,297054/cade-reduzira-analises-com-novos-limites-de-faturamento.shtml>

EUROPA. Press realese – **A Comissão adota um Livro Branco que propõe uma reforma fundamental do sistema de aplicação das regras de concorrência comunitárias**. Bruxelas, 28 de abril de 1999. Disponível em: <
europa.eu/rapid/press-release_IP-99-275_pt.doc>. Acesso em: 02 dez. 2013.

EUROPA. Sínteses da legislação da UE. **Aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE (os anteriores artigos 81º e 82º do Tratado da CE)**. Disponível em: <
http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26092_pt.htm>. Acesso em: 12 out. 2013

EUROPA. Sínteses da legislação da UE. **Aplicação dos artigos 81º e 82º do CE**. Disponível em: < http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26042_pt.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. 2004, um ano de reformas na comunidade européia: a reforma do regulamento nº17/1962 pelo de nº 1/2003. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, Bruxelas, v. 19, p. 69-83, nov. 2004.

JAEGER JUNIOR, Augusto; SCHWAGER, Simon. Direito Comunitário da Concorrência aplicável às empresas. **Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência**, Brasília, Volume 7, 2011.

MARTINS, Vítor. **Dicionário dos Termos Europeus – Mercado Comum**. Carlos Coelho.eu. Disponível em: <http://www.carloscoelho.eu/saber_mais/ver_dicionario.asp?submenu=35&gloss=640>. Acesso em: 15 nov. 2013.

RESENDE, Thiago. Notificações ao CADE devem cair até 30% com nova Lei, estima interino. **Valor Econômico**. Publicado em 29 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/2681384/notificacoes-ao-cade-devem-cair-ate-30-com-nova-lei-estima-interino>>. Acesso em 12 out. 2013.

REX, Valério de V. O Princípio da Subsidiariedade na União Europeia. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFSM**, Santa Maria, v. 7, n. 2, 2012. Disponível em: < <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7398/0#UqVF79JDtn0>>. Acesso em 02 dez. 2013.

SCHULTES, Marcelo. O Controle Concorrencial: O Regulador do Mercado Interno na União Europeia. Direito em Debate – **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Ano XXII, nº 39, jan – jul. 2013.

Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=11&ved=0CCoQFjAAOAO&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.unijui.edu.br%2Findex.php%2Frevistadireitoemdebate%2Farticle%2Fdownload%2F503%2F1494&ei=joyiUqbmCNSpkAfj34CoCw&usq=AFQjCNHy7IB3uarvw0Uol-IEbfZSvPmJmw&sig2=4bS6u6e-Uj6VcOU-_U0rzA&bvm=bv.57752919,d.eW0>. Acesso em: 04 dez. 2013.

TAUFICK, Roberto D. **Nova Lei Antitruste Brasileira: A Lei 12.529/2011** Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA FILHO, José Carlos M.; ROSA, Christian F. G. O descontrole da Concentração Empresarial. **Senado na Mídia**. Brasília, 02 jul.2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=851011&t=1>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **A história da União Europeia**. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_pt.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Livro Verde**: Relativo à Revisão do Regulamento (CEE) nº4064/89 do Conselho. Bruxelas, 11/12/2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0745pt01.pdf>. Acesso em 02 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 17/62, de 6 de fevereiro de 1962. **EUR-Lex**. Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=Regulation&an_doc=1962&nu_doc=17>. Acesso em: 12 out. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 4.064, de 21 de dezembro de 1989. **EUR-Lex**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:PT:HTML>>. Acesso em: 12 out. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 1/2003, de 16 de dezembro de 2002. **EUR-Lex**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0001:PT:NOT>>. Acesso em: 12 out. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 139, de 20 e janeiro de 2004. **EUR-Lex**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:PT:NOT>>. Acesso em: 12 out. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 139/2004**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0281:PT:NOT>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado que institui a Comunidade Europeia, de 17 de dezembro de 1957. **EUR-Lex**. Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_PT.pdf>. Acesso em: 12 out. 2013.