

# A QUESTÃO DO NÃO CONHECIMENTO DAS OPERAÇÕES NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

*Gustavo Flausino Coelho*

## **1. Introdução**

O estudo desenvolvido na presente monografia visa a abordar a questão do não conhecimento, por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de operações pretensamente consideradas como atos de concentração sujeitas à notificação obrigatória ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), conforme previsto na Lei 8.884/1994 (“Lei Antitruste”).

A partir das recentes discussões do Plenário do Cade sobre o tema, este trabalho pretende abordar os requisitos legais existentes para a submissão necessária de atos de concentração para o SBDC e a atual aplicação das teorias que desejam mitigar a aplicação da previsão legal às operações de reduzido potencial de dano à concorrência.

À luz dessa questão, serão discutidas as propostas suscitadas para reduzir a insegurança jurídica provocada pela incerteza quanto ao conhecimento de atos de concentração por parte das autoridades de defesa da concorrência.

## **2. Atos de concentração no Brasil: submissão obrigatória e requisitos legais**

A Constituição da República Federativa do Brasil (“CF/88”), promulgada há vinte anos, apresenta desde no texto original até os presentes dias uma divisão destinada à ordem econômica e financeira (título VII – arts. 170 a 192). Assim, a Carta Magna incorporou ao nosso ordenamento jurídico a ideia de constituição econômica, ao determinar a forma de organização e funcionamento da economia nacional.

Nesse sentido, cabe destacar a previsão constante no art. 170, inciso IV, da CF/88. A partir da livre concorrência, consignada como princípio da ordem econômica, o Constituinte decidiu adotar a inédita postura no direito brasileiro de introduzir normas de direito antitruste em nosso ordenamento.

Para atender a esse fim, a Carta dispõe, no art. 173, § 4.º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A lei ordinária referida no texto constitucional foi devidamente sancionada pelo Presidente da República em 11 de junho de 1994 sob o n. 8.884 (“Lei Antitruste”). Tal diploma legal possibilitou a plena eficácia da previsão constitucional de promoção da livre concorrência, não se limitando à repressão das condutas lesivas ao mercado competitivo, mas abarcando a prevenção de infrações à ordem econômica, que é realizada por meio de controle de estrutura de mercado.

O controle estrutural encontra amparo legal infraconstitucional no art. 54 da Lei Antitruste, devendo monitorar a configuração dos mercados pelo controle de atos e contratos que viabilizam legalmente as fusões e aquisições, incorporações, joint ventures e outros meios de concentração econômica.

Ao notar que a estrutura de mercados apresenta é de grande relevância para as condições de concorrência, as autoridades de defesa da concorrência adotam postura preventiva, analisando de forma peculiar os chamados atos de concentração.

Para tanto, cabe analisar a definição de ato de concentração consagrada no direito antitruste nacional, a partir do entendimento extraído da doutrina e do texto legal.

A concentração é o ato de associação de empresas que provoca a transferência do poder decisório de órgãos independentes para um sistema de controle empresarial (FORGIONI, 2005, p. 466). Segundo os ex-presidentes do Cade Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 186), o ato de concentração pode ser compreendido como o ato jurídico de integração de empresas que gera poder econômico, i. e., a capacidade de influir em determinado mercado.

Recorrendo à recente publicação de Santiago (2008, p. 250):

Em suma, um ato de concentração econômica se caracteriza por mudanças duradouras na estrutura das empresas envolvidas, sendo necessário que estas mudanças façam com que essas empresas atuem como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações econômicas por elas realizadas.

As concentrações devem ser classificadas em três categorias: (i) horizontais; (ii) verticais; e (iii) conglomeradas. Brevemente, cabe distinguir

as concentrações horizontais por envolverem agentes econômicos que desenvolvam atividades no mesmo mercado, sendo concorrentes diretos. Nas concentrações verticais, os agentes não atuam no mesmo mercado, nutrindo relação de conexão ao longo da cadeia produtiva. Já as concentrações por formação de conglomerados são consideradas como residuais (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 318-319), uma vez que as operações não se enquadram nas demais categorias. Nessa situação, as empresas atuam em mercados distintos e sem correlação entre si.

De acordo com o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal formulado conjuntamente pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), não é possível definir preliminarmente se concentrações econômicas impactam positiva ou negativamente no bem-estar econômico. Assim, afasta-se a ideia de atos aprovados ou reprovados per se. A tabela abaixo (“Tabela 1”) apresenta sinteticamente as variáveis existentes que obrigam a análise específica de cada caso:

**Tabela 1 – Impactos dos atos de concentração no bem-estar econômico**

Impactos dos atos de concentração no bem-estar econômico	
Positivos	Negativos
Vantagens competitivas para participantes	Adoção de práticas anticompetitivas
<ul style="list-style-type: none"> <li>– economias de escala</li> <li>– economias de escopo</li> <li>– redução dos custos de transação</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– aumento de preços</li> <li>– redução da qualidade</li> <li>– diminuição da variedade e/ou inovações</li> </ul>

Fonte: Elaboração do autor

Para consolidar a previsão adotada para atos de concentração, recorre-se à Lei Antitruste:

“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.

(...)

§ 3.º 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)”.

Conforme disposto acima, os atos de concentração no Brasil apresentam duas hipóteses legais para submissão à apreciação das autoridades de defesa da concorrência: (i) atos que possam limitar ou prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência; e/ou (ii) atos que possam resultar na dominação de mercado relevante. Essas condições foram apresentadas na Lei Antitruste de forma objetiva, ao obrigar a apresentação da operação ao SBDC quando: (i) ato implicar em participação de pelo menos 20% (vinte por cento) de um mercado relevante (art. 20, § 3o); ou (ii) ato tenha qualquer participante com faturamento bruto anual no último exercício social equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) (art. 54, § 3o).

Assim, resta claro que a existência de pelo menos uma das duas condições indicadas acima obriga os participantes, no caso concreto, à notificação obrigatória.

### 3. O conhecimento

Quando os atos de concentração são submetidos à análise do SBDC, os requerentes visam à aprovação sem restrição de suas operações. Todavia, antes de adentrar no mérito do caso, cabe às autoridades de defesa da concorrência a apreciação preliminar quanto à necessidade de o ato em tela ser enviado à esfera antitruste para controle de estrutura.

Por meio da apropriação de termo utilizado no direito processual civil,<sup>1</sup> o “conhecimento” será dado à operação, caso esta apresente as características devidas para a notificação ao SBDC (critérios supramencionados de

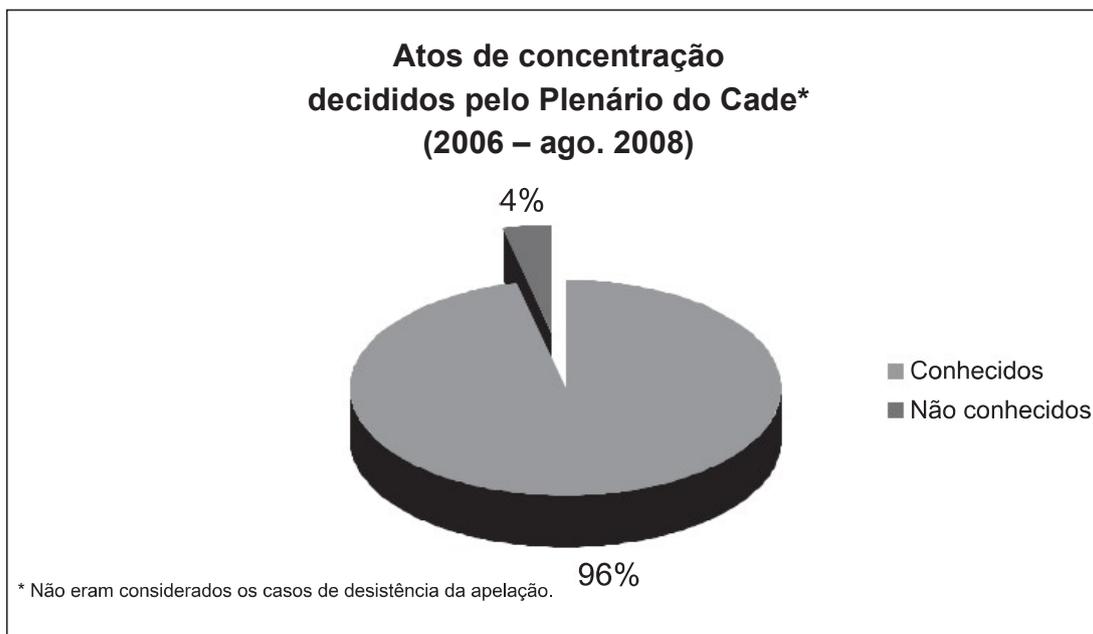
<sup>1</sup> Conforme lição de J. E. Carreira Alvim (2007, p. 320) sobre recursos no direito processual civil, é preciso analisar inicialmente os pressupostos para admissão do recurso (“juízo de admissibilidade”), como a satisfação das condições impostas em lei, para posteriormente examinar o mérito (“juízo de mérito”). Sendo o juízo de admissibilidade preliminar ao juízo de mérito, caso o tribunal entenda que o recurso não atende aos pressupostos, deve declarar que “não conhece o recurso”. Caso o juízo de admissibilidade dê positivo, diz-se que “conhece o recurso”.

faturamento ou posição dominante). No mesmo sentido, o conhecimento no direito antitruste é declarado pelo tribunal (Plenário do Cade) após a devida análise, a fim de atestar que o caso apresentado cumpriu os requisitos de forma indicados no texto legal.

Cabe destacar a objetividade das hipóteses de não conhecimento. O Cade pode não conhecer o ato caso o mesmo não se subsume aos parâmetros constantes no parágrafo 3.º do art. 54. “Assim, o Cade sequer examina o mérito do processo, julgando-o extinto.” (Santiago, 2008, p. 260)

Para ilustrar o universo das operações conhecidas e não conhecidas pelo Cade, segue abaixo gráfico indicando os atos de concentração julgados entre 2006 e 2008 (“Gráfico 1”).

**Gráfico 1 – Atos de concentração decididos pelo Plenário do Cade (2006 – ago. 2008)**



Fonte: Cade / Elaboração: autor

Cabe destacar a redação do art. 523, § 1.º, do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973):

“Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1.º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.”

Apesar da aparente inexpressividade percentual de casos que não foram conhecidos, cabe destacar que o percentual indicado corresponde a 50 (cinquenta) atos de concentração que foram submetidos indevidamente ao SBDC. Isso significa que há uma média de quase 1 (uma) operação não conhecida por sessão ordinária do Cade.

O não conhecimento implica no arquivamento do ato de concentração sem o julgamento de mérito por parte do Cade. Dessa forma, deve-se indagar sobre o motivo de tantas sociedades requerentes terem submetido as suas operações em vão nos últimos anos.

#### **4. A questão do não conhecimento**

A questão do não conhecimento no direito antitruste brasileiro deve ser analisada em duas partes: (a) falta de uniformidade na análise de casos com jurisprudência pacífica por parte dos órgãos de instrução e de julgamento; e (ii) embate de ideias quanto à aplicação irrestrita do art. 54, *caput* e § 3.º.

##### *4.1 Falta de uniformidade do SBDC*

Apesar de os entes competentes pela instrução e julgamento do SBDC serem independentes em suas análises, e da necessidade de se analisar cada ato de concentração de forma individualizada, não é possível tratar com naturalidade a gama de casos simples, em rito sumário, que apresentam divergências entre os posicionamentos defendidos pela SEAE,<sup>2</sup> pela Procuradoria do Cade (ProCade) e pelo conselheiro-relator.

Um exemplo recente pode ser visto no AC 08012.001167/2008-26. Não obstante a operação se tratar de mera reestruturação societária, o que afasta a aplicação do controle estrutural pelas autoridades de defesa da concorrência,<sup>3</sup> a SEAE se manifestou pelo conhecimento.

Mesmo com entendimentos consolidados pela jurisprudência antitruste, como o referido posicionamento em casos de reestruturação societária, o

---

<sup>2</sup> O posicionamento apresentado pela SEAE em seu parecer é acompanhado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) nos casos de atos de concentração, conforme Termo de Cooperação Técnico-Operacional firmado entre a ProCade e a SDE publicado no Diário Oficial da União em 20 de agosto de 2007. Dessa forma, quando mencionada a posição da SEAE em um dado caso, será considerada também a mesma posição para a SDE para fins do presente trabalho.

<sup>3</sup> Vide AC 53500.006612/2002.

problema reside na aplicação da decisão reiterada na prática, quando a SEAE e/ou a ProCade não identificam os claros indícios para o não conhecimento e o ato de concentração é aprovado pelo Plenário do Cade pelo rito sumário.

No caso em tela, o conselheiro-relator Paulo Furquim de Azevedo apresentou voto elucidativo, reiterando a posição existente sobre a operação e convencendo os demais conselheiros a não conhecer a operação por unanimidade.

Assim, fica notória a deficiência do SBDC em lidar com questões de redução complexidade que envolvem o conhecimento, mesmo em casos de entendimento cristalizado do Cade pelo não conhecimento.

#### 4.2 *Conflito atual: não subsunção*

Conforme previsto há vários anos (Oliveira; Rodas, 2004, p.192-194), há um ponto sensível sobre o conhecimento ou não de uma operação no Cade.

Partidários de uma visão mais legalista (ou ortodoxa) do direito antitruste costumam afirmar que inexistem exceções para a aplicação dos requisitos constantes no art. 54, *caput* e § 3.º da Lei Antitruste, exceto se constantes na própria redação da lei.

Outros, invocando o princípio da eficiência econômica e processual, sustentam abordagem liberal, afirmando que existem operações entre agentes que não se submetem ao referido art. 54. Nessas operações não haveria qualquer possibilidade de limitação ou prejuízo à livre concorrência, o que seria suficiente para isentar os participantes de apresentação do ato ao SBDC.

O embate tem se acirrado recentemente, sendo capitaneado pela ProCade e endossado pelo conselheiro Furquim e pela ex-presidente do Cade Elizabeth Farina, a fim de o Plenário alterar o entendimento da maioria dos conselheiros e adotar a postura liberal da não subsunção de atos manifestamente irrelevantes do ponto de vista concorrencial.

A principal situação de divergência do Plenário ocorre nos casos em que a operação é notificada ao SBDC em razão de o faturamento do vendedor atender ao mínimo legal para submissão. A necessidade de submeter esse tipo de operação aos custos inerentes ao procedimento de análise concorrencial é uma anomalia da Lei Antitruste, uma vez que, em última instância, se trata de uma “desconcentração” econômica e não de um ato de concentração.

Para exemplificar, cabe analisar o recente AC 08012.000431/2008-12, no qual os pareceres da ProCade e da SEAE e o voto do conselheiro-relator

convergir no sentido de acolher o argumento do não conhecimento da operação. Pautado na premissa maior de que não é aplicável a presunção de lesividade quando apesar de o faturamento do grupo vendedor atende ao requisito de faturamento do art. 54, § 3.º, da Lei Antitruste, o conselheiro-relator Paulo Furquim sustentou a tese da não subsunção obrigatória para casos como esse. Todavia, sofreu a derrota por maioria do seu pensamento. Dessa forma, o ato de concentração em tela foi conhecido e aprovado sem restrições.

Em suma, os defensores do novo entendimento sustentam os seguintes argumentos: (i) o faturamento do grupo vendedor não pode ser fator exclusivo para submissão de ato de concentração ao SBDC; (ii) o termo “participante”, constante na redação do art. 54, § 3.º, da Lei Antitruste, não deve abarcar o agente econômico vendedor, pois este não seria participante do ato de concentração, mas mera parte do contrato que serve de suporte fático para a operação; e (iii) diante da referida ambiguidade terminológica entre o significado jurídico das palavras “parte” e “participante”, parece ser mais sensata a interpretação à luz do sentido sustentado pelo Legislador da Lei Antitruste de eficiência econômica e possibilidade de dano ao ambiente concorrencial.

Defensor da estrita interpretação legalista para o caso em comento, o ex-conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado costumava sustentar em sessão que a legislação antitruste brasileira deve ser respeitada e suas imperfeições devem ser sanadas da devida forma (alteração legislativa). Assim, enquanto a Lei Antitruste não fosse alterada, não caberia o despeito do texto legal ou a sustentação de interpretação extraordinária.

### 4.3 *Perspectivas*

Em meio a essa contenda, o Cade apresenta posição frágil para lidar com tamanha divergência de posições. Destaca-se que a questão do não conhecimento envolve o interesse coletivo, não se tratando de questão irrelevante.

A notificação obrigatória é um custo para toda a sociedade em nome de um bom enforcement da defesa da concorrência. Esse dano à coletividade se manifesta explicitamente na taxa de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) ao SBDC<sup>4</sup> e nos honorários pagos aos profissionais encarregados pela

<sup>4</sup> O valor da taxa pago ao SBDC não é devolvido ao requerente em caso de não conhecimento da operação, uma vez que se considera que o montante foi devidamente

notificação e acompanhamento da operação, assim como no dispêndio da Administração Pública com a análise antitruste da operação. Contudo, o problema maior a ser enfrentado é a incerteza quanto ao que fazer em situações como a do AC 08012.000431/2008-12, em que há divergência sobre a necessidade de notificação.

Enfatiza-se que a dúvida quanto à questão gera um volume de trabalho desnecessário para o SBDC, resultando em instruções e votos rasteiros, e, em última análise, um sério problema para um ramo do direito que destaca a produção advinda dos julgados.

Nesse sentido, listamos abaixo algumas sugestões de medidas cabíveis por parte do SBDC, a fim de sanar o atual quadro de instabilidade:

- promover o diálogo institucional entre os componentes do SBDC, a fim de melhorar a qualidade dos casos, especialmente na fase de instrução;
- rediscutir o projeto de instrução normativa do Cade<sup>5</sup> para definir critérios objetivos de conhecimento de operações de concentração econômica em consonância com a Lei Antitruste; e
- pressionar efetivamente o Poder Legislativo, a fim de aprovar o Projeto de Lei 3.937/2004, que trará disposição diversa para a notificação obrigatória de atos de concentração.

Porém, enquanto a Lei Antitruste não for alterada e o art. 54, caput e § 3.º mitigado pela legislação, a melhor forma de assegurar o crescente destaque e credibilidade dados ao direito antitruste nacional é a aplicação irrestrita do texto legal em vigor, a despeito da visão de eficiência econômica.

## 5. Conclusão

Ao longo do trabalho, foram analisadas as características e circunstâncias teóricas e práticas do não conhecimento no Brasil.

---

empregado na análise da operação, independentemente do seu conhecimento pelo Plenário do Cade.

<sup>5</sup> Desde 2007, o conselheiro Furquim defende a edição de uma norma do Cade estabelecendo, de forma transparente e clara, as hipóteses de não conhecimento. Os ex-presidentes do Cade Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 194) fazem menção à iminência de o assunto ser tratado por meio de resolução do Cade, uma vez que a tendência de não subsunção se firme.

Procurando sempre se ater aos aspectos econômico e técnico-jurídico da matéria, inserida no campo do direito da concorrência, buscou-se demonstrar a importância que esse tema tem para a sociedade. Devido ao pouco destaque dado ao tema, mesmo dentro desse ramo do direito, o não conhecimento tem sido declarado de forma inconstante e sem questionamentos futuros.

Esse trabalho visou a explorar um tema raramente abordado com a devida atenção pela doutrina. Conforme exposto no capítulo anterior, o não conhecimento apresenta facetas distintas, mas que resultam em problemas similares para a sociedade (insegurança jurídica e redução do enforcement, em especial).

Como se percebeu, a tendência atual é de discussão do tema, que deve ser tratado pela nova formação do Plenário do Cade de modo singular. Nesse sentido, o presente trabalho espera contribuir para a constante melhora dos institutos de defesa da concorrência, a altura da magnitude do Brasil e do potencial econômico do país e das empresas nele instaladas.

### **Bibliografia**

- BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 22 out. 2007.
- BRASIL. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1.º de agosto de 2001 – Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/legislacao/portarias/2001/SEAE\\_SDEn50\\_2001.pdf](http://www.cade.gov.br/legislacao/portarias/2001/SEAE_SDEn50_2001.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2008.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SANTIAGO, Luciano Sotero Santiago. *Direito da concorrência – Doutrina e jurisprudência*. Salvador: JusPodivm, 2008.