

NATUREZA E A FINALIDADE DOS PARECERES TÉCNICOS DA SEAE E DA SDE, PREVISTOS NO ARTIGO 54, §6º, DA LEI 8.884/94.

Pedro Dutra

1. A prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico: a disposição constitucional e a Lei 8.884/94 - A função preventiva do CADE; 2. Apreciação dos atos de concentração - Efeitos; 3. O concurso da SEAE e da SDE - Tratamento análogo à perícia; 4. Pareceres técnicos da SEAE e da SDE: etapas do processo de apreciação dos efeitos da integração do poder econômico - Análise do fato da integração - Fato de causa - Verificação dos fatos; 5. Verificação dos fatos: prestação de informações pelas requerentes - Fixação do fato da integração do poder econômico - Natureza objetiva, quantificadora - Art. 83 da Lei 8.884/94 c.c. art. 458 do CPC; 6. Apreciação do impacto do fato - Juízo técnico sobre o fato da causa - Valoração; 7. Estrutura e conduta: planos complementares - Precedência do parecer da SEAE ao da SDE; 8. Submissão do ato ao conselheiro-relator - Não vinculação - Aplicação da Lei 8.884/94: competência exclusiva do CADE; 9. Conclusão.

1. Entre os princípios regentes da ordem constitucional, inscreveu o legislador brasileiro o da livre concorrência, (artigo 170, IV), e prescreveu a sua guarda em “*Lei (que) reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros*” (art. 173, IV). A Lei é a de nº 8.884/94, e, em forma preambular, seu artigo 1º “*dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica*”.

Nesta mesma norma, é outorgada ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – competência para “*zelar pela observância*” desta Lei e, especificamente, exercer a função preventiva referida no artigo 1º, da Lei citada: “*apreciar os atos ou condutas, sobre qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do artigo 54...*”, (artigo 7º, I e XII).

Assim, exerce o CADE a sua função de prevenir o abuso do poder econômico nos termos das regras contidas nos artigos 1º e 7º, e nos termos do disposto no artigo 54, *caput*, todos da Lei 8.884/94, que diz:

“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.”

Os atos referidos são atos ou negócios jurídicos que integrem poder econômico antes detido por duas ou mais empresas independentes. Acertadamente, não cuidou o legislador da forma do ato ou negócio jurídico, e sim da apreciação dos efeitos decorrentes do ato da integração do poder econômico determinado pelo ato ou negócio jurídico, para aferir ou estimar o impacto desses efeitos, atual ou futuro, sobre o mercado ou mercados afetados. No parágrafo 3º do citado artigo, fixou o legislador índices de jurisdição, a identificar aqueles atos ou negócios jurídicos a serem obrigatoriamente notificados ao CADE por qualquer de seus celebrantes, para que o plenário deste órgão possa exercer o controle preventivo do abuso do poder econômico, como lhe prescreve a Lei.

A função preventiva do CADE será exercida, portanto, apenas em relação a determinados atos ou negócios jurídicos que integrem poder econômico de empresas antes independentes. No exercício dessa função deverá o CADE, nos termos do artigo 54, *caput*, da Lei 8.884/94 decidir se os efeitos decorrentes do ato da integração do poder econômico sob exame, que já se projetam, ou irão projetar-se, sobre o mercado concorrencial, por alguma forma prejudicam a livre concorrência ou resultam em domínio de mercado relevante de bens ou serviços. Ao assim decidir, três possibilidades se põem ao plenário do CADE.

A primeira, os efeitos do ato não importaram ou importarão em qualquer prejuízo à livre concorrência, ou não resultam ou não resultarão em domínio de mercado relevante, por parte de um de seus figurantes, sendo devida a aprovação do ato, pelo plenário do CADE.

A segunda, diretamente oposta à primeira: os efeitos irradiados do ato sob exame prejudicam ou irão prejudicar absolutamente a livre concorrência,

e em igual teor resultam ou resultarão em domínio de mercado, sendo devida a reprovação do ato, pelo plenário do CADE.

A terceira possibilidade: mesmo se os efeitos do ato causam ou causarão prejuízo à livre concorrência e importam ou importarão em domínio de mercado, porém em grau suportável à preservação da livre concorrência, e não ocorrendo domínio de mercado, a eles podem ser opostas condições compensatórias, que o plenário do CADE estipulará para o fim de reduzir suficientemente os efeitos negativos identificados, permitindo a aprovação do ato.

Em qualquer das possibilidades acima descritas, a decisão tomada pelo plenário do CADE deverá ser fundamentada – elemento essencial do ato administrativo e pois dever de seu agente – nela restando demonstrada, ou, se o caso, razoavelmente estimada, haver, ou não, como efeito do fato de integração do poder econômico, prejuízo à livre concorrência, ou domínio de mercados relevantes, ou ainda, mesmo verificados tais efeitos, serem eles passíveis de compensação, sempre pela forma descrita na Lei 8.884/94.

2.No processo de apreciação de *atos de concentração* – assim por elipse dito; em verdade, atos ou negócios jurídicos que concentrem poder econômico – faz objeto do exame o *fato da integração do poder econômico* em toda a sua complexidade, a fim de que o seu impacto sobre o mercado concorrencial possa ser apreciado.

Inicialmente, deve-se observar que a Lei brasileira ao permitir, ao contrário da norte-americana e da européia, a notificação de atos de concentração já celebrados – vale dizer, quando os efeitos do fato de integração do poder econômico já se projetam sobre a ordem concorrencial - induziu a grande maioria das empresas submetê-los ao CADE *após* a celebração dos mesmos, embora a mesma Lei preveja, aí sim seguindo as suas congêneres norte-americana e européia, a notificação de atos de concentração com cláusula de condição suspensiva, isto é, dependente a sua plena eficácia da aprovação preliminar do órgão de defesa da concorrência.

Em conseqüência, na experiência brasileira a quase totalidade dos atos de concentração são submetidos ao controle do CADE já em plena eficácia, em plena irradiação de seus efeitos sobre o mercado relevante em questão. Nesta hipótese, o exame do ato de concentração terá por objeto não o fato da integração do poder econômico a ocorrer, mas sim o fato da integração do poder econômico integralmente posto na ordem concorrencial. Note-se que,

nesta hipótese, majoritária, ainda assim o objeto do exame será o fato da integração do poder econômico e seu impacto imediato e mediato, que se desdobra no tempo. Por essa razão, acima dizemos que os efeitos causam ou causarão prejuízos à livre concorrência, ou importam ou importarão em domínio de mercados relevantes.

Em uma palavra: o exame do fato da integração do poder econômico deverá principiar pela identificação de todos os seus efeitos *no tempo*, se eles já ocorrem ou estão por ocorrer; na primeira hipótese, a demonstração de tais efeitos deverá ser a mais precisa possível, não se devendo admitir apenas a estimação deles, o que seria cabível quando a análise tem por objeto fato da integração do poder econômico a ocorrer, ou seja, quando os figurantes do ato de concentração o submetem ao controle do CADE antes de o celebrarem, antes de ser ele plenamente eficaz.

Como dito acima, mesmo já havendo sido realizado o ato e seus efeitos já sentidos, já a causar impacto sobre os mercados que afetem, pode ocorrer que parte desses efeitos ainda não se façam sentir: seriam efeitos mediatos que se somam aos efeitos imediatos, ou dele se deduzem. Porém, neste caso, tais efeitos mediatos serão de mais fácil estimação, pois o ato dos quais se irradiam já está a produzir efeitos imediatos. Diverso, portanto, do ato cujos efeitos, eles todos, virão a ocorrer porque o ato ainda não começou a irradiá-los. Nesta hipótese, todos os atos serão estimados.

3.O legislador brasileiro, contrariando a experiência norte-americana e européia, e também norma legal anterior, trouxe para o exame do fato da integração do poder econômico o concurso de dois órgãos do Poder Executivo, a saber, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE –, do Ministério da Fazenda, e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça. O § 6º do artigo 54, da Lei 8.884/94, estipula:

“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.”

Ao admitir o concurso dessas Secretarias, órgãos não reguladores, não colegiados e hierarquicamente subordinados - ao contrário do CADE - no exame do

fato da integração do poder econômico decorrente de ato de concentração, sob a forma de pareceres técnicos, a Lei 8.884/94 a estes conferiu tratamento análogo ao dispensado à perícia, disciplinada no artigo 420 e seguintes do Código de Processo Civil.

Os pareceres técnicos das Secretarias são etapas da apreciação dos efeitos de ato de concentração, enformada em processo administrativo de natureza não sancionatória, como se tem no §6º do artigo 54, citado. Precedem obrigatoriamente à apreciação do CADE, no caso, a decisão de seu plenário de aprovar, negar, ou aprovar sob condição compensatória, o ato de concentração a ele submetido.

Em consequência, os pareceres técnicos das Secretarias, embora com finalidade diversa do exame feito pelo plenário do CADE, adstringem-se ao mesmo objeto de exame posto a este plenário, conforme os termos do artigo 54, *caput*: o fato da integração do poder econômico, para o fim de identificar, na forma da Lei, se o seu impacto, no mercado ou mercados relevantes afetados, prejudicam a livre concorrência ou resultam em domínio de mercados relevantes de bens e serviços.

Neste quadro de subordinação ao comando jurídico do artigo 54, *caput*, os pareceres técnicos cumprem finalidade igual à reservada à perícia judicial, à qual PONTES DE MIRANDA observou:

“o Código de Processo Civil incluiu entre os meios de prova a perícia, sem lhe apagar a função de ajudar ao juiz na apreciação de determinados motivos probatórios.” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo IV, p. 472, 3ª ed.1996).

A função dos pareceres, a que se refere o parágrafo 6º acima citado, é prover meios de prova do impacto decorrente do fato da integração do poder econômico sobre o mercado concorrencial afetado, em ordem a ajudar ao plenário do CADE a apreciar a admissibilidade do ato de concentração, na forma da Lei 8.884/94.

4.A admissibilidade do ato de concentração é ato administrativo – a decisão do plenário do CADE – e como tal requer a demonstração dos elementos que o fundamentem. Tais elementos serão aqueles colhidos do fato da integração do poder econômico. Pode-se dizer, portanto, que os pareceres da SEAE e da

SDE lidarão com a análise do fato de integração do poder econômico, apreciando-lhe o impacto sobre a ordem concorrencial, visando prover elementos que permitam ao plenário do CADE determinar se nela a livre concorrência é ou será prejudicada, e em que grau, ou se nela já resulta ou resultará domínio de mercados relevantes de bens ou serviços.

O fato da integração do poder econômico é o *fato da causa*, quer dizer, objeto da apreciação do ato de concentração que nos termos do artigo 54, citado, foi submetido ao controle do CADE. É este fato que deverá ser analisado, e nesse processo os pareceres técnicos da SEAE e da SDE têm função análoga à da perícia, visando esta, mostra MOACYR AMARAL SANTOS, à

“percepção de fatos, isto é, ora a sua verificação, a sua acertação, ora a apreciação de fatos”. (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. IV, p. 332, 1977).

A integração do poder econômico afeta estruturalmente mercado ou mercados relevantes nos quais atuem as empresas que a promoveram, e por essa razão afeta a conduta dessas empresas. Assim, o fato da integração do poder econômico é na verdade um complexo de fatos do mercado relevante em questão, de natureza e forma vária, que se encadeiam.

Ao parecerista da SEAE e da SDE inicialmente incumbirá ver os fatos, ver para os identificar – para verificá-los. A verificação desses fatos é, muitas vezes, complexa; daí a necessidade posta ao parecerista de os fazer certos, distinguindo-os de outros fatos que não interessam à análise. O acesso aos fatos por vezes não depende do parecerista; grande número deles é gerado no âmbito das empresas, muitos projetam-se sobre o mercado, porém outros não, são fatos internos à empresa, ao seu negócio, mas nem por isso desinteressantes à verificação e à acertação do parecerista.

O fato da integração do poder econômico é fato extraordinário (ainda que não raro) a ocorrer no mercado, é fato que atinge a estrutura do mercado, em sua morfologia. Por essa razão, o parecerista lida com transformações estruturais de mercado e seus efeitos, a afetar também a conduta das requerentes, o que traz à análise uma complexidade excepcional. Tendo em conta a relevância do *fato da causa* em ato de concentração, e a necessidade de ser ele devidamente verificado e acertado para, então, ser devidamente fixado como objeto de análise, estipulou o legislador no parágrafo 8º do citado artigo 54, aos figurantes

de atos de concentração o dever de prestar “*esclarecimentos e exibirem documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE, ou SEAE*”.

5.A verificação e acertação dos fatos deverá ser a mais completa possível. PONTES DE MIRANDA observa que

“a perícia serve à prova de fato que dependa de conhecimento especial, ou que simplesmente precise de ser fixado (...) Quem faz perícia examina, verifica, comprova”. (in ob. cit., pp. 472-473).

A verificação e acertação dos fatos dos mercados relevantes afetados pelo ato de concentração devem ser necessariamente exaustivas para que tais fatos, demonstrados em sua integralidade, possam ser apreciados tanto pelos parecerista, antes da análise a que irão submetê-los, quanto, posteriormente, pelo plenário do CADE. Quis o legislador que os fatos fossem devidamente fixados, e em consequência conferiu à SEAE, à SDE e ao CADE o poder de requerer aos figurantes de atos de concentração os esclarecimentos e os documentos que julgarem imprescindíveis à análise do processo. E em norma regulamentar específica, subordinada e complementar à regra legal, - Resolução CADE nº 15/98 - discriminou o CADE informações e documentos que devem ser prestados pelos figurantes dos atos de concentração, quando estes, ou um deles isoladamente, submeter o ato ao controle do CADE.

Nesse contexto, à obrigação de prestar informações e exibir documentos por parte dos figurantes de ato de concentração, corresponde o dever de o parecerista os requerer, sempre que a verificação dos fatos da causa o exigir. A recusa das requerentes de prestar o que é requerido, ou a omissão do parecerista em requerer o que é indispensável à sua análise, prejudicará a fixação do fato da causa, comprometendo assim a análise técnica contida no parecer e, ulteriormente, sua finalidade, de ajudar ao plenário do CADE a decidir.

Portanto, indispensável é a fixação, tanto nos pareceres, quanto na decisão do plenário do CADE, dos fatos relativos ao mercado em questão, em toda sua especificidade: empresas nele atuantes, mercado relevante, produto relevante, características intrínsecas do mercado e dos produtos, bem como características extrínsecas a estes, mercados internacionais que afetem o mercado em questão, acesso ao mercado relevante, etc.

Verificados e acertados os fatos, tem-se fixado o *fato da integração do poder econômico*, o qual, então, deverá ter o seu impacto sobre o mercado ou mer-

cados relevantes avaliado, com o que o parecer técnico deve ser concluído. Em uma palavra: a fixação do *fato da causa* – do *fato da integração do poder econômico* – é de natureza objetiva, quantificadora, e não valorativa, esta etapa posterior àquela.

Dessa forma, o parecerista não poderá excluir ou incluir, na fixação do *fato*, dado ou informação que entender contrário à conclusão a que chegará, ou apenas incluir aqueles que sirvam à sua conclusão. O *fato* deverá ser exposto, em sua integralidade, e ser relatado com isenção. Analogicamente, como é expressamente admitido na Lei 8.884, artigo 83, o parecer, tanto da SEAE quanto da SDE, deverá observar o disposto no artigo 458, do Código de Processo Civil, ao que a decisão do CADE também deve observar. Diz o artigo:

“são requisitos essenciais da sentença:

1. O relatório, que conterá os nomes das partes, a soma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

.....”

Nos pareceres, a parte expositiva – tal o relatório, na sentença – exporá o fato da integração do poder econômico que foi objeto da análise feita. Obrigatoriamente, deverá conter os elementos essenciais do *fato*, relatadas suas fontes respectivas inclusive, e, quando necessário, os meios de verificação e acertação empregados.

Examinando a finalidade do relatório no processo decisório, que descreve os fatos da causa, MIGUEL REALE observou:

“Apresentar um resumo do pedido e da resposta do réu não pode significar, de maneira alguma, reproduzir por inteiro e ipsis litteris o que disseram ambas as partes, mas implica um necessário trabalho de síntese, mediante o qual as questões essenciais de fato e de direito são trazidas, por assim dizer, à luz da razão esclarecida. É graças a essa suma (e suma, ensina o Aurélio, significa “epítome, resumo, súmula”) que são decantados e selecionados os problemas efetivamente merecedores de atenção e que devem ser examinados em função das disposições legais: não se trata, pois, de mero formalismo

anacrônico, mas de um ato preliminar de aferição do dito e contestado, de modo a ficar assente o objeto real do litígio.” (grifamos).

E prossegue:

*“É claro que a suma dá trabalho, mas é só por ela que se circunscreve e certifica o objeto da lide, abrindo campo à compreensão tanto das partes como de terceiros. É somente em virtude dela que se pode afrontar o outro momento essencial da sentença, que é o da motivação, pois, consoante magistério do insigne Mestre Pontes de Miranda, o relatório **“é a representação do material de que há de partir a convicção, mas do material tal como o juiz o encontrou antes, durante e depois da instrução. Há de ser resumo, com a indicação dos pontos necessários e suficientes aos fundamentos de fato e de direito que terão de ser examinados”** (“A motivação, requisito essencial da sentença”. p. 153 in “Questões de Direito Público”, 1997). (grifo no original).*

6. A etapa final dos pareceres é a apreciação do *impacto do fato*, seguindo à sua verificação e acertação, sobre o mercado, ou mercados relevantes por ele afetados. Como dito, somente após verificado e acertado o fato da integração do poder econômico, em toda a sua complexidade, poderá ele ser devidamente fixado como fato da causa, como objeto da análise, etapa que então se abre. A análise sem a prévia e devida fixação do fato da causa não será a análise que levará ao parecer que o legislador prescreveu às Secretarias emitir.

A apreciação é um juízo técnico sobre o fato da causa, a dizer se o seu impacto sobre o mercado concorrencial a este será ou poderá ser ou não nocivo. Essa apreciação não é um juízo sobre a admissibilidade do ato de concentração; se assim o for, há claro desvio de finalidade do ato, ao qual a Lei obriga a ambos os órgãos cumprir. É livre o parecerista para empregar os meios de análise que entender apropriados à valoração do impacto causado sobre o mercado concorrencial, deduzidos do fato da causa. Os meios de análise econômica desse impacto – e este sem dúvida distingue-se pelos seus traços econômicos, já que se trata de poder econômico que se concentra, que é afetado

no mercado, e que é objeto da análise – vêm-se sofisticando precisamente para fazer mais claro o fato da causa e o seu impacto, pois é este que o julgador – seja o órgão regulador, seja o juiz – irá relacionar ao dispositivo legal aplicável, no caso o artigo 54 da Lei 8.884/94.

A análise econômica serve ao fato da causa, é instrumento à sua explicação e a de seu impacto sobre o mercado, a ser exposto analiticamente ao aplicador da norma legal, que a vai utilizar nesta função.

Tal como a verificação e a acertação do fato da causa, a análise de seu impacto deverá ser clara em seus termos e fundamentada a sua conclusão. Sendo, como é, ajuda ao aplicador da norma, a este deve o parecer prover a melhor análise, que lhe reduza, ou mesmo dispense, a instrução do feito do qual é relator, o que diminuirá o custo, ao contribuinte, da função pública do controle do abuso do poder econômico e permitirá esta ser exercida em menor tempo, em benefício direto dos interessados e também do consumidor, este o destinatário final da Lei 8.884/94.

7. Não determinou a Lei 8.884 campo específico a cada um dos pareceres técnicos tratar. Os efeitos do fato de integração do poder econômico desdobram-se em planos complementares: da estrutura e da conduta, aquele relativo à morfologia do mercado ou dos mercados relevantes afetados, e este respectivo ao comportamento dos requerentes do ato de concentração, no mercado afetado pelo ato de concentração. A complementaridade entre esses dois planos é indiscutível, havendo, inclusive, determinado a estipulação da prevenção ao abuso do poder econômico nas regras legais de defesa da concorrência, como ocorreu pioneiramente nos Estados Unidos, a partir de 1914, com a edição do *Clayton Act*.

Entenderam aqueles primeiros legisladores que empresas que por meio de ato ou negócio jurídico concentrassem excessivo *poder econômico de mercado* (*economic market power*), alterando-lhe a estrutura, propenderiam a dele abusar, a conduzir-se abusivamente em seu mercado de atuação. Assim, a análise do fato da integração do poder econômico requer o exame do seu impacto sobre a estrutura do mercado relevante em causa, o quanto este é ou poderá ser afetado em razão do ato de concentração, bem como requer a avaliação da conduta possível das requerentes, já exibida ou a exibir, nessa situação alterada de mercado.

O exame da alteração estrutural do mercado relevante em causa e da conduta das requerentes nesse quadro formado em decorrência do ato de concentração, naturalmente se complementam e portanto não cabe esperar uma nítida distinção entre os campos de análise, e não é interessante existir tal distinção rigidamente posta. Todavia, a precedência do parecer técnico da SEAE ao da SDE mostra que o legislador terá apreendido a ordem pela qual recaem os efeitos da integração do poder econômico sobre o mercado concorrencial e, em consequência, a ordem que a análise de tais efeitos pode seguir: a SEAE em seu parecer identificando os efeitos do ato de concentração sobre a estrutura do mercado relevante em questão, para analisá-los, e a SDE, considerando o parecer técnico da SEAE, analisando a conduta presente, ou estimando-a, dos requerentes, no contexto da nova situação estrutural criada pelo ato de concentração. Essa ordem, embora consequencial, não se apresenta obrigatória; nada impede - ao contrário, tudo recomenda - a análise conjunta ou simultânea de tais órgãos, o que abreviaria os prazos – excessivamente longos, em casos de maior complexidade – dos atos analisados.

8.A etapa posterior, a submissão do ato pelo conselheiro-relator ao plenário do CADE, uma vez por este recebidos ambos os pareceres técnicos, completa a seqüência da análise do ato de concentração definida na Lei 8.884/94, encaixando os pareceres técnicos da SEAE e da SDE como instrumentos de ajuda ao CADE ao qual cabe, exclusivamente, decidir da admissibilidade do ato de concentração.

O legislador atendeu à natureza e a finalidade dos pareceres técnicos e, por essa razão, à conclusão deles não vinculou a decisão do plenário do CADE, nesse passo seguindo também a prescrição do artigo 436, do Código de Processo Civil, que dispõe:

“O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

Este o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

“O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente.” (in Direito Administrativo Brasileiro, 22ª edição, 1997, p. 176).

Os pareceres disciplinados na Lei 8.884/94 verificam o fato da concentração do poder econômico para analisar-lhe o impacto no mercado relevante afetado. Cumprem eles a finalidade de ajudar ao plenário do CADE na aplicação, que a este incumbe exclusivamente fazer, da Lei 8.884. Sendo os pareceres técnicos meio do qual se vale o CADE no exercício de sua função, não poderia a decisão do plenário do CADE achar-se vinculada às conclusões dos pareceres da SEAE e da SDE.

A jurisprudência do CADE vem aplicando e mesmo ampliando esse entendimento como se tem em decisão recente; o Conselheiro Leônidas XAUSA, ao analisar os pareceres da SEAE e da SDE, afirmou categoricamente:

*“o parecer da SEAE, que obviamente não é vinculativo, como não é o da SDE”, (não pode valer)
“como presunção, invertendo o ônus da prova contra o Requerente”.*

No mesmo voto, observa o saudoso Conselheiro que no parecer dessas Secretarias não deverão constar juízos de valor sobre a admissibilidade do ato de concentração, esta função de competência privativa do CADE. E acertadamente. A conclusão constante dos pareceres, a análise neles constante, diz como e quanto a estrutura dos mercados em causa foi afetada e como a conduta das empresas poderá ser afetada, por força do ato de concentração em questão. A competência para aplicar a Lei 8.884/94 e decidir se o ato de concentração é admissível ou não, é exclusiva do plenário do CADE. Portanto, juízos nesse sentido constantes dos pareceres desviam a finalidade do ato, do parecer técnico, que é a de ajudar ao plenário do CADE a decidir, e não decidir, ou procurar decidir concorrentemente com ele.

Em voto recente, assim entendeu o presidente do CADE:

*“... cumpre ressaltar que, de forma alguma pode o parecer da SEAE fazer prova contra as requerentes. (...)
“O objeto da prova são os fatos, não valorações. Estas últimas devem decorrer dos fatos provados, das evidências incontestáveis. (...)
Parece óbvio que o parecer da SEAE não continha somente afirmações, mas opiniões sobre o caráter ilícito dos acordos firmados pelas requerentes. Tais*

juízos poderiam, no máximo, colaborar para a formação do convencimento do Relator e demais membros do Plenário, jamais provar o caráter anticoncorrencial dos atos submetidos a exame.” (voto do Conselheiro-Presidente, Gesner de Oliveira, in A.C. nº 54/95).

O fato de os pareceres referidos serem necessários ao exame dos atos de concentração não lhes confere força vinculatória como observa Hely Lopes Meirelles:

“O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.” (in Direito Administrativo Brasileiro, 22ª edição, 1997, p. 176-177). (grifo do original)

Analogamente, aplica-se a regra processual civil, nos termos do artigo 83 da Lei 8.884/94. Observa PONTES de MIRANDA, ao comentar o citado artigo 436, do Código de Processo Civil:

“A atitude do juiz, diante do laudo e do exame das outras provas, pode ser: a) a de não aceitar todas as conclusões do laudo, desprezando-o e determinando nova perícia; b) a de não aceitar todas as conclusões, desprezando-o e ao mesmo tempo tendo por inútil ou supérflua (“desnecessária”) qualquer nova perícia; c) a de aceitar somente parte do laudo, e determinar nova perícia sobre a parte repelida; d) a de aceitar somente parte do laudo, e reputar desnecessária qualquer nova perícia; e) em qualquer dos casos b) e d), o fundamento da recusa pode também ser a impraticabilidade ao tempo da apreciação do juiz (art. 420, parágrafo único, III); f) ordenar nova perícia, para aproveitar, ou não, o que consta do laudo apresentado.

Em todas essas espécies, o juiz não fica adstrito ao laudo, em tempo algum, pois a sua livre apreciação só se exaure com a sentença”. (in ob. cit., p. 498).

As hipóteses enumeradas pelo grande jurista estão à disposição do plenário do CADE, ainda que este não tenha a largueza de ação sobre as Secretarias igual à que dispõe o juiz em processo civil, sobre a perícia e o perito. Todavia, faculta a Lei ao conselheiro-relator promover, ele mesmo, a instrução do feito, o que ordinariamente ocorre. Assim, o artigo 9º, III:

“Art. 9º Compete aos Conselheiros do CADE:

*.....
III - submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”*

Ordinariamente em casos complexos, o conselheiro-relator usa a faculdade da norma transcrita, procedendo à integral instrução do fato, e assim verifica o fato da causa e analisa o impacto dele, sem prejuízo dos pareceres técnicos que lhe chegam; a conclusão destes constam do relatório que precede ao voto do conselheiro-relator, são ou não comentados, a seu critério.

9.Os pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, no âmbito do processo administrativo, de natureza não sancionatória, instaurado para o plenário do CADE decidir, nos termos do artigo 54 da Lei 8.884/94, servem ao exame que o plenário do CADE faz de tais atos ou negócios jurídicos da interpretação de poder econômico.

Nos pareceres, o fato da concentração do poder econômico deve estar acertado e verificado, para que a análise do impacto dele resultante, sobre mercado ou mercados relevantes afetados, possa servir à análise do conselheiro-relator, e do plenário do CADE, ao qual cabe, exclusivamente, decidir sobre a admissibilidade do ato de concentração na ordem concorrencial.