

O regime de prescrição da ação punitiva e da análise do mérito concorrencial no controle de estruturas do Cade

Rafael Szmid¹

RESUMO

Este artigo analisa como o decurso do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, disposto na Lei n.º 9.873/1999, se relaciona com o regime de controle de estruturas (procedimentos de análise de Atos de Concentração) previsto na legislação concorrencial pátria vigente até 28 de maio de 2012 (“Lei n.º 8.884/1994” ou “Antiga Lei”) e na Nova Lei de Defesa da Concorrência (“Lei n.º 12.529/2011” ou “Nova Lei”).

Palavras-chave: Direito da Concorrência – Controle de estruturas – Multa – Prescrição

ABSTRACT

This paper reviews how the course of the 05 (five) years statute of limitation period for the exercise of the punitive action by the Federal Public Administration referred by Law no. 9.873/1999 relates to the merger control regime in the Brazilian Competition Law in force until May 28, 2012 ("Law no. 8.884/1994") and in the New Competition Law ("Law no. 12.529/2011").

Keywords: Antitrust – Merger Review – Fine – Statute of Limitation

¹ Estudante visitante na Universidad de Barcelona. Participante do Programa de Intercâmbio do CADE. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestrando do Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo - USP. E-mail: rszmid@levysalomao.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O Controle de Estruturas da Lei N.º 8.884/98 3. O Controle de Estruturas da Lei N.º 12.529/11 4. A Prescrição no Âmbito do CADE 5. A Prescrição no Controle de Estruturas 6. A Análise de Mérito nos Casos Avaliados Após Longo Período de Tempo 7. Conclusão 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC atua de três formas distintas: (i) preventiva, por meio do controle de estruturas; (ii) repressiva, por meio da investigação e repressão de condutas anticoncorrenciais; e (iii) educativa, por meio da promoção da cultura da concorrência (também chamada por alguns de “advocacia da concorrência”). Segundo a Constituição Federal, esta atuação é orientada pelos ditames de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, contidos no que a doutrina ordo liberal conceitua como Constituição Econômica².

No âmbito de sua atuação preventiva, o CADE analisa uma série de operações que seriam de notificação obrigatória à autoridade concorrencial por possuírem algum potencial lesivo ao ambiente concorrencial, nos termos da legislação aplicável e conforme os precedentes emitidos pela autoridade concorrencial. Parte dessas operações é notificada tempestivamente pelas partes, em observância à legislação antitruste, ao passo que outras são notificadas por requisição do CADE a partir do momento em que a autoridade identifica que foram indevidamente não notificadas³.

Quando uma operação de notificação obrigatória não era submetida tempestivamente à apreciação do CADE na Antiga Lei ou quando é consumada antes da aprovação da autoridade na Nova Lei, os seguintes questionamentos surgem: (i) até quando poderia o CADE aplicar multa administrativa?; (ii) até quando poderia o CADE requerer que as partes recolham a taxa processual, no valor de R\$ 45 mil⁴, e notifiquem

² SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 3ª Ed. 2002. p. 19.

³ As autoridades concorrenciais possuem diferentes mecanismos de monitoramento de operações não notificadas. A autoridade identifica a existência de operações não notificadas das mais variadas maneiras, incluindo por meio de informações públicas disponibilizadas nos sites das empresas, em fatos relevantes, formulários de referência, indicações de operações pretéritas quando da notificação de outra operação perante a autoridade concorrencial e inclusive por meio de ofícios enviados a determinadas empresas solicitando informações sobre eventuais operações realizadas.

⁴ O recolhimento da taxa processual é uma exigência aplicável a qualquer operação a ser analisada pelo CADE, seja ela notificada tempestivamente ou intempestivamente, não possuindo caráter de sanção. Segundo a prática do CADE, esta taxa é devida na medida em que os agentes econômicos deram causa para a movimentação da “máquina pública” quando da celebração da operação. Inclusive, os precedentes

à operação ao CADE para que o mérito concorrencial da operação seja avaliado?; e (iii) até quando a não notificação da operação iria contaminar o negócio jurídico, de modo que ele seria eventualmente nulo e/ou ineficaz⁵?

Nesse contexto, o objetivo é investigar se o decurso do prazo de 5 (cinco) anos poderia gerar (i) a prescrição da pretensão punitiva do CADE em relação à multa pecuniária por notificação intempestiva na Antiga Lei e/ou por descumprimento do regime de “*bar on closing*”⁶ da Nova Lei; (ii) se seria possível falar em eventual ocorrência da prescrição em relação à própria atribuição do CADE de analisar o mérito concorrencial da operação; e, finalmente, (iii) se os atos indevidamente não notificados poderiam se tornar plenamente válidos e eficazes caso não sejam avaliados pelo CADE dentro do prazo quinquenal.

Apesar de pouco explorado na literatura especializada, o tema é inegavelmente relevante, pois gera efeitos diretos na capacidade de a autoridade concorrencial impor restrições a operações de concentração econômica, bem como de aplicar sanções às partes. Há ainda impactos relevantes sobre a validade e eficácia da operação.

O estudo do assunto também é relevante para operações realizadas no passado, sob a vigência da Antiga Lei, e não notificadas perante a autoridade concorrencial, pois o CADE já aplicou, sob a égide da Nova Lei, multa por intempestividade em relação à operação pretérita (vide decisão do Plenário do CADE no Ato de Concentração n.º 08700.004373/2013-05)⁷. Isso vale tanto para operações realizadas no Brasil, quanto

do CADE são uníssonos ao indicar que o recolhimento dessa taxa se faz devido mesmo quando a operação não for conhecida pelo CADE (cf. Atos de Concentração n.º 08012.008877/2008-87, 08012.1103504/2011-15 e 08012.080101/2012-03). Esse entendimento ainda é objeto da Súmula n.º 6/2009: “*O fato gerador das taxas processuais previstas na Lei 9.781/99 é o protocolo do ato de concentração ou da consulta, sendo devidas ainda que a parte venha desistir do pedido em momento posterior*”. O valor da taxa processual segue inalterado na Nova Lei, inclusive em relação ao seu valor.

⁵ Existência, validade e eficácia são três dimensões distintas dos negócios jurídicos. Em relação à questão da validade e da eficácia, que são relevantes do ponto de vista da obrigatoriedade de notificar a operação à autoridade concorrencial, vale trazer a lição do Professor Erasmo Valadão: “*O ato nulo é também, de regra, ineficaz. Mas o contrário não é sempre verdadeiro, pois o ato pode ser válido e, ao mesmo tempo, ineficaz, por depender da concretização de uma condição de eficácia para produzir efeitos, exterior ao próprio ato*” (NOVAES FRANÇA. Erasmo Valadão Azevedo. *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*. In Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. 112. São Paulo: Malheiro Editores. Outubro-dezembro. 1998. p. 20).

⁶ O “*bar on closing regime*”, instituído pela Nova Lei, refere-se à vedação de que as partes implementem a operação antes da aprovação definitiva da autoridade concorrencial.

⁷ Apesar de não ser o objeto deste estudo, parece-nos importante a análise detalhada sobre a possibilidade jurídica de o CADE aplicar multas por intempestividade com base na Lei n.º 8.884/94 após a entrada em vigência da Lei n.º 12.529/2011. Argumentos como a eventual aplicação do princípio da *Retroatividade da Lei Mais Benéfica* e eventual “abolição” da infração de notificar intempestivamente ainda não foram, segundo o que é de nosso conhecimento, exaustivamente analisados pelo CADE. Questão também interessante é o caso de operação que seria de notificação obrigatória segundo os critérios da Lei n.º

para realizadas no exterior e que seriam de notificação obrigatória ao CADE por produzirem efeitos no território nacional, de modo que a compreensão do tema é relevante para o estudo da defesa da concorrência no Brasil e no mundo.

2. O controle de estruturas da Lei n.º 8.884/94

Até 28 de maio de 2012, quando estava vigente a Lei de Defesa da Concorrência n.º 8.884/1994, o SBDC era composto por três autoridades distintas: Secretaria de Direito Econômico – SDE, Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e o CADE.

A SDE era órgão integrante do Ministério da Justiça e possuía a função predominantemente instrutória. No exercício de suas atribuições, a SDE investigava e emitia pareceres não vinculativos em atos de concentração e processos administrativos, atuava em programas de disseminação da cultura da concorrência, sendo ainda o órgão responsável pela coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

A SEAE, por sua vez, é uma secretaria vinculada ao Ministério da Fazenda que segue existindo. Esta secretaria tinha como atribuição emitir pareceres técnicos não vinculativos relacionados a aspectos econômicos envolvidos nos processos a serem julgados pelo CADE.

Devido à celebração de um acordo de cooperação, a SDE acabou por focar sua atuação na investigação de condutas anticoncorrenciais, ao passo que a SEAE na emissão de pareceres no âmbito da análise concorrencial de atos de concentração⁸.

Por fim, o CADE tinha e tem a função judicante, sendo a Corte Concorrencial brasileira, que atua na esfera administrativa. É ele quem decide se houve ou não infração à livre concorrência por parte das empresas ou seus administradores nos casos de conduta, julgando também o potencial lesivo ao ambiente concorrencial dos atos de concentração submetidos à sua aprovação.

8.884/1994, mas não sujeita ao controle concorrencial segundo a Lei n.º 12.529/2011. Nosso objetivo, ao destacar esses pontos, é chamar a atenção para questões que, por seguirem obscuras, deverão ser enfrentadas pelos operadores do Direito Antitruste com vistas a atribuir segurança jurídica e um refinamento do tema.

⁸ Trata-se do Termo de Cooperação Técnico-Operacional firmado entre a Procuradoria do CADE e a Secretaria de Direito Econômico e publicado no Diário Oficial da União em 20 de agosto de 2008.

Em relação à atuação preventiva do SBDC, foco deste estudo, vigorava no Brasil um regime de controle de estruturas profundamente distinto do atualmente previsto na Lei n.º 12.529/2011.

Segundo a Antiga Lei, as partes de uma operação de notificação obrigatória tinham o prazo de 15 (quinze) dias úteis a partir da assinatura do primeiro documento vinculante para submeter a operação perante a autoridade concorrencial⁹.

Salvo casos excepcionais, em que um perigo concorrencial fosse vislumbrado *prima facie*, era lícito às partes implementar a operação antes da aprovação final do CADE, o que tornava a reversão da operação bastante mais complicada.

Assim, os atos sujeitos ao controle de estruturas pelo CADE poderiam ser implementados antes da aprovação do CADE, mas teriam sua eficácia condicionada à aprovação da autoridade concorrencial, nos termos do artigo 54, §7º da Lei n.º 8.884/1994¹⁰. Em razão disso, na prática, o espaço de tempo entre *signing* (assinatura) e *closing* (fechamento) de operações era em regra fruto da intenção das partes, salvo quando outras condições ou autorizações governamentais eram necessárias¹¹; a proibição de fechar a operação antes da aprovação do CADE não era uma imposição

⁹ “Art. 54. (...) § 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE”. O Regimento Interno do Conselho sob a Antiga Lei esclarecia que o “momento da realização do ato” é considerado como a “data da celebração do primeiro documento vinculativo”. O conceito jurídico de “documento vinculante” era polêmico no regime da Lei n.º 8.884/1994 mas, de forma geral, pode ser considerada como qualquer instrumento que imponha às partes a obrigação de implementar o negócio jurídico pretendido, ainda que sob condição suspensiva. Esse entendimento estava em consonância com a Súmula do CADE de n.º 8/2010, que dispõe que “Para fins da contagem do prazo [...] considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva.” Nessa linha, o negócio jurídico deveria gerar direitos e obrigações às partes em relação à específica “concretização” da operação sob pena de responsabilização por perdas e danos. Questões laterais, como a previsão de elementos no contrato como objeto plenamente definido, preço e etc. eram também considerados nessa análise.

¹⁰ “Art. 54. (...) § 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados”.

¹¹ Apesar de que o regime da Lei antiga permitia que as partes notificassem operações após sua implementação dentro do prazo de 15 (quinze) dias, em alguns casos outras condições eram precedentes ao fechamento como, por exemplo, a autorização da Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC ou da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. No caso de operações envolvendo mercados regulados pela ANATEL, a operação deveria ser notificada perante esta autoridade, e não perante a SDE (cf. artigo 54, § 3º, da Lei n.º 8.884/94, do art. 7º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.472/97, do art. 3º da Norma 4/98, anexa à Resolução Anatel n.º 76/1998, e do art. 61 da Norma 7/99, anexa à Resolução Anatel n.º 195/99). Se a operação envolvia mercados regulados e não regulados, a Operação era notificada ao SBDC em dois feitos: um por meio da ANATEL; outro por meio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça –SDE, tendo em vista os serviços não regulados envolvidos. Na Nova Lei, contudo, a avaliação concorrencial de operações no setor de TELECOM é realizada exclusivamente perante o CADE.

legal a todas as operações, tal como ocorre sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011).

A não submissão de operações de notificação obrigatória ao CADE no prazo legal poderia gerar a imposição da obrigação de as partes recolherem a taxa processual e de notificarem a operação para que o seu mérito concorrencial fosse avaliado, sem prejuízo da eventual instauração de processo administrativo e da aplicação de multa pecuniária por intempestividade, de valor não inferior a 60 mil Ufir nem superior a 6 milhões de Ufir (vide artigo 54, §5º da Lei n.º 8.884/1994)¹².

O valor de multa efetivamente aplicado levava em conta os seguintes elementos: (i) faturamento das partes envolvidas; (ii) tempo de atraso (dias/multa); (iii) reincidência¹³; e (iv) imposição de restrições ou rejeição à Operação. Por outro lado, a notificação voluntária gerava um desconto de 30% no valor da multa (vide Resolução CADE n.º 44/2007).

Sob a Antiga Lei, eram considerados como de notificação obrigatória os atos, sob qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, nos termos do artigo 54 da Lei n.º 8.884/1994.

No rol desses atos, o §3º do artigo 54, conforme redação dada pela Medida Provisória n.º 1.950-70, de 2000, mencionava que, em se tratando de *“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*

¹² “Art. 54. (...) § 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.” A Unidade de Referência Fiscal - UFIR foi extinta em decorrência do §3º do Art. 29 da Medida Provisória 2095-76, mas o valor da Ufir, quando de sua extinção em 2000, era de R\$1,0641.

¹³ No que se refere à reincidência, o CADE adotou o entendimento de que, por força do princípio de que a pena não pode passar da pessoa do infrator (*cf.* artigo 5º, XLV, da Constituição Federal), a reincidência deve ser da própria pessoa jurídica que cometeu nova infração e que, portanto, a existência de infração pretérita por outra empresa do grupo não é capaz de gerar a aplicação de reincidência em relação à outra empresa, só por pertencer ao mesmo grupo econômico (vide Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado nos autos do Ato de Concentração n.º 08012.012246/2007-81). Essa decisão é um importante precedente a também sugerir a aplicação de princípios típicos do Direito Penal ao campo Antitruste, inclusive quando a prática é uma infração administrativa e não penal, como ocorre no caso de notificação intempestiva. Com efeito, a utilização de princípios de Direito Penal ao Antitruste é comum e, ao mesmo tempo, determinante em diversas situações, na medida em que princípios como a “Retroatividade da Lei Mais Benéfica” e “Presunção de Inocência” são vitais para garantir uma atuação do CADE condizente com o ordenamento jurídico pátrio. Esta é ainda uma demonstração da importância de que os atores que atuam na seara antitruste conheçam em detalhes uma grande variedade de conceitos, princípios e teorias pertencentes tradicionalmente a outras áreas do conhecimento.

agrupamento societário”, seriam de notificação obrigatória todos aqueles que implicassem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos (grupos econômicos) participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400 milhões.

Assim, eram considerados como de notificação obrigatória todas as operações que, nos termos da Lei, tinham potencial lesivo¹⁴, inclusive acordos de *cooperação empresarial*, bem como as operações de *concentração econômica* que atingissem qualquer um dos critérios acima (participação de mercado resultante igual ou superior a 20% ou R\$400 milhões de faturamento bruto no último exercício), por serem potencialmente lesivas por presunção¹⁵. Esse era, inclusive, o entendimento doutrinário predominante, a saber:

*“Há, portanto, dois contextos onde a notificação às autoridades concorrenciais torna-se compulsória, fundamentados cada um deles em dispositivos legais diferentes: (a) atos de cooperação empresarial que excluam, limitem ou prejudiquem a concorrência nos mercados relevantes, a serem comunicados por força do art. 54m caput, da Lei 8.884/1994; e (b) operações de concentração econômica que atingem algum dos critérios objetivos de faturamento ou participação resultante, como manda o art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94 (nesse sentido, cf. FORGIONI, 2005, p. 493-496, GRAU, 2005, p. 264-266, e FORGIONI, 2007, p. 125, nota de rodapé 56, que distinguem estas duas hipóteses normativas como acordos entre concorrentes e operações de concentração econômica, respectivamente. Cf. também SALOMÃO FILHO, 2007, p. 293-299, e 2002, p. 93, que associa essas hipóteses normativas às noções genéricas de cooperação e concentração empresariais, respectivamente)”*¹⁶.

¹⁴ A análise do potencial lesivo leva em conta as características do mercado e a posição de mercado das partes. Ou seja, operações envolvendo agentes com participações de mercado reduzidas eram consideradas, em regra, sem potencial de lesar a livre concorrência. Por conta de uma interpretação analógica do disposto no § 3º do Artigo 20 da Lei n.º 8.884/1994, a posição dominante seria presumida quando houvesse o controle de 20% ou mais do mercado relevante. Contudo, como esse próprio artigo indicava, este percentual poderia ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Em relação a operações envolvendo exclusivamente integrações verticais, a existência de cláusulas de exclusividade, raio ou não concorrência, eram consideradas como um elemento relevante para identificar eventual “potencial lesivo”.

¹⁵ Diferente dos *atos de cooperação econômica*, os *atos de concentração econômica* pressupõem alteração nos centros decisórios das empresas. Sobre o tema, vale trazer a lição de Calixto Salomão Filho: “Como já visto, para que ocorra uma concentração, fundamental é que se trate de uma operação que implique mudanças duradouras na estrutura das empresas envolvidas. É necessário ainda que a mudança estrutural torne possível presumir que essas empresas atuarão como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações econômicas por elas realizadas. Esse é o traço característico das concentrações, que permite distingui-las da cooperação empresarial, onde existe apenas unicidade de certos comportamentos nos mercados” (SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007. p. 294).

¹⁶ Vide PRADO FILHO. José Inácio Ferraz de Almeida. *Controle Concorrencial Preventivo de Negócios Jurídicos Verticais: A experiência recente do CADE no controle estrutural de contratos de fornecimento*. In Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - RIBRAC - ANO 18-19 - Janeiro-Junho 2011. Os entendimentos mencionados pelo autor referem-se às seguintes obras: (i)

Nada obstante, a jurisprudência do SBDC acabou por desconsiderar em muitos casos a distinção entre Operações de *cooperação empresarial*, notificáveis com base no potencial lesivo, das de *concentração empresarial*, considerando os critérios de faturamento e participação de mercado como suficientes para conhecer de operações de *cooperação empresarial*¹⁷.

3. O controle de estruturas da Lei n.º 12.529/2011

Com a entrada em vigor da Nova Lei de Defesa da Concorrência, em 29 de maio de 2012, o SBDC foi reformulado, de modo que o “Novo CADE” passou a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral¹⁸ e pelo Departamento de Estudos Econômicos¹⁹. Como resultado, a SDE deixou

FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005; (ii) GRAU. Eros Roberto; FORGIONI. Paula A. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005; (iii) FORGIONI. Paula A. *Direito Concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007; e (iv) SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

¹⁷ Essa distinção, apesar de decorrer claramente da Lei, era mais comum em casos mais antigos, como pode ser observado pelo trecho que segue do Parecer Técnico da SEAE que segue: “*para os casos de cooperação econômica, como é o caso de ‘codeshares’, não há qualquer presunção de lesividade na lei, aplicando-se a regra geral do caput do artigo 54*” (cf. § 8, Nota Técnica da Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) no Ato de Concentração n.º 08012.011750/2007-64; TAM e LAN Airlines S.A., grifos nossos). De todo modo, o CADE acabou desconsiderando, em muitos casos e gradativamente ao longo dos anos, o “potencial lesivo” como um elemento relacionado com a necessidade de notificar a operação, focando nos critérios objetivos de participação de mercado e faturamento dos grupos econômicos para conhecer a operação. Nada obstante, existem argumentos jurídicos sólidos para justificar a não notificação de *cooperação empresarial* sem potencial lesivo. O primeiro deles é o próprio teor da Lei, conforme mencionado acima. Adicionalmente, a patente insegurança jurídica sobre o tema torna mais do que justificável a não notificação dessas operações, como pode ser visto pelos precedentes que seguem, *in verbis*: “*As cooperações empresariais são particularmente delicadas em casos que envolvem compartilhamento de capacidade produtiva, como no caso dos sistemas de Code Share, ou em mecanismos de cooperação para compra ou venda. É meu entendimento que a cooperação econômica não é de comunicação obrigatória*” (Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Ato de Concentração n.º 08012.002442/2004-03. Requerentes Líder Táxi Aéreo S/A – Air Brasil, Helicópteros do Brasil S/A. DJ 15/12/2004). No mesmo sentido: “*Ainda que a apresentação de acordos de code share ao SBDC não seja obrigatória atualmente, ela é, no mínimo, recomendável.*” (cf. § 27 do Parecer n.º 06638/2007/RJ, emitido pela SEAE nos autos do Ato de Concentração n.º 08012.011318/2007-73; Requerentes TAM e TAP – Transportes Aéreos Portugueses). Ou seja, ao aplicar uma sanção pela não notificação de uma operação que não seria de submissão obrigatória por força de Lei, a autoridade acaba por descumprir a Constituição Federal que dispõe que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (vide artigo 5º, inc. II, da Constituição Federal).

¹⁸ A Superintendência-Geral desempenha no novo sistema grande parte das funções que eram realizadas pela SDE e pela SEAE, como a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e de análise atos de concentração. Casos mais simples que receberem pareceres da Superintendência-Geral pela aprovação, sem restrição, podem ser encerrados sem passar pelo Tribunal do CADE.

¹⁹ Ao Departamento de Estudos Econômicos cabe a tarefa de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do CADE no mercado.

de existir e as funções da SEAE foram modificadas para que ela se transforme primariamente num órgão de promoção da cultura da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (*advocacy*).

A Nova Lei alterou de forma profunda o regime de controle de estruturas ao introduzir um regime que exige a submissão prévia ao CADE dos atos de notificação obrigatória, com um prazo máximo de 240 dias para que a análise concorrencial seja realizada, salvo no caso de pedido de prorrogação pelo CADE, em prazo não superior a 90 dias (cf. Art. 88, §2º cc/ §9º da Lei n.º 12.529/2012).

Como é cediço, a implementação de um sistema de controle prévio impôs profundas mudanças na dinâmica das operações de notificação obrigatória no Brasil. Com efeito, o regime de “*bar on closing*” impede que as partes implementem a operação antes da aprovação final da autoridade concorrencial ou que realizem atos que possam alterar a dinâmica concorrencial, como a troca direta de informações concorrencialmente sensíveis²⁰ e ingerência nas atividades comerciais da outra.

A consumação de atos de concentração de notificação compulsória, antes da sua aprovação pelo CADE, acarreta no cometimento da prática denominada de “*gun jumping*” (ou seja, “queima da largada”). Essa prática pode gerar, nos termos da Lei, além da nulidade²¹ dos atos de implementação e outras sanções acessórias, multa pecuniária que varia de R\$60 mil a R\$60 milhões, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para imposição das sanções por infração da ordem econômica. Nos termos da Lei, as multas podem variar entre 0,1% e 20% do faturamento da empresa investigada, incluindo seu grupo ou conglomerado, no exercício anterior ao do início

²⁰ Não existe uma lista exaustiva ou um conceito fechado do que seriam informações concorrencialmente sensíveis e, inclusive, o contexto e a forma como são trocadas impactam a eventual caracterização de prática anticoncorrencial. Em regra, a troca injustificada de informações sobre preços (especialmente presentes e futuros), margens, lista de clientes, estratégias comerciais, pode gerar questionamentos do ponto de vista antitruste, mas é importante que a autoridade concorrencial analise com muito cuidado quando a troca de informações é necessária no âmbito da operação e inofensiva ao ambiente concorrencial.

²¹ Ao seu turno, o artigo 61 da Lei n.º 12.529/2011 indica que a observância das eventuais restrições impostas pelo Tribunal do CADE é uma condição para a validade e eficácia do ato. Contudo, parece existir uma inconsistência no Regimento Interno do CADE, que diz em ato anulável, vide § 4º do Art. 112: “A imposição da multa prevista neste artigo não impede a adoção pelo Cade de quaisquer medidas judiciais e administrativas para anulação dos atos já consumados e para garantir que os efeitos da operação permaneçam sobrestados até a sua apreciação final, sem prejuízo de apuração de eventual infração à ordem econômica.”

das investigações, no ramo de atividades em que a infração ocorrer (vide artigo 88, §3º da Lei n.º 12.529²²).

Por esse motivo, é fundamental que as partes redijam os instrumentos contratuais de forma a assegurar que efeitos concorrenciais só serão produzidos após a aprovação final do CADE, incluindo a aprovação do CADE como condição precedente ao fechamento²³.

Os critérios a ensejar a obrigatoriedade de notificar ao CADE também foram alterados, de modo que uma operação só é considerada de notificação compulsória na Nova Lei de Defesa da Concorrência se ao menos um dos grupos envolvidos tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, equivalente ou superior a R\$750 milhões e, cumulativamente, pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no Brasil, durante esse mesmo período, um faturamento equivalente ou superior a R\$75 milhões, conforme redação dada pela Portaria Interministerial n.º 994, de 31 de maio de 2012²⁴.

No que se refere aos tipos de contratos sujeitos ao controle de estruturas, a Nova Lei dispõe da seguinte forma:

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

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

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

²² “Art. 88 (...) § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.”

²³ A primeira discussão sobre a prática de “gun jumping” no Brasil se deu no Ato de Concentração n.º 08700.005775/2013-19, envolvendo a OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A.. É interessante notar que as investigações se iniciaram por conta de cláusulas contratuais a indicar a implementação antes da aprovação do CADE. Nesse caso, houve a aplicação de multa pecuniária no valor de R\$3 milhões, mas os atos não foram considerados nulos. Diversos outros casos analisaram a ocorrência de “gun jumping”, a saber: Ato de Concentração n.º 08700.002285/2014-41 (Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC); Ato de Concentração n.º 08700.008292/2013-76 (Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.); Ato de Concentração n.º 08700.008289/2013-52 (UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A.).

²⁴ Antes da edição dessa Portaria, a Nova Lei previa que devam ser notificadas as operações nas quais as partes envolvidas atendam, cumulativamente, aos seguintes critérios: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$400 milhões; e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$30 milhões.

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

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

A questão dos contratos associativos segue ainda pouco clara²⁵, e espera-se que esta questão seja regulamentada em um futuro próximo.

4. A prescrição no âmbito do CADE

A prescrição é um instituto extremamente relevante nos mais diferentes regimes jurídicos, sendo aplicável às diferentes áreas do Direito.

A prescrição não visa apenas resguardar os administrados em relação à inércia do Estado, mas também o contrário, uma vez que as demandas das centenas de milhões de administrados em face da administração também estão sujeitas à prescrição²⁶.

Ensina o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, arrimado em lição de Câmara Leal, que a prescrição é “*a perda da ação judicial, vale dizer, do meio de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la*”²⁷. Esse instituto teria a função de garantir a estabilidade das relações e segurança jurídica.

²⁵ Como dito, ainda não há plena clareza sobre o conceito de cooperações empresariais que seriam de notificação obrigatória. Nesse sentido é o Parecer n.º 394/2012 da Procuradoria do CADE, emitido nos autos do Ato de Concentração n.º 08700.008736/2012-92: “*É bem verdade que não existe uma definição legal do que venha a ser ‘contratos associativos’*”.

²⁶ A doutrina administrativa costuma distinguir o interesse público, de um lado, do interesse individual e particular do Estado, do outro. Nesse sentido, a prescrição atinge ambos os interesses. O interesse público é geralmente classificado como “*interesse primário*”, ao passo que os últimos são classificados como “*interesse secundário*”, que só poderiam ser buscados quando não colidirem com o interesse público. Nesse sentido: BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 22ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2006. p. 63.

²⁷ Vide BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 22ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2006. p. 1005. Nessa obra, o Professor Celso Antonio ainda explica que a prescrição representa a extinção do direito de ação, e não do direito em si, como ocorre no caso da decadência. Ao seu turno, Clovis Beviláqua ensina que “*prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo*” (BEVILÁQUA, Clovis. Comentários ao Código Civil, 13ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1993, p. 476). Ainda sobre o tema, o Professor Nelson Nery Jr. esclarece que a afirmação de que a prescrição extingue a ação e a decadência extingue o direito é insuficiente para distinguir os dois institutos, pelos seguintes motivos: “*(...) somente as pretensões exercitáveis por meio de ação condenatória é que estariam sujeitas, sempre, à prescrição, porque somente os direitos à prestação é que podem ser violados. Que haja, quer não exista prazo previsto em lei para o exercício da pretensão condenatório, ele*

Outras questões de ordem mais prática, como o teórico desaparecimento dos rastros e efeitos, a futura boa conduta e o esquecimento pela sociedade são também usados para justificar a adoção de um regime de prescrição, especialmente sob a ótica penal²⁸. Os Tribunais Superiores também tratam da matéria de maneira semelhante, *in verbis*:

“A prescrição da pretensão punitiva refere-se à perda do direito do Estado de punir ou de executar a pena pelo decurso do tempo, extinguindo a punibilidade do acusado ou condenado” (STF. Glossário Jurídico);

“(...) a prescrição (tal como a decadência) é um instituto concebido em favor da estabilidade e da segurança jurídicas, não se pode admitir que o litigante em processo administrativo disciplinar aguardasse, indefinidamente, o exercício do poder punitivo do Estado” (STJ. 5ª Turma. Min. Relatora Laurita Vaz. RMS n.º 25076/RS. DJ. 18/08/2011).

Especificamente em relação à prescrição administrativa²⁹, relevante para o presente estudo, esta *“designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas”*³⁰. Cada uma dessas situações teria um prazo prescricional distinto e, considerando o objetivo deste trabalho, apresentaremos abaixo apenas o prazo exclusivo para a pretensão punitiva da administração pública federal, que seria relevante para a atuação do CADE.

é sempre sujeita à extinção por meio da prescrição” (NERY JUNIOR. Nelson e NERY. Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007. p. 517).

²⁸ Nesse sentido: *“La prescripción tiene, teóricamente, diversos fundamentos: el simple transcurso del tiempo, la desaparición de los rastros y efectos del delito, la presunción de buena conducta, el olvido social del hecho, etc. En nuestro derecho vemos funcionar como base del sistema un doble motivo: el transcurso del tiempo y la conducta observada por el sujeto”* (SOLER. S. Derecho Penal Argentino. 10ª ed., Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 541).

²⁹ *“A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação (...). O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores. Transcorrido o prazo prescricional fica a Administração ou o servidor impedido de praticar o ato prescrito, sendo inoperante o extemporâneo”* (MEIRELLES. Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pág. 577).

³⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª Edição. São Paulo: Editora Jurídico Atlas, 2006. p. 704.

A questão sobre o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, vem disposta na Lei n.º 9.873/99³¹ que, assim dispõe:

“Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.”

Desse modo, a prescrição a que se refere à multa por não notificação das operações ou por consumação sem aprovação do CADE é a indicada no *caput* do artigo acima. Como resultado, os dois prazos possíveis seriam os seguintes: (i) prazo de 5 (cinco) anos, caso a data da infração seja considerada como o primeiro dia útil após o decurso do prazo de 15 (quinze) dias úteis para notificar, na Antiga Lei, ou do primeiro ato de implementação da operação, na Nova Lei; ou (ii) prazo de 5 (cinco) anos a partir do “cessamento dos efeitos” da Operação caso a não notificação, na Antiga Lei, ou o fechamento sem aprovação, na Nova Lei, seja considerada como uma infração permanente ou continuada.

Uma vez que os prazos acima se referem à aplicação de sanções, uma questão interessante a ser analisada é natureza do controle de estruturas pelo CADE e os efeitos da aprovação sob a validade e/ou eficácia do negócio jurídico.

De um ponto de vista distinto, caso a análise concorrencial feita pelo CADE seja considerada uma sanção, ela estará sujeita a prazo prescricional, nos termos indicados acima. Por outro lado, caso seja vista de maneira diversa, como ocorreu na decisão analisada abaixo, proferida pelo Plenário do CADE durante a Sessão Ordinária de Julgamento de n.º 498, de 31 de agosto de 2011, nos autos do Ato de Concentração n.º 53500.028086/2006 (Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Requerentes: DR Empresas de Distribuição e Recepção de TV Ltda. e Antenas

³¹ A Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999, estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela administração pública federal, direta e indireta, e dá outras providências. Essa lei se aplica ao CADE.

Comunitárias Brasileiras Ltda.), não seria o caso de se falar em prescrição. Mesma situação ocorre em relação aos efeitos gerados pela não aprovação da Operação na Antiga Lei, ou pela consumação antes da aprovação do CADE na Nova Lei.

5. A prescrição no controle de estruturas

A questão sobre a prescrição no controle de estruturas da Antiga Lei foi analisada em detalhes pelo CADE nos autos do Ato de Concentração n.º 53500.028086/2006, de relatoria do então Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (Requerentes DR Empresas de Distribuição e Recepção de TV Ltda. e Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda. dj. 31.08.2011). Como será detalhado a seguir, esta decisão fornece indicativos importantes sobre o entendimento esperado do CADE no tocante aos efeitos do decurso do prazo quinquenal em relação ao controle concorrencial previsto na Nova Lei.

Como foi possível notar dessa decisão, existem diferentes possíveis naturezas jurídicas que podem ser atribuídas (i) ao controle de estruturas pelo CADE; (ii) à infração decorrente da não notificação tempestiva das operações; e (iii) aos efeitos gerados ao negócio jurídico de notificação obrigatória que carecer de aprovação pelo CADE ou que tiver sido fechado antes de ter sido aprovado pela autoridade.

A depender do entendimento adotado para cada uma dessas questões, o decurso de prazo prescricional de 5 (cinco) anos geraria efeitos distintos (ou nenhum), a extinguir apenas a pretensão de aplicar a multa e/ou de o CADE requisitar a notificação compulsória da operação para a análise concorrencial e/ou arguir que a operação seria nula ou carente de eficácia.

Ao analisar essas questões, a decisão do Plenário do CADE no Ato de Concentração mencionado, apesar de não ser a primeira que tratou do tema³², indicou

³² Cite-se, a título de exemplo, a decisão do CADE no Ato de Concentração n.º 08012.003315/2004-13. Requerentes E.I. Du Pont de Nemours and Company, Du Pont do Brasil S.A. e Griffin Corporation of Valdosta, Geórgia. dj. 22/2/2006). Nessa ocasião, o Plenário, por unanimidade, aprovou a operação, sem restrições, considerando, também por unanimidade, como sendo intempestiva a apresentação da operação, porém, por maioria, deixando de aplicar multa por intempestividade, tendo em vista verificação de prescrição da ação punitiva da administração pública, nos termos dos votos do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e Luis Fernando Schuartz, vencidos o Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos e o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva apenas no que tange a aplicação de multa por intempestividade, tendo ambos votado pela aplicação de multa por intempestividade.

que as operações não notificadas sob a Lei antiga terão suas multas administrativas consideradas como prescritas após 5 (cinco) anos do fim do prazo de 15 (quinze) dias úteis para notificação, nos termos do artigo 1º da Lei n.º 9.873/1999³³, sem prejuízo de seguirem, *ad eternum*, sujeitas ao controle de estruturas pelo CADE.

Esse precedente confirma, de forma cristalina, que a não notificação tempestiva seria uma infração instantânea³⁴, a alterar o entendimento defendido no passado no sentido de que as multas administrativas por não notificação dentro do prazo seriam imprescritíveis (vide decisões do CADE nos Atos de Concentração n.º 08012.000304/1998-81 e 08012.003315/2004-1335).

³³ Vale indicar que a ProCADE já havia editado parecer a reconhecer a prescrição da multa administrativa: “No caso do processo administrativo para aprovação de ato de concentração, a multa por intempestividade prescreve em cinco anos, contados da data em que deveria ter sido submetido ao SBDC, salvo se, neste ínterim, (i) forem as partes notificadas ou intimadas da instauração de um procedimento para apuração de AC (art. 45 da Portaria MJ 04/06) ou (ii) o AC for apresentado, voluntariamente, por qualquer das partes. Nesse último caso, obviamente, não há necessidade de notificação ou intimação inicial, pois a instauração do processo administrativo para aprovação de ato de concentração – no bojo do qual se apura eventual ilícito relativo à intempestividade e se aplica a sanção correspondente - é automática em decorrência da iniciativa das próprias partes interessadas. Assim, a finalidade dos atos formais de notificação ou intimação pessoal no processo administrativo para aprovação de ato de concentração (qual seja, a ciência às partes de sua instauração) é atingida no momento em que protocolam voluntariamente o pedido de aprovação” (Despacho n.º 129/2006/PG/CADE do então Procurador Geral, Dr. Arthur Sanchez Badin, datado de 20 de dezembro de 2006).

³⁴ Essa questão foi analisada de forma precisa pelo Conselheiro Luís Fernando Schuartz, *in verbis*: “É certo que a finalidade que se buscou alcançar por meio dos §§ 4º e 5º do art. 54 foi a de desincentivar agentes envolvidos em atos possivelmente prejudiciais à concorrência, a subtrair da autoridade competente o exame dos seus efeitos econômicos reais ou esperados. Dada a redação das mencionadas normas, entretanto, a permanência desse estado de coisas (i.e., o estado de coisas consistente na subtração) não retira o caráter instantâneo da infração, pois esse estado não é constitutivo do tipo legal. Nesse sentido, a consumação do ilícito se esgota com o ato da não notificação, que se verifica após o término do referido prazo. O estado da ausência de notificação, que perdura após o momento em que ocorre o ato da não notificação tempestiva e com ela, a infração, não mais deixa-se alcançar pela norma do §5º, podendo servir, a partir daí, exclusivamente como fator para a quantificação da sanção aplicável- Isso implica que o intervalo de tempo compreendido entre o instante em que findou o prazo para apresentação tempestiva do ato, de um lado, e o instante da sua apresentação efetiva ao CADE, de outro lado, não pode ser tratado juridicamente enquanto período de consumação da infração” (Voto-Vista no Ato de Concentração n.º 08012.003315/2004-13. Requerentes E.I. Du Pont de Nemours and Company, Du Pont do Brasil S.A. e Griffin Corporation of Valdosta, Geórgia dj. 22/2/2006).

³⁵ À época, os seguintes argumentos foram apresentados para arguir que se trataria de uma infração permanente: “Observa-se que a não apresentação do Ato de Concentração às autoridades antitrustes brasileiras configura-se descumprimento de dever legal, que se perpetua no tempo. Há uma obrigação imposta pela lei, de apresentação do Ato de Concentração às autoridades, e tal obrigação não foi cumprida. As partes poderiam, a qualquer momento, por livre e espontânea vontade, apresentarem tal operação, mas se recusaram a submeterem tal/ ato ao SBDC, mantendo-se assim o descumprimento, a infração à legislação em vigor” (cf. Voto do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos). Similarmente foi o voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, a saber: “(...) O dever de comunicar o ato de concentração às autoridades subsiste ainda que descumprido o prazo legalmente estipulado de 15 (quinze) dias, o que consubstancia infração de caráter permanente, vez que se encontra sob a exclusiva autonomia da vontade do agente a cessação da conduta juridicamente apenada, qual seja, a não apresentação de operação no prazo previsto”.

Para tanto, o CADE adotou a interpretação de que a prescrição prevista na Lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta (Lei n.º 9.873/99), trata exclusivamente de ações destinadas à aplicação de punições, o que não seria o objeto do controle de atos de concentração pelo CADE.

Segundo essa decisão, o controle de estruturas pelo CADE destina-se a verificar se a operação poderá ou não prejudicar a livre concorrência³⁶. Assim, segundo o Parecer da ProCADE, utilizado pelo Conselheiro Relator como fundamento da decisão, “[N]este caso não há ilícito e, portanto, não há ação punitiva da Administração. Ainda que ocorra a não aprovação do ato de concentração ou sua aprovação com restrições, não se está aplicando sanção alguma. O que há é mero condicionamento ou restrições de direitos”. Como resultado, o artigo 1º da Lei n.º 9.873/99 não seria aplicável para obstar a análise antitruste do CADE.

Ao longo dessa decisão, foi citado o Voto do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, proferido no Ato de Concentração de n.º 08012.003315/2001-13, julgado em 13 de outubro de 2005. Segundo essa decisão, a única hipótese em que um ato de concentração pode ser aprovado sem a apreciação de seu mérito é a prevista no já revogado artigo 54, § 7º da Lei n.º 8.884/94, que equivale à aprovação no de a análise do CADE tardar mais do que os prazos máximos. Dispositivo análogo está previsto no artigo 88 da Nova Lei (240 dias prorrogáveis por mais 60 a pedido das partes, ou 90 a pedido do Tribunal), conforme analisado pelo Parecer ProCADE n.º 17/2012/PROCADE/AGU. De toda sorte, evidentemente os prazos têm efeitos diversos quando comparamos um regime de análise prévia com um regime de análise a posteriori.

O Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer ainda destacou nessa oportunidade que, segundo a Lei n.º 8.884/1994, a não apresentação da operação ao CADE traz também a ineficácia da Operação, a gerar a pendência de condição de eficácia do negócio jurídico, nos termos do § 7º do artigo 54 da mencionada Lei. Seria

³⁶ Apesar de não ter sido expressamente utilizado pelo CADE como fundamento, esse argumento é semelhante ao utilizado por alguns Tribunais para sustentar que “o exercício de atividade econômica de forma irregular não gera direito adquirido” (cf. decisão do TJ-SP, na APL 0141656-38.2006.8.26.0000 SP. 5ª Turma. Des. Rel. Francisco Bianco. DOU 23/07/2011). No mesmo sentido, a doutrina também reconhece que não se extinguem as pretensões constitutivas sem prazo de exercício previsto em lei, como quanto às pretensões declaratórias, “razão pela qual se falam que são perpétuas” (NERY JUNIOR. Nelson e ANDRADE. Rosa Maria Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007. p. 517).

esse outro argumento a justificar a não prescrição, a possibilitar o desfazimento ou ajuste da operação caso prejuízos à ordem econômica sejam identificadas³⁷.

Na linha desse raciocínio, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo entendeu, ao julgar o Ato de Concentração n.º 53500.028086/2006 analisado, que “*tem-se como imprescritível a obrigatoriedade de notificação de atos de concentração ao SBDC, o que significa que, no presente caso, o CADE pode e deve conhecer deste ato de concentração, analisá-lo e, se for o caso, impor-lhe restrições, ou mesmo reprová-lo*”.

A partir da análise dessa decisão, é possível inferir que a multa prevista na Nova Lei pela consumação antes da aprovação do CADE, bem como as outras sanções previstas na legislação concorrencial, também seriam prescritíveis após o prazo de 5 (cinco) anos do fechamento, por se tratarem de sanções aplicadas pela Administração Pública.

Nada obstante, a questão sobre a eventual nulidade dos atos consumados sem a aprovação do CADE, prevista no §3º do artigo 88 da Nova Lei, é, na nossa visão, bastante complexa³⁸.

De um lado, caso a nulidade do ato não seja uma sanção, e decorra automaticamente da Nova Lei, seria possível arguir que não haveria prescrição, por ser matéria de ordem pública, que penderia apenas de ser declarada³⁹.

³⁷ No mesmo sentido, o artigo 199, inc. I, do Código Civil, diz que não ocorre a prescrição quando pender condição suspensiva. Apenas para fins de completude, vale indicar o conteúdo do artigo 125 do Código Civil: “Art. 125. *Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.*”

³⁸ “Art. 88 (...) § 3º *Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.*”

³⁹ Por exemplo, o reconhecimento da nulidade pode ser interpretado como um direito potestativo da administração pública. É possível identificar lições interessantes vindas da doutrina por meio da consulta a precedente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, *in verbis*: “Agnelo Amorim Filho, apoiado no mestre italiano Chiovenda, ensina que, ao propor uma ação para exercer um direito potestativo, o autor/titular “não pleiteia do réu qualquer prestação de dar, fazer, de não fazer, de abster-se, ou de outra espécie”, mas visa apenas “criar, extinguir, ou modificar determinada situação jurídica, e isso é feito independentemente da vontade, ou mesmo contra a vontade da pessoa ou pessoas que ficam sujeitas aos efeitos do ato”, de modo que o “réu da ação, embora não fique obrigado a uma prestação, sofre uma sujeição” (Critério Científico Para Distinguir a Prescrição da Decadência e Para Identificar as Ações Imprescritíveis, RT 744/732, outubro de 1987). Nesse passo, Agnelo Amorim esclarece que os direitos potestativos são insuscetíveis de violação. Porém, o exercício desses direitos, judicial ou extrajudicial, pode ou não estar condicionado a um prazo de decadência, dependendo do grau de perturbação social que o não exercício pode causar. Por consequência, para os direitos potestativos subordinados a prazo, o seu decurso sem o exercício implica a extinção do próprio direito; já para aqueles não vinculados a prazo, prevalece o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, ou seja, direitos que não se

Por outro lado, poder-se-ia também cogitar, em tese, que os atos não notificados sob a Nova Lei não teriam sua validade ou eficácia comprometida pela ausência de notificação, pois a nulidade a que se refere à Nova Lei é incluída no § 3º do artigo 88 da Nova Lei como uma sanção à consumação antes da aprovação do CADE, e não como uma condição para a validade do negócio jurídico.

Assim, o ato seria plenamente válido e eficaz até a aplicação da sanção de “nulidade”, o que só poderia ocorrer dentro do prazo quinquenal. Caso contrário, a Administração pública estaria por tardiamente desconstituir situação de “forte aparência de legalidade”⁴⁰, que já seria imutável⁴¹. De mais a mais, a própria nulidade seria questionável, na medida em que, se produziu efeitos, a decisão teria que ser anulada, a tornar relativamente incerto como se dará a aplicação da Lei nesse particular⁴².

extinguem pelo não uso” (STF. 1ª Turma. Ministra Denise Arruda REsp. n.º 526015 / SC Recurso Especial 2003/0047965-8. DJ. 07/02/2006). No mesmo sentido, “*reconhecimento da nulidade é matéria de ordem pública, não estando sujeito à prescrição, decadência ou preclusão. A nulidade prescinde de ação para ser reconhecida judicialmente, reconhecimento esse que tem de ser feito ex officio pelo juiz, independentemente de provocação da parte ou do interessado, a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive por meio de objeção de executividade no processo de execução*” (NERY JR. Nelson. NERY. e Rosa Maria de Andrade. *Código Civil (LGL\2002\400) Comentado*, 4.ª ed., São Paulo: RT, 2006, coment. 3 CC166, p. 279).

⁴⁰ “Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando da inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela (REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. pág. 72).

⁴¹ De fato, existe grande debate sobre os efeitos da nulidade em relação aos atos de particulares e atos da administração pública. Inclusive, para alguns a nulidade seria insanável pelo tempo. Contudo, Mauro Roberto Gomes de Mattos, em seu artigo *Princípio Do Fato Consumado No Direito Administrativo*, traz alguns precedentes interessantes sobre a ocorrência de prescrição para se questionar atos nulos (mesmo que com enfoque nos atos administrativos), *in verbis*: “*Merece destaque, a jurisprudência administrativa baixada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em 25/3/93, que pelo Parecer CJ n.º 074, da lavra da Coordenadora CEP/CJ/MJ, Dra. Rosa Maria de Guimarães Fleury, devidamente aprovado pelo ilustre Consultor Jurídico, Dr. Guilherme Magaldi Netto, ficou assim ementado: “EMENTA: DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INCIDÊNCIA. 1 - A pretensão deduzida perante a Administração Pública para rever ato com vício de nulidade está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto 20.910/32, que não pode ser relevada. 2 - “A orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito, mormente quando a interpretação emanada do Egrégio Supremo Tribunal Federal” (CGR, Pareceres n.º S-011, de 12.02.1986, 261-T, de 30.04.53; C-15, de 13.12.1960; H-76; I-222, de 11.06.73; L-211, de 04.10.1978; P-33, de 14.04.1983). 3 - Sugestão de revisão do Parecer CR/CG n.º 01/92, aprovado pelo Parecer JCF-011, porque conflitante com a Jurisprudência consolidada, a doutrina predominante e o princípio da legalidade insculpido no art. 37, caput, a C.F.” E a Advocacia Geral da União, acatando a sugestão citada anteriormente pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, baixou o parecer n.º CQ-10, de 6 de outubro de 199326: “Ato Nulo – Revisão – Prescrição Quinquenal. - prescrição quinquenal prevista no artigo 1º do Decreto n.º 20.910/32 abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável. - Revisão do Parecer JCF, de 30 de novembro de 1992, da Consultoria Geral da República (RDA 194:307-314)”*. Disponível em http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/principio_do_fato_consumado_no_direito_administrativo.pdf.

⁴² É interessante notar que o próprio Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução 1/2012 e alterado pela Resolução n.º 5/2013, fala de “*anulação dos atos já consumados*”, *in verbis*: “*Art. 112 O Cade poderá impor multa às partes que empreendam qualquer ação no sentido de consumação da*

Ainda em relação a este argumento, parece-nos crucial destacar que o CADE recebeu explicitamente a decretação como uma sanção ou um efeito opcional, e não como uma decorrência automática da Lei.

Ademais, segundo o que foi decidido pelo CADE no Ato de Concentração n.º 08700.005775/2013-19, envolvendo a OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A, a decretação da nulidade parece ser passível de não aplicação quando não for conveniente e oportuno, em situações consideradas pela autoridade como excepcionais⁴³. Vale o destaque que situação similar ocorreu nos demais casos em que houve a aplicação de multa por “gun jumping” pelo CADE. Ou seja, a partir do momento em que a autoridade pode decidir se um ato será nulo ou não, tendo discricionariedade para tanto, este ato administrativo pode se investir de traços sancionatórios.

De todo modo, a questão sob os efeitos da prescrição em relação ao controle concorrencial na Nova Lei é um tema que certamente levantará profundas discussões, uma vez que se trata de tema extremamente polêmico e sofisticado do ponto de vista dogmático, e só estará definido após a emissão de alguma decisão sobre o tema pelo CADE e, se for o caso, pelo Judiciário, na hipótese de haver contestação em relação ao adotado pelo CADE.

operação de submissão obrigatória, em desacordo com o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 108, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e não superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do art. 88, § 3º, da Lei nº 12.529, de 2011. (...) § 4º A imposição da multa prevista neste artigo não impede a adoção pelo Cade de quaisquer medidas judiciais e administrativas para anulação dos atos já consumados e para garantir que os efeitos da operação permaneçam sobrestados até a sua apreciação final, sem prejuízo de apuração de eventual infração à ordem econômica.”

⁴³ Nesse caso, OGX se comprometeu a pagar R\$3 milhões, reconhecendo a prática de “gun jumping”. Contudo, o negócio jurídico não foi declarado nulo, em razão “de um contexto absolutamente excepcional” (operação não gera nenhum efeito anticoncorrencial, o objeto do negócio não está em funcionamento, foram realizados atos meramente operacionais e de mera administração ordinária, e contexto regulatório dúbio). O Parecer da ProCADE nesse caso foi claro ao afirmar que recebido o incidente para investigar a prática de “gun jumping” e distribuído a um Conselheiro Relator, “o Tribunal deverá apreciar a existência da consumação, a eventual decretação de nulidade e aplicação da multa no prazo de 30 (trinta) dias contados do envio do pedido pela Superintendência-Geral” (Vide Parecer 182/2013 – PFE CADE/PGF/AGE, datado de 25 de julho de 2013 e emitido nos autos do Ato de Concentração n.º 08700.005775/2013-19).

6. A análise de mérito nos casos avaliados após longo período de tempo

Outra questão bastante interessante do precedente principal analisado neste artigo (Ato de Concentração n.º 53500.028086/2006) diz respeito à análise de mérito procedida.

O primeiro ponto a se destacar é que os dados inicialmente considerados na análise datam de quando a operação foi realizada (2000), e não do momento da análise pelo CADE. Nesse sentido, observa-se um louvável rigor técnico em analisar a operação sob o prisma em que ela foi realizada, evitando que os *market shares* considerados estivessem de alguma forma “contaminados” por eventuais crescimentos regulares ao longo dos anos que careçam denexo de causalidade com a operação. Note-se, nesse especial, que a aquisição de participação de mercado decorrente de maior eficiência é prática absolutamente lícita no ordenamento jurídico brasileiro (vide artigo 36, § 1º da Nova Lei).

Por outro lado, o CADE reconheceu que na hipótese de situações mercadológicas posteriores sirvam para subsidiar a aprovação da operação, esses elementos devem ser considerados na análise realizada pela autoridade. Nesse sentido, vale trazer o trecho do Voto:

“Em se verificando que, hoje, o mercado de TV por assinatura de Blumenau possui uma estrutura distinta, com novos concorrentes detendo participações de mercado e poder de contestação mais significativos, poderia não mais se fazer necessário aplicar um remédio ao ato de concentração. (...) Dito isso, e no cenário concorrencial atual, algumas razões levam este Relator a pronunciar-se pela aprovação irrestrita da operação”.

Ou seja, fenômenos posteriores que prejudiquem as Requerentes não devem ser levados em conta para a reprovação da Operação, considerando carecerem de nexode causalidade com a operação. Por outro lado, situações benéficas posteriores devem ser levadas em conta, em prol do próprio princípio da livre concorrência e livre iniciativa. Essa forma de análise é precisa na medida em que tem como premissa implícita que o bloqueio de operações ou a imposição de restrições deve ser excepcional e bem justificado, já que o próprio ordenamento jurídico reprime a intervenção injustificada na atividade econômica e que em muitos casos a aprovação de operações é pró-competitiva.

7. Conclusão

Como destacado ao longo deste estudo, o tema analisado é relevante para as empresas que realizaram operações de notificação obrigatória sob a vigência da Lei n.º 8.884/1994, mas que as deixaram de notificar tempestivamente ao CADE, bem como para as empresas que consumaram ou consumarão as operações antes da aprovação do CADE sob a Nova Lei. Isso seria válido tanto para operações realizadas no Brasil, quanto para realizadas no exterior, mas que geraram efeitos no território nacional.

Desse modo, a decisão do Ato de Concentração de n.º 53500.028086/2006 é um importante indicativo de que as sanções administrativas (multas e outras restrições estruturais ou comportamentais) seriam sujeitas à prescrição após o decurso do prazo quinquenal.

Esse entendimento indicaria que a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública é a regra no Direito brasileiro, devendo ser respeitada pela autoridade concorrencial com vistas a atribuir segurança jurídica e estabilidade às relações jurídicas e evitar que as decisões do CADE sejam contaminadas pela ilegalidade.

Além disso, essa decisão sinalizaria também que a análise concorrencial do CADE seria imprescritível. Esse é um ponto extremamente sensível e relevante, pois ensejaria o reconhecimento de passivos concorrenciais a empresas que indevidamente não notificaram operações ao CADE, já que essas operações pretéritas poderiam ser revistas e implicariam o recolhimento da taxa processual.

Contudo, a análise do mérito concorrencial deve levar em conta as alterações posteriores de mercado que possam justificar a aprovação da operação que, à época, implicava potencial anticompetitivo que inexistia no momento da análise concorrencial futura. Esse entendimento decorre da aplicação racional da legislação concorrencial pátria e do reconhecimento implícito de que o controle estrutural do CADE deve visar a eficiência de mercado e não ser um instrumento para a imposição injustificada de restrições a operações de concentração econômica.

Finalmente, a questão sobre os efeitos da aprovação do CADE sob o negócio jurídico é a que nos parece mais obscura, e argumentos para defender diferentes posições são possíveis e esperados. Basicamente, se a nulidade puder ser considerada como uma sanção a ser aplicada pelo CADE, ela seria prescritível.

De toda sorte, essa decisão corrobora a importância de se submeter ao CADE as operações de notificação obrigatória, de modo que dificilmente será benéfico comercialmente deixar de submeter uma operação de notificação obrigatória, uma vez que esse potencial passivo poderá se prolongar indefinidamente, permitindo ainda o desfazimento da Operação mesmo que décadas depois e eventual questionamento sobre a eficácia do ato não notificado ao CADE. Nesse especial, é importante atentar para a relevância do tema ao longo de auditorias legais e na hora de avaliar os riscos decorrentes da não notificação de operações à autoridade concorrencial.

8. Referencias Bibliográficas

BANDEIRA DE MELO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

BEVILÁQUA. Clóvis. *Comentários ao Código Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1993.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª Edição. São Paulo: Editora Jurídico Atlas, 2006.

MEIRELLES. Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

NERY JUNIOR. Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade. *Código Civil (LGL\2002\400) Comentado*, 4.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR. Nelson. NERY. Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007.

NOVAES FRANÇA. Erasmo Valadão Azevedo. *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*. In Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. 112. São Paulo: Malheiro Editores. Outubro-dezembro. 1998.

PRADO FILHO. José Inacio Ferraz de Almeida. *Controle Concorrencial Preventivo de Negócios Jurídicos Verticais: A experiência recente do CADE no controle estrutural de contratos de fornecimento*. In Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - RIBRAC - ANO 18-19 - Janeiro-Junho 2011.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

O regime de prescrição da ação punitiva e da análise do mérito concorrencial no controle de estruturas do Cade

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 3ª Ed. 2002.

SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*. 10ª ed., Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.