

DA INTEMPESTIVIDADE DA APRESENTAÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

*Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto**

De acordo com o *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, “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”. No desenvolvimento de sua função de controle das estruturas dos mercados, o CADE percebeu a importância da rapidez da submissão à sua análise, sob pena de o ato de concentração produzir rapidamente seus efeitos econômicos.

Nesta direção, desde a promulgação da Lei nº 8.884/94, o CADE vinha lentamente desenvolvendo uma série de decisões colegiadas sobre a intempestividade na apresentação dos atos de concentração, partindo da regra contida no § 4º do mesmo artigo 54: “os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis de sua realização (...)”.

Assim, muito embora a lei admita a possibilidade de apresentação prévia do ato de concentração, sua análise na maioria dos casos será posterior à ocorrência do mesmo. A já revogada Resolução CADE nº 5/96, em seu art. 10 determinava que “no caso de notificação prévia, as requerentes deverão declarar o firme propósito de realizar a operação”, redação esta que nitidamente buscava desestimular a apresentação prévia, exigindo-lhe, para tanto, certeza da sua realização.

Em tal sistema, conquanto a apresentação seja posterior e a Lei nº 8.884/94 disponha de instrumentos para a execução judicial das decisões do CADE, percebe-se facilmente que a eficácia das decisões colegiadas dependerá da rapidez com que atuem sobre o ato de concentração¹⁸⁴: quanto maior o lapso temporal entre ambos, menor será a possibilidade de se corrigir eventu-

* Aluno de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP

¹⁸⁴ É fato que a demora na análise dos atos de concentração ou no julgamento de processos administrativos pelo CADE conduz ao abrandamento das decisões. É comum encontrar acórdãos do CADE em que, devido à consolidação da situação de fato nascente de um ato de concentração ou processo administrativo, deixam de impor ou reduzem restrição imposta, decisão jurídica baseada na aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesta direção, ver voto da Conselheira Relatora Lúcia Helena Salgado no PA nº 105/92.

ais distorções. Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca, “cabe apontar a importância do caráter preventivo das decisões do CADE. A qualidade das decisões dos órgãos de defesa da concorrência está vinculada com a necessidade em se decidir em tempo econômico, sob pena de estas condições tornarem-se obsoletas ou inócuas. De um ponto de vista ideal, o desejável é que houvesse perfeita simultaneidade entre o exercício das competências do CADE e demais órgãos e a ocorrência das alterações de mercado capazes de afetar as relações concorrenciais. Assim, a efetiva atuação do CADE depende da cooperação dos agentes econômicos em notificar suas operações de fusão e aquisição no tempo mais próximo possível ao momento em que tiver ocorrido a alteração nas relações de concorrência entre as partes”.¹⁸⁵

Apesar da aparente contradição existente, analisando-se as origens da atuação antitruste, constata-se que o poder estatal se manifestava posteriormente. Dessa forma, o controle das condutas é e será feito depois da ocorrência do ilícito antitruste. Seu caráter predominantemente punitivo não pode jamais ser realizado *a priori*. Mesmo o controle embrionário das estruturas, feito a partir do amplo conceito de “tentativa de monopolização” do Sherman Act, era *a posteriori*.

Na medida em que as preocupações concorrenciais tomavam rumo diverso, o enfoque também mudou. O Estado poderia evitar que surgissem condições para a prática de infrações à ordem econômica, poupando os agentes do mercado de uma intervenção mais incisiva através das sanções. Com isso, o foco das atenções se transfere para o momento imediatamente anterior ao do ilícito ou da concentração.

Neste contexto, as legislações de controle de estruturas que aparecem, posicionam-se, em sua maioria, pela aprovação estatal prévia do ato de concentração. Diversamente desta tendência, a legislação brasileira promulgada em 1994 opta por uma solução legislativa diferente, preferindo a notificação posterior à prévia. Tal escolha causou grande insegurança jurídica no momento em que o CADE começou a atentar para o cumprimento do prazo na apresentação dos atos de concentração.

1. OS SISTEMAS DE CONTROLE ANTITRUSTE

Os sistemas de controle antitruste podem se basear na proibição das “práticas restritivas da concorrência por produzirem um dano potencial na economia e nos sistemas que reprimem apenas as práticas que se traduzam

¹⁸⁵ Voto do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca no Ato de Concentração nº 08012.008895/98-53.

num dano efectivo”¹⁸⁶. O sistema do dano efetivo centrar-se-ia principalmente no controle das condutas, ao passo que o do dano potencial, no controle das estruturas. Conseqüentemente, os sistemas de dano efetivo são fundados, precipuamente, no controle “a posteriori”, uma vez que “só em momento ulterior ao da prática é possível a constatação do abuso ou da actualidade do dano”¹⁸⁷ e os sistemas de dano potencial, logicamente, tendem a adotar o controle prévio.

Contudo, tal afirmação não é estanque. Pode haver controle “a priori” de condutas, bem como é possível um controle “a posteriori” das estruturas.

Exatamente em virtude de tal dissonância, o sistema de controle antitruste brasileiro é problemático quanto à questão da tempestividade

Talvez a escolha pelo sistema de notificação posterior pela legislação brasileira tenha sido uma solução de consenso entre os atores políticos. De fato, a Lei nº 4.137/62 era vaga a respeito do controle de estruturas, o controle das concentrações instituído em 1991 pela Lei nº 8.158/91 era bastante frágil e somente com a Lei nº 8.884/94, talvez, os legisladores estivessem preparados para admitir uma solução tão radical, a ponto de condicionar alguns negócios jurídicos à aprovação estatal.

Ademais, somente a partir de 1.994 o CADE começou a ser organizado como autarquia dotada de independência e, concomitantemente, a liberalização da economia brasileira e a reorganização do Estado deveriam ser coadunadas no novo arcabouço jurídico nascido com o Plano Real. Os legisladores provavelmente tinham consciência de que o Estado brasileiro não dispunha das características traçadas por Roberto Dromi do Estado Administrador,¹⁸⁸ o qual “aspira a la eficacia de organización administrativa, a efectos de lograr una administración racional del ‘bien-estar general’, no a una administración pasional del ‘mal-estar común’, acosada de legalismo y burocratismo con estructuras excesivas e obsoletas. Exige una racionalización en prol de la incorporación tecnológica; una simplificación, en pro de sencillez, eficacia y economía de trámites; una modernización en pro de los nuevos cometidos estatales, para librar la batalla definitiva por la sencillez y la simplicidad jurídicas”.¹⁸⁹ O Poder Legislativo, de fato, intensifica sua atividade a partir dos anos 90, ainda que a reboque do Poder Executivo, objetivando realinhar o arcabouço jurídico à nova realidade.

¹⁸⁶ Alberto Pinheiro XAVIER, *Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência*, p. 74.

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ Roberto DROMI, *Derecho Administrativo*, p. 150.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 26

2. A RESOLUÇÃO CADE Nº 15/98

Dentro desse espírito de criar um marco regulatório orientador para os investidores e criar a previsibilidade de suas ações, o CADE promoveu, após os momentos iniciais de consolidação, uma reforma do marco regulamentar da autarquia. Assim, a preocupação com a contradição existente entre Lei nº 8.884/94 e a necessidade de uma rápida atuação antitruste surgiram como norteadoras da redação reformista. Visando solucionar esta dicotomia, o Colegiado do CADE, em 19 de agosto de 1998, aprovou a Resolução CADE nº 15/98.

Partindo da competência atribuída pelo inciso XIX do art. 7º da Lei nº 8.884/94, o referido ato normativo definiu que o momento para a realização para a notificação dos atos de concentração, “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”.

Para o Colegiado do CADE, esta redação encontrava-se em consonância com a do *caput* do art. 54. Afinal, o termo “ato” englobaria não só os contratos em sua acepção jurídica, mas também todo documento ou ato, jurídico ou não.

Contudo, a dúvida é lançada pela leitura combinada do *caput* com o § 4º, em que se determina a apresentação prévia dos atos ou “no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização”. Observa-se que a redação da Resolução nº 15/98 contradiz a do § 4º do art. 54. Com isso, a Resolução nº 15/98 criou, diversamente do que se pretendia, grande insegurança, na medida em que a sua aplicação desorientou os operadores do direito acerca do momento efetivo em que deveria ser notificada a operação.

É verdade que não se pode transpor simplesmente conceitos de Direito Privado para o Direito Econômico. Conferir contratualmente efeito não vinculativo à eficácia de certos acordos até a implementação de dadas condições ou termos, embora perfeitamente aceitável numa perspectiva essencialmente privada, poderia ser ignorada pela autoridade antitruste se houvesse mudanças substanciais na conduta das empresas. Em realidade, a racionalidade econômica acaba por prevalecer sobre a jurídica privatista, conduzindo à busca do momento em que as partes pararam de concorrer entre si. Veja-se que “distinção fundamental é que, enquanto a preocupação do direito societário é com a determinação por interesses estranhos à sociedade (v.g., aqueles pessoais do controlador) dos destinos do patrimônio social, o direito concorrencial, ao se confrontar com o mesmo objeto, tem como preocupação a manutenção das estruturas de mercado (concorrência) consideradas desejáveis do

ponto de vista econômico”¹⁹⁰. Portanto, não são coincidentes os conceitos de controle do direito societário tradicional com os de “influência dominante” (*beherrschender Einfluss*) e “influência relevante do ponto de vista concorrencial” (*wettbewerblich erheblichen Einfluss*), criados por leis na Alemanha para adequar às necessidades do controle antitruste. Por isso, “crucial é o poder de determinar a direção da própria atividade realizada – ou, em outras palavras, o poder de influir sobre o planejamento empresarial da outra empresa”¹⁹¹. O que se demonstrará a seguir é que a Lei nº 8.884/94 traz consigo falhas que não permitem expandir sua interpretação até esses conceitos do direito alemão.

Nesse quadro, de um lado alinham-se as empresas, argumentando que somente a conclusão final dos negócios poderia ser considerada como termo inicial para a contagem do prazo, e de outro lado, o CADE passa a afirmar que alguns documentos poderiam acionar o prazo legal previsto na Lei. A princípio, o CADE tentou em sua jurisprudência delinear algumas normas orientadoras, mas as mudanças no órgão serviram para generalizar o entendimento simplista de que qualquer documento escrito poderia acionar a contagem do prazo legal.

3. DAS ILEGALIDADES DA RESOLUÇÃO CADE Nº 15/98 NO QUE TANGE AO ART. 7º, XIX

Apesar do notável esforço disciplinador representado pela Resolução CADE nº 15/98, o dispositivo padece de vícios, particularmente no já transcrito inciso XIX do art. 7º. De fato, a análise detalhada revela que há dois problemas maiores: (i) legalidade por falta de competência normativa e (ii) ilegalidade por extravasamento dos limites da lei.

3.1. DA ILEGALIDADE POR FALTA DE COMPETÊNCIA NORMATIVA

Para compreender o porquê da falta de competência normativa do Plenário do CADE, é necessário verificar o posicionamento de suas resoluções na hierarquia normativa. O artigo 7º da Lei nº 8.884/94 enumera várias funções que possuem certo conteúdo normativo, tais como os incisos XVIII (“instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”), XIX (“elaborar e aprovar seu regimento interno, dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do

¹⁹⁰ *Apud* Calixto SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*. São Paulo, Malheiros, p. 215.

¹⁹¹ Calixto SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, p. 216.

Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54, desta Lei”), XX (“propor a estrutura do quadro de pessoal da Autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal”) e XXI (“elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei”). Tais funções não apresentam caráter inovador da ordem jurídica, mas, tão somente, de mera execução de comandos legais já delineadores.

Veja-se que “se ‘norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência’, como ensina Kelsen, não é incorreto distinguir entre as normas gerais que prescrevem conduta a pessoas indiscriminadas que possam estar numa mesma situação e normas individuais que prescrevem conduta a pessoa ou pessoas discriminadas”.¹⁹² Nenhuma das funções do CADE elencadas acima, contudo, se enquadra em tal definição.

Buscando a essência de tais atos normativos expedidos por autarquias, Mário Velloso destrincha a pirâmide normativa, afirmando que “nessa ordem de idéias, a Constituição seria ato normativo inicial; seguem-se os atos normativos derivados, que são as emendas constitucionais e as constituições estaduais. Derivados ainda, da Constituição e só a esta subordinados, estão os atos normativos primários, que podem ser gerais e particulares. No sistemas constitucional brasileiro, são atos normativos primários: a lei (ordinária e complementar), o Decreto-Lei e a resolução legislativa. Num segundo plano, estão os atos normativos secundários, que estão subordinados aos atos primários. Esses atos normativos secundários também podem ser gerais e particulares. São gerais: os regulamentos; e são particulares: os atos administrativos e jurisdicionais *stricto sensu*. Por atos normativos, pois, pode-se conceber o ato legislativo, formalmente e/ou materialmente considerado, ou ato administrativo com o sentido de lei material, isto é, que enuncia uma norma jurídica (regra jurídica, ou um preceito de direito, ou que explica o sentido do seu conteúdo), marcado de imperatividade e generalidade, assim estabelecendo forma de conduta a pessoas indiscriminadas ou discriminadas”.¹⁹³

Neste quadro, as funções do CADE podem ser dotadas de certa imperatividade e generalidade. Constituem parte da grande massa de atos administrativos de caráter normativo, baixados por outros que não o Chefe do Poder Executivo e os Ministros de Estado e que, ao mesmo tempo, são ferramentas indispensáveis para a movimentação da Administração.

Não há problema algum do ponto de vista constitucional em afirmar que os atos normativos do CADE possuem eficácia interna, ou seja, vinculam

¹⁹² *Apud* Caio Mário da Silva VELLOSO, Do Poder Regulamentar, *Revista de Direito Público*, v. 65, p. 40.

¹⁹³ *Idem*.

tão somente a Administração. As dificuldades se avolumam quando adquirem eficácia externa, ou sejam, vinculam outros que não a Administração, como parece ser o caso da Resolução CADE nº 15/98.

O ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir de 1.964 com a reforma do Sistema Financeiro Nacional¹⁹⁴, tem convivido com entes que expedem grande quantidade de atos normativos de eficácia externa¹⁹⁵. A legitimidade de sua atuação repousa, em última instância, num sistema de autorizações indiretas com base na Constituição da República. Quando isto não é identificável, alguns defendem que o fundamento jurídico dos órgãos produtores destes atos normativos, pelo menos daqueles que não são previstos expressamente como dotados desta competência¹⁹⁶, é a autorização legislativa, consignada no diploma legislativo que criou o ente normativo.

Nesta segunda hipótese, que constituiria o caso do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, essa atividade normativa encontra um obstáculo formal, nascente no princípio constitucional da separação dos poderes. Ainda que se ignore esta barreira, especialmente os estudiosos do Direito Econômico, buscam justificar esse poder normativo através da forte relação existente entre o exercício do poder de polícia e o poder normativo. Baseado nos ensinamentos de Rui Barbosa (“quem dá os fins não pode negar os indispensáveis meios”), seria possível afirmar que “existe uma outorga legal de competência administrativa, não arbitrária, para o exercício do poder de polícia, que compreende o poder de baixar atos normativos para disciplinar ou restringir as atividades privadas com o fim de regular a ordem econômica”.¹⁹⁷ Desse modo, o fundamento jurídico do poder normativo das autarquias estaria na autonomia inerente a esse ente administrativo. “De fato, a um órgão incumbido de disciplinar determinado setor da ordem econômica, há que ser reconhecida uma parcela de poder normativo, sem a qual ele ficaria de mãos atadas para agir”.¹⁹⁸ Assim, “trata-se, no caso das autarquias, de um poder regulamentar em sentido lato, consistente na capacidade de expedir normas discipli-

¹⁹⁴ Não é de se desprezar a existência de órgãos da Administração com competência normativa antes da Reforma do Sistema Financeiro Nacional. Bom exemplo disso é o CONTEL (Conselho Nacional de Telecomunicações).

¹⁹⁵ Ver Lei nº 4.595/64.

¹⁹⁶ As recentes Emendas à Constituição atribuíram expressamente poder regulador às novas agências reguladoras. O mesmo não se verifica com outras autarquias de similar poder normativo como o CADE e a CVM. Lembre-se, também, que não possuem igual conteúdo o poder regulador e o poder normativo.

¹⁹⁷ Bolívar B. M. ROCHA, O poder normativo de órgãos da Administração: o caso da Comissão de Valores Mobiliários, *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, v. 64, p. 59.

¹⁹⁸ *Idem*.

nando sua própria atuação, orientando e instruindo os administrados que se encontram sob sua esfera de competência, restringindo-lhes as atividades quando isso se mostrar necessário para atingir os objetivos previstos na lei”.¹⁹⁹

Tal capacidade normativa, definida por Eros Grau como objetivando a “desempenhar função da mais profunda relevância como instrumento de ordenamento econômico, emergindo, da necessidade de o Estado orientar e dar correção a desvios ocorridos no rumo do processo econômico premeditado, o fenômeno do exercício da capacidade normativa de conjuntura”,²⁰⁰ não teria o propósito de inovar, mas de proteger a ordem pública, aproximando-se, em seu caráter excepcional, aos regulamentos de emergência. Veja-se que a Resolução nº 15/98 visa, exatamente, à proteção da eficácia das decisões do CADE e, reflexamente, atenderia, nesta linha de raciocínio, às finalidades de proteção dos fins constitucionais da Ordem Econômica.

Todavia, esta argumentação apresenta força quando as funções não são descritas em detalhes pela norma superior. Quando isso é feito, tal como na Lei nº 8.884/94, restringe-se, indiretamente, o alcance da interpretação extensiva da competência normativa da autarquia, na medida em que suas funções estão ali expostas.

Em hipótese de fato idêntica, o Ministério da Justiça pretendeu criar dever para os supermercados não previsto em Lei, consistente em afixar etiquetas com os preços nos produtos em substituição ao código de barras. O único fundamento jurídico apresentado era um genérico dever nascente nos arts. 6º, III, 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor. Em parecer contrário ao Despacho Normativo que criou tal dever, Eros Roberto Grau²⁰¹ conclui que houve violação frontal ao princípio da legalidade, afirmando que “nem o Código de Defesa do Consumidor, nem qualquer outra lei atribui capacidade para dispor normas abstratas a respeito dessa matéria, proteção e defesa do consumidor” ao Departamento Nacional de Defesa e Proteção do Consumidor (DNPC).²⁰²

Ao introduzir o texto da Resolução CADE nº 15/98, afirma-se: “O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no uso

¹⁹⁹ *Idem*, p. 63

²⁰⁰ Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, p. 69.

²⁰¹ Eros Roberto GRAU, Princípios da Livre Iniciativa e da Legalidade – Imposição do Dever de Etiquetar Preços, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 24, p.97.

²⁰² Muito embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se pronunciado sobre a matéria (MS nº 5.986/DF – 1ª Seção – STJ – 13.10.1999 – Relator Ministro Garcia Vieira – DJU 29.11.1999) em sentido contrário ao defendido no parecer citado, a tese permanece válida e correta.

das atribuições legais e tendo em vista o disposto no artigo 7º, inciso XIX da Lei nº. 8884/94, de 11 de junho de 1994, RESOLVE”. O inciso XIX do art. 7º da Lei nº 8.884/94 refere-se exclusivamente ao Regimento Interno, nada mencionando sobre outras funções do CADE; logo, percebe-se que há um descompasso entre a Lei e a Resolução, devendo prevalecer a primeira sobre a segunda.

Conseqüentemente, o Colegiado do CADE não tem poderes para inovar na ordem jurídica da forma como pretendia na Resolução CADE nº 15/98. Desrespeitou o CADE a imprescindível qualidade da relação de conformidade existente, formal e materialmente, entre a lei e os atos normativos inferiores a ela.

Não se trata de mero formalismo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, três garantias nascem para o cidadão do princípio da legalidade: “Em primeiro lugar, porque não podem ser surpreendidos por atos que os colham individualmente com proibições ou imposições que já não estejam previamente estabelecidas em lei; em segundo lugar, porque estas regras que as sujeitam – e que são fontes de limitação de sua conduta – terão de constar, quando menos genericamente, de lei, que é diploma produzido por um órgão eletivamente constituído e no qual estão representadas as múltiplas tendências existentes no corpo social; em terceiro lugar, finalmente, porque as características próprias das leis – generalidade e abstração – defendem-nas contra casuísmos, perseguições ou favoritismos, interditando a dispensa de tratamentos díspares às pessoas”.²⁰³ Conclui entendendo a lei como um “instrumento – conquanto impostergável – para viabilizar um propósito: o de garantir a igualdade, de para com a plena segurança jurídica (de que tudo depende), até porque, sem esta, também não teria vigência o preceito isonômico”.²⁰⁴

Particularmente no campo do direito administrativo, ao qual o CADE se submete enquanto autarquia, este instrumento adquire maior importância, desdobrando-se em duas conseqüências principais. A primeira delas é a vinculação da Administração à regra jurídica, a qual, se violada, torna sem valor o ato que desse modo procedeu – logo, os atos praticados com fundamento no art. 2º da Resolução CADE nº 15/96 seriam nulos. A segunda é o caráter jurídico, adjetivado com a auto-executoriedade dos atos administrativos, que alcança a “ação administrativa, geradora de obrigações ou de poderes juridicamente sancionados que oneram ou beneficiam tanto particulares

²⁰³ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Regulamento e princípio da legalidade, *Revista de Direito Público*, vol. 96, p. 42.

²⁰⁴ *Idem*.

como a Administração”²⁰⁵ – a auto-executoriedade só seria possível se a Resolução CADE nº 15/98 fosse legal.

Veja-se que a qualidade de supremacia dos atos administrativos não pode ser contestada pelo administrado, sempre em posição inferior à da Administração. A legalidade administrativa, tal como é entendida, é um sistema em que a dicotomia entre direitos individuais e prerrogativas públicas privilegia estas últimas sob a condição de que sejam conformes à ordem jurídica, mesmo apesar do desenvolvimento da doutrina das liberdades preferenciais.²⁰⁶

Portanto, do ponto de vista formal, na Lei nº 8.884/94 não há nada a autorizar expressamente a inovação na amplitude pretendida pela Resolução nº 15/98. Mesmo que se admitisse existente a capacidade normativa de conjuntura no CADE, não se poderia pretender que esta houvesse sem autorização legislativa ou constitucional explícita. O máximo que se antevê é um poder normativo dissimulado através do poder ordinatório das decisões administrativas, desde as mesmas não desobedeçam aos preceitos norteadores da Lei nº 8.884/94; porém, não se cogita mais de poder normativo.

3.2. DA ILEGALIDADE POR EXTRAVASAMENTO DOS LIMITES DA LEI

Não bastassem os argumentos expostos acima, o mesmo dispositivo da Resolução CADE nº 15/98 padece de ilegalidade por extravasar os limites da Lei. Não se trata aqui do apego ao formalismo do “*in claris cessat interpretatio*”, mas de respeito ao princípio basilar da legalidade administrativa.

Antes de tudo, nunca é demais repisar a distinção entre lei em sentido formal e em sentido material. Tal diferenciação nasce com fundamento no princípio da legalidade, expresso no artigo 5º da Constituição, que se refere exclusivamente à lei em sentido formal - “ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição”.²⁰⁷ Pode a lei em sentido formal ser tanto abs-

²⁰⁵ Jean RIVERO, *Direito administrativo*, p. 21.

²⁰⁶ Anna Cândida da Cunha FERRAZ, *Processo informais de mudança na constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, p. 32. “Enunciada por Stone e desenvolvida assystematicamente na década de 40, a doutrina permitia aos legisladores ação livre para regular assuntos econômicos, porém exigia proteção judicial mais rigorosa para a liberdade da palavra, de imprensa, direito de voto etc. Aponta o autor a dificuldade dos juizes em explicar satisfatoriamente, opções por valores determinados ou de estabelecer critérios práticos para a determinação desses valores fundamentais, o que, todavia, em sua opinião, não invalidava a doutrina, que era por si uma teoria incompleta e que deu sua contribuição para uma construção jurisprudencial mais completa”.

²⁰⁷ José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 401.

trata e genérica quanto concreta e específica. Quando o ato normativo é dotado de abstração e generalidade, ele é denominado lei em sentido material.

Esta distinção não é muito clara, mas é certo que a lei em sentido formal, de fácil identificação, é cogente. Pode ocorrer que um ato normativo infra-legal seja dotado de abstração e generalidade, sendo chamado de lei em sentido material, mas a ele sempre faltará, para ser cogente, o requisito estritamente formal.

Neste contexto, a norma do § 4º do art. 54 é nitidamente uma lei em sentido formal, ao passo que a norma do inciso XIX do art. 7º da Resolução CADE nº 15/98 é apenas lei em sentido material.

Para alguns, há hipóteses, *numerus clusus*, em que em o diploma legal autoriza que os atos normativos infra-legais complementem a lei, como já afirmado acima. Quando ausente esta situação, não é possível a alteração do comando consignado na lei em sentido formal, o que, também, não se constata no caso concreto. Atendo-se sobretudo ao significado literal da palavra “realização”, neste sentido foi a argumentação usada pela General Electric Company nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.9970-9 já julgado procedente pela 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.: “Assim, quando a lei fala em momento de ‘realização do ato’, tudo leva a crer que não se refira ao momento em que as obrigações referentes à efetivação daquela operação geradora de concentração econômica foram pactuadas entre as partes, e sim ao instante em que essas obrigações têm efetivo cumprimento e a operação se consuma, passando, então, a ter aptidão de produzir efeitos perante terceiros”.

Todavia, pode-se admitir que a norma legal do prazo para apresentação de atos de concentração necessita de integração. À primeira vista, seria um conceito jurídico indeterminado, cuja complementação deixaria ao intérprete certa discricionariedade na aplicação da lei. De fato, a boa técnica legislativa, segundo a concepção tradicional, manda que se façam leis claras e genéricas, nas quais as hipóteses de incidência – a *fattispecie* – estejam bem definidas. Fora desta hipótese, há arbitrariedade e a falta para com aquele dever, além de ser má técnica legislativa, causa insegurança jurídica e fulminaria a regra com inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da legalidade. É isto que ocorre com a norma do § 4º da Lei nº 8.884/94?

Veja-se que em sua viés administrativa, a discricionariedade pode ser definida como a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções válidas perante o direito”.²⁰⁸ Evoluiu

²⁰⁸ Maria Sylvia Zanillo DI PIETRO, *Da Discricionariedade Administrativa*, p. 41.

do mais amplo grau no Estado de Polícia, em que era sinônimo de arbítrio, restringindo-se cada vez mais no Estado Social, até praticamente desaparecer na atualidade, nascendo como um poder jurídico limitado por lei. Como afirma Bernard Schwartz, “the penumbra between legality and desirability has progressively widened as the courts have to assume a virtual ombudsman function. The recent judicial activism is contributing a new and dramatic dimension to administrative law”.²⁰⁹

Quanto maior a indeterminação do conceito, maior será a discricionariedade do intérprete - saliente-se que há um ponto em que a indeterminação abre oportunidade para a arbitrariedade ilícita da autoridade administrativa. Sempre estará com o intérprete, seja ele juiz, legislador ou administrador, a palavra final quando duas ou mais respostas se apresentarem como admissíveis, mas com a arbitrariedade este espectro é virtualmente infinito. Lembre-se que a decisão do intérprete ficará atrelada aos seus critérios pessoais de oportunidade e conveniência tanto na discricionariedade quanto na arbitrariedade.

Contudo, a discricionariedade só pode se fundar quando a lógica do processo de formação de um ato necessite de uma análise de oportunidade, conveniência e determinação do conteúdo. Para Francisco Campos, “o fundamento do poder discricionário da Administração não reside, portanto, em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, mas na estrutura lógica de uma certa categoria de conceitos, que só podem ser formulados com referência a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela amplitude e indeterminação de seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única medida possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos igualmente adequados ou do mesmo valor significativo”.²¹⁰

O maior campo para o exercício da discricionariedade administrativa na atualidade é aquele em que as decisões de caráter estritamente técnico são necessárias. Determinar qual frequência determinado canal de telefonia celular vai operar, optar pelo aumento ou não da quantidade de moeda em circulação na economia e escolher a tarifa do imposto sobre operações financeiras (ISOF) são exemplos de decisões administrativas permeadas pela discricionariedade técnica.

²⁰⁹ Bernard SCHWARTZ, *Administrative law*, p. 32.

²¹⁰ *Apud* Eros Roberto GRAU, *Direito posto e direito pressuposto*, p. 142.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, apoiando-se nos administrativistas italianos, traça uma descrição, diferenciando os poderes administrativos puros dos discricionários, que, pela precisão, merece ser transcrita: “Os puros são aqueles em que a atividade livre se circunscreve dentro dos limites latos da lei, tendo como única diretriz restritiva o interesse coletivo, que cumpre atender. Sirva de exemplo a apreciação de utilidade pública quanto à execução de obra pública. Os técnicos são aqueles em que a atividade livre se circunscreve dentro de limites mais estritos da lei, tendo como diretriz restritiva o accertamento de elemento de fato em face de juízo qualificado a seu respeito, de modo a serem satisfeitas as exigências técnicas, dispostas pela lei, quanto a sua natureza, e que explicam a atuação administrativa. Sirva de exemplo a hipótese legal que autoriza a demissão de funcionário por procedimento irregular. Cumpre haver processo administrativo e nele se verificar se a falta imputada ao funcionário existiu, e, ainda, se esse procedimento é irregular, tudo segundo convicção da autoridade administrativa”.²¹¹

Destarte, a discricionariedade técnica é uma válvula de escape que amplia consideravelmente a margem de manobra da Administração, mas ainda dentro do aceitável. Mesmo existindo o dever jurídico de adotar *in concreto* a solução ideal preconizada pela lei, a escolha subjetiva do agente tende a imperar. A realidade das transações submetidas à apreciação do CADE, todavia, desmente esse ponto de vista, na medida em que é possível determinar com grande precisão o momento em que, de fato, as partes mudam sua conduta nos mercados, não sendo necessário mesmo lançar mão de presunções sem qualquer respaldo em lei.

Observe-se que, em maio de 2.001, um membro do Conselho do CADE chegou mesmo a declarar, em palestra, que, de fato, a lei não era clara, mas “que os empresários estariam pagando o preço das multas por terem sido contra o sistema de apresentação prévia”. A assertiva conduz inevitavelmente à conclusão de que, ao menos os membros do CADE, enxergam o dispositivo com tão ampla discricionariedade que sua aplicação se transforma em arbitrariedade.

Entendimento semelhante, permeado de arbitrariedade, não encontra fundamento jurídico para subsistir.

Sem adentrar em questões atinentes ao desvio de finalidade que semelhante declaração pode ensejar, permanecendo-se simplesmente na verificação da constitucionalidade da aplicação da norma da Lei nº 8.884, passa-se à análise de alguns casos paradigmáticos recentemente julgados pelo CADE. Como se vê, tal regra é constitucional, mas sua aplicação ao caso concreto

²¹¹ *Apud idem*, p. 80.

desrespeita toda e qualquer racionalidade. A partir da leitura de trechos de votos de Conselheiros do CADE ficará demonstrada a inexistência de lógica jurídica ou econômica nas decisões, fato que leva à necessária conclusão de que não tem atuado o CADE com obediência à lei, mas sim com arbitrariedade.

4. BREVE HISTÓRICO DAS MULTAS POR INTEMPESTIVIDADE

No período que se seguiu à transformação do CADE em autarquia federal, não se tem notícia de exageros nesta questão. Paradigmático deste período, é a decisão exarada no AC nº 53/95, julgado em 1997, em que se discutia a necessidade de dolo no atraso da notificação ao CADE, tese defendida pelos Conselheiros Leônidas R. Xausa e Paulo R. Dyrceu.²¹² Como afirmado pelo Conselheiro Relator Antônio Fonseca, “o administrado não precisa de notificação específica a fim de cumprir a sua obrigação”.

Observa-se que não havia dúvidas significativas sobre o momento a partir do qual se deveria contar o prazo legal de 15 dias úteis.

Com a entrada de novos Conselheiros entre 1998 e 1999, houve uma guinada radical no assunto. Como informa Heitor Faro de Castro, “registre-se que, em 1998 e início de 1999, segundo estatística do CADE, foram aplicadas cerca de 10 multas relacionadas a comunicações extemporâneas de concentração econômica ocorridas entre empresas, compreendendo a quantia total de R\$ 2,8 milhões”²¹³. Nas transações em que se verificasse qualquer relação vertical ou horizontal entre as partes, a assinatura do primeiro documento vinculativo seria suficiente para iniciar a contagem do prazo – apesar de, na prática, quase todo documento escrito passar a ser considerado como vinculativo, era possível encontrar alguns parâmetros indicativos, baseados na jurisprudência, tais como um adiantamento substancial do preço ou a indicação de diretores na empresa (AC nº 168/97)²¹⁴. Porém, sabia-se o termo inicial para

²¹² José Inácio Gonzaga FRANCESCHINI, *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*, p. 682.

²¹³ Heitor Faro de CASTRO, *Penalidades em defesa da concorrência*, Gazeta Mercantil, p. A3.

²¹⁴ “Momento da operação: Foi definido como sendo a data estabelecida no Contrato de Promessa de Vendas de Quotas de Capital para o fechamento da operação. Embora o fechamento da operação tenha sido prorrogado, a data inicialmente fixada foi mantida como referência para alguns aspectos importantes do negócio (início das atividades de distribuição pela adquirente; participação da adquirente na administração da adquirida). Note-se que o pagamento do negócio e a alteração do contrato social ocorreu em data posterior à do momento da operação”. (Ato de Concen-

contagem do prazo de 15 dias úteis nas transações que não resultassem em concentração vertical ou horizontal entre as partes seria iniciado apenas com o fechamento da operação, ou seja, apenas com o advento de todas as condições contratuais previstas.²¹⁵

Não bastasse certa discricionariedade no processo de definição do que seria “primeiro documento vinculativo”, com a entrada de novos Conselheiros no Plenário do CADE em 2000. A insegurança jurídica para os administrados aumentou: antes, ao menos buscava-se a existência de alguma documento: atualmente, lança-se mão de presunções sem suporte legal contra o administrado em completo desrespeito ao devido processo legal. Prova desta tendência são as votações extremamente divergentes do Conselho e mudanças de posição dos Conselheiros, sem atentar para o que decidiram anteriormente sobre a mesma hipótese de fato. Lembre-se o verificado no julgamento do Ato de Concentração nº 08012001196/00-32 (Requerentes Ina Holding Gmbh & Co. Kg e Valeo Deutschland Gmbh), em que o Plenário do CADE chegou mesmo a contradizer frontalmente entendimento do Conselho anterior.²¹⁶

tração nº 168/97, Requerentes Plus Vita S.A. e Van Mill Ltda., julg. 18.04.98 e 08.12.98, Multa de 60.000 UFIR)”

²¹⁵ Ver degravação da 147ª Sessão Ordinária do CADE, em que foi julgado o AC nº 08012.002263/99-58 (Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, Requerentes Thyssen Aktiengesellschaft e Fried. Krupp AG Hoescht-Krupp, DOU 23.12.99)

²¹⁶ “Ato de Concentração Nº 08012001196/00-32

Requerentes: Ina Holding Gmbh & Co. Kg e Valeo Deutschland Gmbh

Advogados: José Martins Pinheiro Neto, Celso Cintra Mori, Ubiratan Mattos e outros.

Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca

Ato de Concentração. Aquisição pela Ina Holding Gmbh da totalidade das cotas da Valco Deutschland Gmbh -Hipótese contemplada pelo Parágrafo 3º do Artigo 54 da Lei 8884/94. O recesso do colegiado do Cade não suspende o prazo para as requerentes protocolizarem Atos de Concentração. Apresentação tempestiva. Mercado relevante: platôs de embreagem, discos de embreagem e embreagens eletrônicas. Ausência de dano à concorrência. Operação aprovada sem restrições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente João Grandino Rodas e os demais Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração sem restrições, ratificando a aprovação já efetivada na 175ª Sessão Ordinária. Nesta 176ª Sessão Ordinária, o processo do Ato de Concentração foi recolocado em pauta, tendo em vista a manifestação oral da Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, na 176ª Sessão Ordinária, no sentido de rever sua posição quanto à tempestividade de apresentação do ato, conforme art. 65 da Lei 9.784/99. Ante a nova posição quanto à matéria, o Plenário, por maioria,

5. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DE VOTOS SOBRE INTEMPESTIVIDADE

A insegurança jurídica gerada por este comportamento desorganizado do CADE conduz à preocupação com o momento de se notificar, obrigando aos profissionais a se debruçar sobre os julgados em busca de coerência para orientar seus clientes. Ainda que alguns dos pontos de vista abaixo tenham sido vencidos, a sua mera argumentação é capaz de desorientar os operadores do direito. Alguns votos ilustrativos da dificuldade em se encontrar esta coerência serão transcritos abaixo.

5.1. AC. Nº 08012.004887/00-70 – VOTO DE VISTA DE CELSO F. CAMPILONGO

“(...) A Lei nº 8.884/94 não pressupõe a limitação fática da concorrência. Basta mera possibilidade de que essa limitação ocorra. Negócio jurídico pendente de condição suspensiva é, perante o direito, ato existente e válido. Apto, nesses termos, a caracterizar potencial limitação à concorrência. Não é correto que a legislação antitruste brasileira – com redação dada ao caput do artigo 54 e ao seu § 3º – exija eficácia imediata do ato notificado. A condição suspensiva, geralmente, tolhe eficácia plena do ato. Por isso, o momento da realização da operação não pode ser diverso, do prisma jurídico, daquele que confira ao ato, em sua plenitude, existência e validade. O que está pendente pela condição suspensiva não é a existência ou a validade do ato, mas só sua eficácia.

(...) A Lei de Introdução ao Código Civil determina que a lei do país que se constituírem as obrigações deve reger o ato (art. 9º). Como a operação em exame foi realizada no exterior e dependia de condições inerentes à legislação do lugar de origem, poder-se-ia argumentar que, enquanto não preenchida a condição, o ato não geraria e-

*considerou a presente operação intempestiva, porém não aplicou a multa determinada pelo art. 54, parágrafo 5º da Lei 8884/94, por força do disposto na Lei 9784/99, pelo voto médio. Votaram pela intempestividade, mas sem aplicação de multa, o Presidente, a Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva e o Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Vencidos os Conselheiros Mércio Felsky e Thompson Almeida Andrade, que votaram pela tempestividade, e os Conselheiros João Bosco Leopoldino da Fonseca e Celso Fernandes Campilongo, que votaram pela intempestividade. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Mércio Felsky, João Bosco Leopoldino da Fonseca, Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, Thompson Almeida Andrade, Celso Fernandes Campilongo, Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Presente O Procurador-Geral Amauri Serralvo
Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2001 (data do julgamento)”*

feitos no Brasil. Ocorre que, no campo do direito antitruste, a lei brasileira aplica-se também às operações que possam produzir efeitos no Brasil, ainda que ocorridas no exterior. Assim, não há como se afastar a competência dos órgãos brasileiros de defesa da concorrência e, muito menos, que se cogitar num papel ancilar ou secundário a lei nacional. As disposições da Lei nº 8.884/94 têm aplicação imediata sobre a operação em exame”.

Antes de tudo, a Lei nº 8.884, por se tratar de diploma jurídico típico do Direito Econômico, não se preocupa com a existência, validade e eficácia de um negócio jurídico. Pode-se conceber situações aplicáveis à Lei nº 8.884/94 que se concretizem sem a existência de um negócio jurídico como a gestão de negócios.

Para o Direito Econômico, essencialmente voltado à busca dos objetivos inscritos no art. 170 da Constituição Federal, não interessa discutir, *in abstracto*, a existência, a validade e a eficácia de um ato – esta é uma preocupação das discussões do direito civil. Para fins da Lei nº 8.884/94 o que importa é o efeito produzido sobre o mercado e não se, numa discussão *interna corporis* entre as partes contratantes, há ou não eficácia jurídica. Mais apropriada para a análise do CADE é a distinção entre eficácia e efetividade feita pelo publicista Luís Roberto Barroso, lastreado em José Afonso da Silva e Miguel Reale. “Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado” e “refere-se à aptidão, à idoneidade para a produção de seus efeitos”.²¹⁷ Diversamente, posta no plano da realidade, fora da teoria ponteana dos planos, encontra-se a efetividade ou eficácia social, pois “cuida-se da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”.²¹⁸

Percebe-se agora a confusão feita pelo Conselheiro: ao CADE o que importa é o mercado e não a relação jurídica entre as partes. A aptidão para gerar efeitos não significa necessariamente a sua produção, ainda mais quando a efetividade se encontra represada por condição ou termo. Representa a efetividade a “materialização no mundo dos fatos” dos preceitos contratuais. Em outras palavras, aplica-se um conceito privatista para uma situação em que deveria ser aplicado o conceito sob seu aspecto funcional.

No caso analisado pelo Conselheiro, tratava-se de notificação *a priori* de Ato de Concentração realizado no exterior, ou seja, o ato simplesmente não era válido e não irradiava efeitos, pois a aprovação antitruste obstava seu prosseguimento. Logo, a operação deveria ter sido considerada tempestiva,

²¹⁷ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 220.

²¹⁸ Idem, p. 221.

porque não influenciou nem possibilitou, àquela época, a produção de efeitos concretos no mercado brasileiro.

5.2. AC. Nº 08012.005437/00-11 - VOTO DO CONSELHEIRO AFONSO A. DE M. FRANCO NETO

“(…) O Contrato não estipula multa por rescisão nem estabelece quaisquer condições de razoabilidade do acesso a informações ou de preservação da condução normal dos negócios até o fechamento. Por outro lado os termos do contrato antecipam a perspectiva do controle da Quante pela SuSe, estipulando valores de pagamento pelas ações e dividendos dos acionistas dissidentes da operação.

O raciocínio do Conselheiro merece duas observações.

É possível afirmar que, em vista da não previsão de multa contratual, o Conselheiro tenha concluído que as partes não vislumbravam qualquer possibilidade de rescindir o contrato (“critério da reversibilidade econômica da operação”). Todavia, esqueceu-se o fato de que, nos países de sistema jurídico de tradição romano-germânica, as multas por violações contratuais estão previstas em lei, sendo limitadas no Código Civil. Desta forma, estipular multa superior ao teto legal é determinação inválida e a idéia de que as partes contratantes nada farão para retornar ao *status quo ante* em vista da ausência desta estipulação parece por demais ingênua.

Além disso, o fato de que algumas cláusulas do contrato “antecipam a perspectiva do controle da Quante pela SuSe” por conterem um valor a ser pago pelas ações e dividendos não é, por si só, capaz de configurar a capacidade de mudar as decisões estratégicas.

A própria idéia de mudança nas relações de concorrência precisa ser analisada com cuidado (“critério de alterações no controle da empresa em concentração”). Uma empresa pode individualmente decidir que não mais deseja competir no mercado, contentando-se em ver minguar suas vendas num dado mercado. Do mesmo modo, os proprietários desta empresa podem decidir que irão vendê-la, sem contudo ter nenhum comprador em mente – deveria a transação neste ponto ser apresentada? E se os seus proprietários, após deixarem de conduzir com afinco seus negócios, entram em contato simultaneamente com vários potenciais compradores, assinando documentos confidenciais para que estes tenham acesso a dados vitais da empresa? Este momento é o inicial da apresentação? Não seria o momento, na medida em que não há um interessado definido, muito embora a empresa-alvo já não concorra e os compradores tenham acesso a informações estratégicas suas. É possível que os

proprietários da empresa-alvo desejem buscar a melhor oferta dentre todos os interessados, conduzindo negociações simultâneas.

Estes questionamentos mostram como podem ser enganadoras as presunções da maneira que o CADE as tem usado. Para evitar equívocos deste tipo, é preciso que haja algo mais concreto: a indicação de um membro da diretoria ou o pagamento de parcela substancial do preço seriam indícios mais consistentes do que meras especulações sobre cláusulas contratuais.

5.3. AC. Nº 08012.004560/00-14 - VOTO DA CONSELHEIRA HEBE T. ROMANO

No referido voto da Conselheira Hebe Romano, foi considerada a existência de uma cláusula de acesso à informação como tendo a capacidade de “clara ingerência sobre os negócios da empresa”. De acordo com o raciocínio exposto no voto, a adquirente ao proceder com a auditoria da empresa-alvo²¹⁹, passou a deter capacidade de influir na gerência da empresa. Em outras palavras, a adquirente sempre terá que comprar algo que não sabe exatamente o que é, mas apenas tem uma noção.

O raciocínio é distorcido, pois o simples acesso a informações, como dito acima, não tem condão por si só de alterar as relações de concorrência. Afinal, vários podem ter acesso simultâneo a tais informações e nada os obriga, dependendo do contrato, à concretização do negócio. Nos leilões para privatização de empresas estatais, era dado aos licitantes pleno acesso às informações em momento muito anterior ao da apresentação – neste grupo de licitantes, certamente havia vários potenciais compradores que, pela ótica atual do CADE, teriam, àquela época, já deixado de concorrer, mas, nem por isso, este estágio foi considerado como deflagrador da contagem do prazo.

Ressalte-se que, já no Ato de Concentração nº 08012.001489/2000-18 o CADE parece ter mudado de entendimento, a ponto de não mais considerar um “Contrato de Sigilo” como sendo o termo inicial, muito embora tenha considerado a apresentação intempestiva.

5.4. AC. Nº 08012.004644/99-62 – VOTO DO CONSELHEIRO CELSO F. CAMPILONGO

²¹⁹ Um trecho da Seção 5.5 possibilitava “(...) o acesso integral durante o horário normal de trabalho aos seus escritórios, propriedades, livros e registros, permitindo-lhes que inspecionem e façam cópias dos contratos, livros e registros e de todos os outros documentos e informações que possam vir a ser solicitados em relação às operações e negócios da Sociedade e de suas Subsidiárias (...)” e a “investigação dos negócios da Sociedade e suas Subsidiárias”.

“É certo que implemento da condição é deflagrador das conseqüências do ato. Porém, como sublinha Zeno Veloso, com arrimo em Karl Larenz e Emilio Betti, “seria inexato supor que o negócio jurídico condicional não produz anteriormente qualquer efeito jurídico ... já na pendência da condição existe o gérmen de vida de uma relação jurídica futura” (Condição, Termo e Encargo, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 56). Dito de outro modo: não é o ato jurídico (oferta pública) que pende. O ato já se per fez. Sua eficácia é que depende da condição.

A legislação brasileira fala em primeira documento vinculativo”. Li da com a idéia de “crime de perigo”. O risco de que o ato – ainda que pendente de condição – possa eventualmente , gerar efeitos concorrenciais (mesmo que isso não ocorra) é o suficiente para que a operação seja apresentada às autoridades brasileiras. Irrelevante, do prima jurídico, que a operação esteja pendente de apreciação em outras jurisdições”.

Este Ato de Concentração se concretizou por meio de oferta pública entre empresas concorrentes condicionada à aquisição de percentual pré-estabelecido, em que as ações encontravam-se altamente dispersas no mercado.

Seguindo a mesma argumentação criticada no item 5.1, *supra*, o Conselho defende que a produção de efeitos possa se dar num plano essencialmente jurídico, ignorando a sua “materialização no mundo dos fatos”. Ignorou, simplesmente, a impossibilidade fática representada pela grande dispersão das ações, o que poderia em tese obstar a realização da operação.

Mais apropriado para solucionar o caso concreto parece ser o entendimento do Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Ao analisar o mesmo ato de concentração, observa que o “Acordo e Plano de Incorporação contém condições para a efetivação da operação, que incluem a necessidade de que os acionistas detentores pelo menos da maioria das ações (50%) tivessem aceito a oferta na data prevista de seu encerramento. O Contrato prevê que, enquanto não fosse aceita por detentores da maioria das ações, a oferta poderia ser revogada e até mesmo retirada. Assim, a realização da operação não poderia ser dada como certa antes da data de encerramento da oferta, haja vista, ainda, que apenas cinco acionistas detinham mais de 5% do capital acionário, perfazendo um total de 31,2% dos votos”.

No Ato de Concentração nº 08012.04007/99-69, o Conselheiro Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto, segue a mesma linha de raciocínio e afirmando que “considerando que a estrutura societária das requerentes é bastante pulverizada, detendo a maior acionista menos de 10% do capital social, apenas após a aprovação da assembléia de acionistas é questionável a vinculação entre as requerentes e não antes desses evento ou da oferta públi-

ca”. Neste caso, foram vencidos os Conselheiros João Bosco Leopoldino da Fonseca, Thompson Almeida Andrade e Celso Fernandes Campilongo.

5.5. AC. Nº 08012.001368/99-81 – VOTO DO CONSELHEIRO AFONSO A. DE M. FRANCO NETO

O Ato de Concentração nº 08012.001368 consistia na notificação da transferência da concessão de “funcionamento e ativos operacionais da Ferrovia Teresa Cristina” por meio de leilão do Programa Nacional de Desestatização. O Plenário do CADE, seguindo orientação do Conselheiro Relator, considerou tempestiva a notificação, realizada após o prazo legal de 15 dias, em virtude do art. 48 do Decreto nº 1.204/94.

Em síntese, a regra do art. 48 do Decreto nº 1.204/94 determinava que a apresentação deveria ocorrer “após a liquidação financeira da operação”, fato que, ao tempo da notificação, sequer havia ocorrido. Nesta direção, o Conselheiro Relator afirmou que “tal Decreto consiste em norma especial e posterior, inclusive à Lei nº 8.884/94, de maneira que a leitura da tempestividade da operações de concentração analisadas por esta lei deve ser feita em consonância com aquela norma especial”.

Antes de tudo, note-se que um Decreto, ainda que do Presidente da República, não poderia revogar uma Lei, mesmo que esta Lei fosse especial e posterior – só pode o Decreto conter instruções para o cumprimento da Lei. Portanto, não estaria o CADE vinculado a dispositivo manifestamente ilegal. Esta afirmação é feita sem entrar no mérito da questão se, do ponto de vista da competência, o Presidente da República poderia ter avocado para si o poder de regulamentar o órgão de cúpula do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, posto que o mesmo é organizado como ente da administração indireta.

Aliás, é exatamente para isso que o CADE é constituído sob a forma de autarquia independente, cujos Conselheiros possuem mandato irrevogável de 2 anos: evitar que pressões políticas se exerçam e que a Lei deixe de ser cumprida.

6. CONCLUSÃO

Fica nítido que a letra da Lei nº 8.884/94, por si só, não contém elementos suficientes capazes de trazer segurança jurídica aos administrados, verificando-se uma distorção em contradição com os próprios fins da lei: em vez de despender seus esforços na análise das estruturas – verdadeiro propósito da controle das concentrações econômicas -, o CADE perde seu foco ao discutir exaustivamente a tempestividade da apresentação. O que deveria ser acessório torna-se principal, a ponto de os advogados da área se preocuparem

mais com o prazo e cláusulas que já foram consideradas como aptas a iniciar a contagem do prazo do que com a elevação do Índice *Herfindahl-Hirschmann*.

Diante das dificuldades interpretativas a Lei nº 8.884/94 traz é que deveria surgir uma verdadeira atividade prudencial por parte do Conselho, objetivando dar segurança jurídica aos administrados – seria entender a atividade jurisdicional do CADE permeada com a idéia do *ius est ars boni et aequi*. Deveria o CADE observar o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que determina como critério da atuação administrativa a “adequação entre os meios e os fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.”

Diante disso, a aplicação das multas por intempestividade nos casos acima descrito não só se torna discricionária, mas também arbitrária, pois a falta de critérios objetivos e coerentes cria ambiente permeado de insegurança. Saliente-se que “la confianza presenta en actualidad significativas proyecciones en distintos campos, como en la Economía, cuyos nuevos enfoques enseñan como la eficiencia económica depende en gran medida de aquella.” Particularmente no mundo jurídico, a segurança “constituye una ventana por la cual el elemento ético ingresa en el mundo jurídico, ya sea como principio básico de la vida social – sin la cual sería imposible concebir la convivencia en sociedad -, o también, creando deberes específicos de conducta conforme a las expectativas de conductas razonables por parte de los sujetos portantes. El hombre actúa por motivaciones, y la primordial es la expectativa de confianza que supera la incertidumbre en cualquier orden, especialmente en el ámbito jurídico económico para romper con los riesgos del mercado, creando un marco de expectativa favorable a su acceso, evitando daños innecesarios.”²²⁰

Vê-se que a alegação, tantas vezes invocada pelos Conselheiros para aplicar as multas por intempestividade, de que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”²²¹, soa, diante das dificuldades e divergências acima expostas, no mínimo, como arrogante – particularmente, quando nem mesmo o CADE chega a um consenso do que seja o momento para apresentação das notificações.

Neste ambiente de insegurança, o uso do princípio da proporcionalidade como modo de assegurar uma aplicação consistente da multa por intem-

²²⁰ Celia WEINGARTEN, El Valor Económico de la confianza para empresas y consumidores, *Revista de Derecho del Consumidor*, vol. 33, p. 33-34.

²²¹ Voto do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca no Auto de Infração nº 010/00.

pestividade em virtude da falta de critério seguros dados pela Lei nº 8.884/94 seria um bom balizador. Verificar a proporcionalidade entre a ação e as conseqüências dela nascentes garantiria muito mais segurança.

Assim, a tempestividade de uma mera aquisição por entrada num dado mercado no atual sistema de notificação não deveria ser severamente punida se o atraso foi pequeno e não intencional – afinal, o CADE já decidiu inúmeras vezes que tais operações, por suas características, não repercutem nos mercados. Por outro lado, o atraso na notificação de uma operação com concentração vertical ou horizontal deveria ser mais severamente punida do que é hoje, pois a potencialidade de efeitos negativos é, desde o princípio, sabida e avaliada pelos agentes econômicos envolvidos.

7. BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 95, p. 42-50, jul./set. 1990.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Da discricionariedade administrativa*. São Paulo, 1990.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5ª Edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Processos informais de mudança na constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998.
- GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- . *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, RT.
- . Princípios da Livre Iniciativa e da Legalidade – Imposição do Dever de Etiquetar Preços, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 24, p. 92-101.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Bolívar B. M. O poder normativo de órgãos da administração: o caso da CVM. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, v. 64, p. 47-69, 1986.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. Boston and Toronto: Little, Brown, and Co., 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.
- VELLOSO, Caio Mário. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 39-50, jan./mar. 1983.
- WEINGARTEN, Celia. El Valor Economico de la confianza para empresas y consumidores, *Revista de Derecho do Consumidor*, vol. 33, p. 33-50.
- XAVIER, Alberto Pinheiro. *Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência*. Ministério das Finanças de Portugal: Lisboa, 1970.