

4

A FUSÃO ENTRE AS EMPRESAS CASAS BAHIA E PONTO FRIO: EFETIVIDADE E CELERIDADE DA ANÁLISE PELO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

The merger between Casas Bahia and Ponto Frio: effectiveness and celerity of the analysis by the Brazilian Competition Defense System and legislative evolution

Emerson Ademir Borges de Oliveira¹

André Luis Cateli Rosa²

Josiane Schramm da Silva³

RESUMO

O presente artigo visa analisar a efetividade e celeridade do SBDC quanto à prevenção/repressão ao abuso do poder econômico e à garantia da livre concorrência, em especial no tocante aos atos de concentração econômica relativos à fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio, realizada sob a égide da Lei n. 8.884/94. Estabelece um contraponto com as inovações trazidas pela Lei n. 12529/11, especificamente quanto às alterações referentes à instrução, decorrentes da reestruturação do SBDC, bem como a novidade do caráter prévio do exame dos atos de concentração. São demonstrados dados empíricos dos primeiros anos de vigência da novel legislação. O método de abordagem a ser seguido é o indutivo, uma vez que se partiu de um caso concreto para analisar a viabilidade das alterações. Por fim, observou-se que as inovações implementadas pela nova Lei Antitruste trouxeram maior ce-

1 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. E-mail: emerson@unimar.br

2 Doutor em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Especialista em Liderança e Coaching para Gestão de Pessoas. Educador e Assessor Jurídico do Banco do Brasil S/A. Administrador e Advogado sócio-fundador do Escritório Cateli & Bordenal Advogados. Professor dos Cursos de Administração, Ciências Contábeis e Engenharia Civil do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – UNIFIO. E-mail: andrecateli@gmail.com

3 Mestranda em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. E-mail: josiss@terra.com.br

leridade, efetividade e segurança jurídica à análise dos atos de concentração econômica.

Palavras-chave: Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Concentração Econômica. Livre concorrência. Efetividade. Evolução legislativa.

ABSTRACT

The paper aims to analyze the effectiveness and celerity of the SBDC regarding the prevention/repression of the abuse of economic power and the guarantee of free competition, especially with regard to the acts of economic concentration related to the merger between Casas Bahia and Ponto Frio, carried out under the aegis of Law n. 8.884/94. In this respect, a counterpoint is established with the innovations brought by Law n. 12.529/11, specifically regarding the alterations referring to the instruction, resulting from the restructuring of the SBDC, as well as the novelty of the previous character of the examination of mergers. For this, empirical data from the first years of the new legislation's validity are demonstrated. To obtain the results sought by the research, the approach method to be followed is the inductive one, since a concrete case was started to analyze the feasibility of the changes. Finally, it was observed that the innovations implemented by the new Antitrust Law brought greater speed, effectiveness and legal certainty to the analysis of acts of economic concentration.

Keywords: Brazilian Competition Defense System. Economic Concentration. Free competition. Effectiveness. Legislative development.

Classificação JEL: K21 e K23.

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios gerais da atividade econômica e eficiência; 3. O papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na análise dos atos de concentração horizontal e a evolução legislativa; 4. Análise da fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio pelo SBDC; 4.1. Pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico; 4.2. Análise do mérito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 5. Efetividade e celeridade da atuação do SBDC no caso concreto e os reflexos das inovações trazidas pela Lei n. 12.529/2011; 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira mescla aspectos das doutrinas liberal e social, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, antevendo um modelo capaz de conduzir a atividade empresarial, assegurando a livre concorrência de forma eficiente para a sociedade, todavia, oferecendo a tutela necessária para garantir os direitos dos consumidores e impedir atos de concentração empresarial.

Para tanto, como forma de manter o equilíbrio entre os anseios econômicos e os interesses da sociedade, no Brasil, qualquer ato que possa prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercados relevantes de bens ou de serviços, deve ser submetido à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), seja de forma preventiva, repressiva ou educativa.

Diante dessa conjuntura, o objetivo deste trabalho é examinar a efetividade e a celeridade do SBDC, exercidas por meio de seus órgãos, quanto à repressão e prevenção ao abuso do poder

econômico e à garantia da livre concorrência, especificamente por meio da análise da evolução legislativa que ocorreu com a inserção da Lei n. 12.529/11, ao substituir a Lei n. 8.884/94, utilizando-se de estudo de caso contrato, qual seja, as operações decorrentes da fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio (Atos de Concentração n. 08012.004857/2009-18 e n. 08012.010473/2009-34), para demonstrar quão complexa era a sistemática na vigência da lei antiga.

Com esse intuito, inicialmente se abordará os princípios gerais da atividade econômica e a eficiência que deles se espera para a sociedade, buscando na sequência esclarecer o papel do SBDC no controle dos atos de concentração horizontal que impliquem em abuso à livre concorrência, capazes de justificar a intervenção do Estado na economia, tendo em vista a positivada livre concorrência no texto constitucional.

Após, demonstrar-se á a evolução legislativa com as principais mudanças introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.529/11, para na sequência realizar um estudo do processo de fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio, por meio de análise dos argumentos utilizados nos pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), acompanhados pelos despachos proferidos pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), bem como na análise do mérito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Em seguida, estabelecer-se-á um contraponto entre a análise do caso concreto e as alterações trazidas pela nova Lei Antitruste, no que concerne à reestruturação do SBDC e à competência dos seus órgãos quanto à instrução dos atos de concentração a ele submetidos, assim como a implementação da obrigatoriedade da apresentação prévia dos atos de concentração.

Para a obtenção dos resultados almejados pela investigação, o método de abordagem estabelecido, a princípio, foi o indutivo, utilizando-se da análise dos atos de concentração relativos ao processo de fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio pelo SBDC, realizado na vigência da Lei n. 8.884/94, e na sequência utilizou-se de técnicas de jurimetria⁴ para aferir se as inovações trazidas pela Lei n. 12.529/11 poderiam ter resultado mais efetivo e mais célere ao caso e, conseqüentemente, se suas alterações foram positivas.

Por fim, observou-se que as inovações implementadas pela nova Lei Antitruste, trouxeram maior celeridade, efetividade e também segurança jurídica à análise dos atos de concentração econômica, o que pode ser visto de forma muito positiva para a sociedade.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA E EFICIÊNCIA

Os princípios gerais da atividade econômica estão fixados no art. 170 da Constituição Fede-

4 Nas palavras da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), ela pode ser definida como “a estatística aplicada do Direito”. Trata-se de uma disciplina que utiliza dados matemáticos e estatísticos, portanto concretos, para compreender tendências, posicionamentos e repetições que acontecem dentro do Direito, uma ciência abstrata. A jurimetria serve para que se possa compreender melhor decisões, mudanças e convenções que acontecem dentro do mundo jurídico, a fim de se entender melhor quais podem ser os caminhos que um juiz adotaria em uma sentença ou quais desdobramentos um litígio poderia tomar (FACHINI, 2019).

ral⁵, destacando-se, na presente investigação, a soberania nacional (inciso I), a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V) (BRASIL, 1988).

Ao trazer como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, a Constituição Federal faz valer que a concorrência deve existir de forma que nenhuma exploração econômica possa atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados, o que justifica o controle pelo Estado dos atos que possam configurar concentração econômica.

Acrescente-se a isso que resta consagrado no ordenamento jurídico a característica do risco da atividade, ou seja, ao produzir produtos ou prestar serviços, quem deve correr o risco do negócio é sempre o fornecedor, e nunca o consumidor, de forma que a concentração econômica não pode sob qualquer hipótese tolher dos consumidores sua liberdade de escolha.

A Constituição Federal assegura a liberdade aos particulares de ingressarem no mercado e de organizarem os fatores de sua atividade, capital, mão de obra, matéria-prima e tecnologia, de acordo com a atividade que irão realizar, bem como conduzir a produção da forma que julgarem melhor para os seus investimentos; entretanto, garante também a livre concorrência e a defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

A livre iniciativa traduz-se no direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco ou como garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei (PETTER, 2008, p. 178).

Entretanto, essa liberdade de iniciativa não deve ser entendida como total, haja vista que cabe ao empresário o livre-arbítrio de decidir o que e como produzir, a forma e o local desta produção e onde os bens serão distribuídos com vistas ao público consumidor, porém sem se esquecer de que por trás dessa liberdade a atividade econômica deve limitar-se aos fins e interesses sociais.

A esse respeito, Bastos e Martins destacam que “o importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade. Qualquer restrição a esta há de decorrer da própria Constituição ou de leis editadas com fundamento nelas” (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 18).

Isso não significa que a intervenção do Estado no domínio econômico possa agir contra o desenvolvimento da iniciativa privada, mas que tem a pretensão de buscar o equilíbrio do setor privado quando este ultrapassar os limites da lei e contrariar interesses da sociedade. Observa-se uma tendência social, concomitantemente com o desenvolvimento econômico de natureza capitalista (VASCONCELOS; GENOVEZ, 2013, p. 142).

Na esteira desse entendimento, tem-se então que, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal assegura a livre iniciativa empresarial, determina também que sua atuação seja voltada

5 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988)..

ao bem-estar da sociedade (BRASIL, 1988). Isso significa que esta liberdade não é absoluta, já que encontra limites nas questões sociais e que, muito embora o Estado seja liberal, pode intervir na atividade empresarial sempre que necessário para evitar condutas abusivas.

Portanto, o postulado da livre iniciativa, nas palavras de Tavares (2011, p. 234):

[...] tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescentando-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre iniciativa (TAVARES, 2011, p. 234).

Assim, a livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Inicialmente, expressa desdobramento da liberdade; entretanto, não se pode reduzi-la meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica, haja vista que não consagra a liberdade absoluta de iniciativa econômica (GRAU, 2008, p. 184).

Tem-se, então, que se trata de um princípio constitucional limitado pela própria Constituição Federal, dada a necessidade de preservação dos demais princípios.

Seu limite não se depreende apenas da atitude positiva do Estado em atuar para coibir e corrigir práticas do mercado que infrinjam a livre iniciativa. O princípio se desdobra também em atitudes negativas. Nesse contexto, as leis restritivas de liberdade de iniciativa econômica, como as que refutam os atos de concentração econômica, objeto da presente investigação, devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como um limite negativo à atuação do legislador (PETTER, 2008, p. 180-181).

Entretanto, vale ressaltar que a restrição da liberdade econômica em função da preservação dos direitos fundamentais deve ser sempre vista com ressalvas, haja vista que as relações econômicas se estabelecem dentro, e não fora da sociedade. Nas palavras de Timm (2008, p. 102), “não há ontologicamente (senão cientificamente) como separá-las”.

O mesmo autor acrescenta que:

Ainda que admitida uma separação parcial entre sistema econômico e sociedade, ainda assim não há como descurar que o papel deste subsistema econômico para o grande sistema social é a geração de riquezas [...] Assim, o subsistema econômico atende a uma função no sistema social que é a geração de riquezas. E dentre os modelos até hoje experimentados ao longo do século XX, o modelo ou modo de produção que gera maior riqueza social (ou renda nacional ou produto nacional), é o sistema capitalista; por isso é ele que traz as condições materiais para que a maioria saia ganhando. Se as instituições políticas nacionais são deficientes e não há redistribuição das riquezas geradas no âmbito do sistema econômico este problema diz mais respeito ao subsistema político do que ao econômico (TIMM, 2008, p. 103).

Isso porque, em uma sociedade baseada em um sistema de produção capitalista, grande parte da população encontra a satisfação de suas necessidades e desejos nos frutos das atividades empresariais e negociais. “Seja para obtenção de produtos e serviços relacionados à subsistência, seja para satisfazer os anseios do lazer e do consumismo, seja ainda como fonte de renda, as atividades empresariais têm influência diária na vida de todos os indivíduos” (LANA; PIMENTA, 2020, p. 264).

Infere-se assim que o sistema político possui crucial importância na adequada tutela dos princípios sociais e gerais da atividade econômica, devendo ponderar, de maneira racional, possíveis interferências do Estado na livre iniciativa, haja vista que não é possível resguardar a dignidade da pessoa humana sem a produção de riquezas, o que deve ser levado em consideração pelo SBDC na análise de casos concretos, ao interpretar a Lei n. 12.529/2011.

Abordando-se a previsão da livre concorrência, prevista no inciso IV do mesmo art. 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), verifica-se, vez mais, que este implica proteção para o consumidor. Isso porque a livre concorrência, via de regra, resulta em melhores produtos e serviços para o consumidor, com preços iguais ou até mais atrativos.

Com efeito, o Estado deve estimular a livre concorrência e o desenvolvimento de novos produtos, evitando-se atos de concentração econômica que caminhem na contramão desse entendimento, com o intuito de proporcionar produtos e serviços melhores com menores preços.

Vale ressaltar que os princípios gerais da atividade econômica, bem como os demais princípios constitucionais aqui apresentados, devem ser aplicados pelo Estado visando a eficiência, que também foi consagrada como princípio constitucional.

A eficiência foi inserida como um dos princípios norteadores da Administração Pública, que passa a ser vista como um dever, com o intuito de que seus agentes realizem suas atividades com presteza e perfeição, a fim de alcançar a satisfação do bem comum, produzindo resultados positivos que supram às necessidades da população com a finalidade de proporcionar serviços públicos realizados com adequação à sociedade e executados sem desperdício de recursos, em tempo hábil e sem burocracia, dentro dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização dos recursos públicos.

Ao falar sobre esse princípio, Fernanda Marinela (2016, p. 43) esclarece que:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum (MARINELA, 2016. p. 43).

Verifica-se que as ações do gestor público devem sempre levar em consideração, dentre várias opções que lhe são dadas, aquela que proporcione menor custo com maior produtividade.

A ideia de eficiência é complementada por Moraes (2004, p. 294) referindo-se à busca do bem comum com qualidade, ensinando que:

Princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta a seus agentes a persuasão do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social (MORAES, 2004, p. 294).

Isso significa que não basta haver adequação do serviço público, nem simplesmente estar à disposição das pessoas, mas que deve ser também realmente eficiente, cumprindo sua finalidade diante da realidade concreta. Ou seja, a eficiência deve remeter ao resultado. Presta-se serviço público eficiente quando a necessidade para a qual este foi criado é suprida concretamente.

Na esteira desse entendimento, no âmbito da análise de atos de concentração econômica, o Estado deve cuidar para que suas ações sejam eficientes, de forma a proporcionar um estado de coisas com melhor custo-benefício, promovendo o bem comum, diante da realidade concreta, de forma a suprir de fato a necessidade da sociedade, criando mecanismos capazes de resguardar efetivamente a livre concorrência e proteção dos consumidores, pois só assim refletirá em eficiência⁶.

É por meio dessa conjuntura que serão analisados os reflexos das inovações trazidas pela Lei n. 12.529/2011, por meio do estudo pontual da fusão empresarial ocorrida entre Casas Bahia e Ponto Frio, iniciando-se pela função do SBDC na análise dos atos de concentração horizontal.

3. O PAPEL DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A fusão entre duas ou mais empresas⁷; a aquisição, direta ou indireta, do controle ou de partes de uma ou outra empresa⁸; a incorporação de uma ou mais empresas; e a associação, consórcio ou *joint venture* entre uma ou mais empresas⁹, são considerados atos de concentração empresarial,

6 Messias e Rosa (2019) ensinam que, por meio de uma visão factual do direito, reduzindo-se a complexidade através de uma organização de acontecimentos do mundo social, observando-se as externalidades envolvidas, bem como a racionalidade e o custo/benefício em relação à sociedade, é que se consegue alcançar o resultado social mais eficiente.

7 “Fusão é uma estratégia de crescimento na qual duas ou mais empresas se juntam para formar uma nova organização empresarial. A fusão realmente ocorre quando uma empresa é combinada com outra e ambas desaparecem para tornarem-se uma só, conhecida como empresa sucessora” (PESSANHA *et al*, 2012, p. 104).

8 “A aquisição ocorre quando uma empresa ou grupo de investidores adquire, de forma total ou parcial, o controle acionário de uma outra empresa” (ARAÚJO *et al*, 2007, p. 9).

9 O termo *joint venture* é usualmente empregue para designar uma “extensa variedade de acordos comerciais que podem estabelecer-se, nomeadamente, com empresas multinacionais ou outras entidades não residentes” (PEREIRA, 1988, p. 846).

conforme dispõe o artigo 90 da Lei n. 12.529/2011¹⁰.

Referida Lei, em seu art. 88, proíbe atos de concentração das operações empresariais que “impliquem eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços”. Entretanto, nos termos do §6º desse mesmo artigo¹¹, há possibilidade de autorização dos atos que, cumulada ou alternativamente, aumentem a produtividade ou a competitividade; melhorem a qualidade de bens ou serviços; ou propiciem eficiência, desenvolvimento tecnológico ou econômico; sejam repassados aos consumidores parte relevante de benefícios decorrentes (BRASIL, 2011).

Dessa forma, se os efeitos dos atos de concentração forem negativos, exigem o controle estatal quando, por exemplo, houver aumento de preços aos consumidores finais; diminuição da quantidade, da qualidade e/ou da variedade de produtos ou serviços a determinado preço; redução do ritmo de inovações (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 8).

Assim, nesses casos, com o objetivo de evitar abusos e garantir a livre concorrência, o equilíbrio de mercado, bem como os interesses sociais e econômicos, cabe ao Estado intervir na economia, disciplinando, direcionando e estimulando a iniciativa privada (BRUN, 2014, p. 23).

Sobre o tema, Sztajn (2010, p. 29) ensina que:

A concorrência garante que a produção seja eficiente e adequada para atender aos desejos dos consumidores; os preços se ajustam aos custos e cabe ao governo desenhar e implementar o corpo de regras que facilitem o jogo das forças no mercado, a disponibilidade de infraestrutura básica necessária para que a economia funcione (SZTAJN, 2010, p. 29).

Diante disso, ponto importante para a presente investigação, que pretende verificar a existência ou não de maior celeridade nos trâmites das análises atinentes aos atos de concentração, é verificar as principais alterações implementadas pela Lei 12.529/2011, em detrimento do que ocorria na vigência da Lei 8.884/94, sobretudo a migração ocorrida em relação ao sistema de análise dos atos de concentração, que anteriormente feitos de maneira ex-post, agora são feitos de maneira ex-ante.

Vale destacar que, conforme ensinamentos de Voronkoff (2014, p. 147), “o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi totalmente reestruturado. Seu ‘esqueleto’ administrativo foi modificado, visando o aprimoramento, eficiência e celeridade nas investigações e julgamento das condutas

10 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; 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 (BRASIL, 2011).

11 § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

anticompetitivas, e nas análises das operações concernentes à concentração de empresas”.

A novel legislação, logo em seu artigo 1º, apresenta a formalização do uso do termo “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, cujo objetivo, na concepção da doutrina de Anders, é transmitir a ideia de que os órgãos que integram o aparelho antitruste devem formar um “sistema coeso, com mecanismos de articulação institucional bem definidos, de maneira que formem um todo coerente, e não partes desarticuladas entre si” (ANDERS, 2012, p. 13), o que já se apresenta como uma vantagem, haja vista a centralização de processos, unificando-se as tarefas de investigação e julgamento.

Há nesse sentido uma clara evolução, vez que na vigência da Lei 8.884/94 os processos tramitavam em três órgãos distintos: a Secretaria de Defesa Econômica - SDE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE e o Cade (BRASIL, 1994). Atualmente, com as alterações estruturais introduzidas pela Lei nº 12.529/11, a SDE se tornou a superintendência-geral (SG), órgão integrante do próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica Cade, ficando responsável pela investigação, instrução e decisão, acerca dos processos administrativos.

Percebe-se uma racionalização das atividades capaz de proporcionar ganhos de eficiência e de escala, evitando-se repetições e sobreposições de funções, podendo assim resultar em aumento de intensidade e qualidade na aplicação da lei.

Alteração significativa foi a introdução do sistema *ex ante* de controle dos atos de concentração pela nova lei, que implantou a necessidade de notificação prévia para que seja avaliada a possibilidade do negócio se concretizar posteriormente.

O Sistema adotado pela Lei nº 8.884/1994 era o de análise posterior (*ex post*) dos atos de concentração. Nos termos do artigo 54, §4º, do referido diploma, os atos de concentração deveriam ser submetidos à apreciação do Cade, previamente ou no prazo de quinze dias úteis de sua realização (BRASIL, 1994). Neste contexto, preponderantemente, a análise feita pelo Cade era posterior à consumação do possível ato de concentração.

Entretanto, a possibilidade de as empresas consumarem desde logo a operação criava um desincentivo na apresentação de informações necessárias à avaliação do ato. Essa possibilidade de implementação imediata da operação fazia também com que não se preocupassem com os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes da transação antes de realizá-la, tendo ainda a reversibilidade da operação, no caso de sua reprovação, se mostrado extremamente difícil e cara. Embora a legislação até então vigente dispusesse de mecanismos que visassem a assegurar a manutenção do *status quo*, como as medidas cautelares e os acordos de preservação da reversibilidade da operação, dificilmente estes mecanismos atingiam seus objetivos.

Por fim, vale mencionar que esse mecanismo de análise *ex post* dos atos, gerava ainda, sem sombra de dúvidas, um problema da insegurança jurídica para as empresas requerentes, haja vista que, em muitos casos, por motivos óbvios, não conseguiam recuperar os investimentos inicialmente feitos para viabilizar o negócio, caso a operação fosse rejeitada.

Isso porque, todas as situações empresariais passíveis de análise de concentração, indubitavelmente necessitam de investimentos por parte das empresas, para a integração de processos e também para alinhamento da cultura organizacional, entre outros necessários para adequação à

nova realidade.

Verifica-se que o novo sistema está alinhado à maior eficiência dos processos, proporcionando maior segurança jurídica às empresas, na medida em que a adoção da notificação prévia garante que a operação não será posteriormente desconstituída, assim, evitando inúmeras externalidades negativas, como discussões que podem se arrastar por anos sob análise do Poder Judiciário.

Pode-se concluir nesse sentido que o sistema de análises posterior apresentava dificuldades na reversão dos prejuízos resultantes, tanto aos empresários quanto consumidores, caso a operação já realizada não fosse aprovada pelo Cade, o que acarretaria sua desconstituição, procedimento extremamente difícil de ser realizado (CASTRO, 2012, p. 73).

A título de exemplo pode-se mencionar o caso da Nestlé vs. Garoto, que se arrastou por anos no Poder Judiciário. A fusão das empresas ocorreu em 2002 e só dois anos depois foi vetada pelo Cade, ficando suspensa assim desde 2005.

Apenas no ano de 2016 o Cade homologou proposta feita pela Nestlé que estabeleceu diretrizes a serem cumpridas pela empresa para dar fim ao processo que analisou a compra da brasileira Garoto. Ou seja, foram quase 15 anos de incertezas e insegurança jurídica, o que não se mostra eficiente em cenário algum.

Diante disso é possível antever que a notificação prévia se revela mais eficiente e menos dificultosa, uma vez que a análise prévia permite prever, mesmo que de maneira superficial, o potencial dano que a concreção da operação possa acarretar e evitá-lo de pronto, sendo desnecessário, portanto, a desconstituição da operação, e a posterior formulação de ações de responsabilização em face dos agentes econômicos que se concentraram.

Neste viés, o sistema introduzido pela nova lei, no que diz respeito ao procedimento para operação de concentrações, tem se revelado como uma de suas maiores vantagens, haja vista que evita que as operações sejam posteriormente desconstituídas, garantindo maior segurança jurídica para as empresas. Mas não só, a nova lei trouxe também maior celeridade ao processo, conforme restará demonstrado no decorrer da investigação por meio de estudo jurimétrico.

Pelo procedimento da nova lei, cumpre ao SBDC e, mais precisamente, ao Cade, como autarquia estatal, sopesar os efeitos positivos e negativos dos atos de concentração, no caso concreto, para só então decidir se há possibilidade de abuso do poder econômico, o que torna mais assertiva a decisão.

Na análise concorrencial, o Cade verifica o mercado relevante; o nível de concentração horizontal; a probabilidade de uso de poder de mercado adquirido ou criado pela operação; e pondera as eficiências econômicas inerentes ao ato de concentração (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 9-10).

Além disso, o exame do ato pelo órgão, pode ser instruído com a manifestação dos agentes de mercado, bem como com informações prestadas pelos requerentes, consumidores, concorrentes, fornecedores, agências reguladoras, sindicatos e associações, ministérios, especialistas do mercado, institutos setoriais, entre outros (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 10).

No caso específico da fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio, o ato consistiu em concentração horizontal, haja vista que as empresas atuavam no mesmo setor e a sua união, potencialmente,

poderia implicar em vantagem competitiva e, conseqüentemente, em infração à ordem econômica, razão pela qual foi submetido à apreciação do SBDC.

Referida fusão será doravante analisada com o intuito de se demonstrar os procedimentos de análise quando da vigência da antiga lei, proporcionando assim um resultado empírico ao estudo, mais próximo da realidade dos fatos, após o que, será feito um comparativo jurimétrico com os dados apresentados pelo Cade na vigência da nova lei.

4. ANÁLISE DA FUSÃO ENTRE CASAS BAHIA E PONTO FRIO PELO SBDC

Esse momento da investigação baseia-se na análise, pelo SBDC, da concentração horizontal decorrente da fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio¹², decorrente de duas operações notificadas ao órgão no ano de 2009.

A primeira operação (Ato de Concentração n. 08012.004857/2009-18) trata da aquisição, pela Companhia Brasileira de Distribuição, empresa integrante do Grupo Pão de Açúcar, de 70,24% das ações representativas do capital da Globex Utilidades S/A, que atua no mercado de varejo de bens duráveis sob a marca Ponto Frio, seguida de oferta pública obrigatória, para a aquisição de ações detidas pelos seus acionistas minoritários.

A segunda (Ato de Concentração n. 08012.010473/2009-34) refere-se à associação entre o Grupo Pão de Açúcar e as Casas Bahia, para a integração de seus negócios no setor de varejo de bens duráveis.

Após as duas operações, o veículo societário denominado “Nova Casas Bahia” concentrou os negócios correspondentes às lojas físicas das marcas Ponto Frio e Casas Bahia, enquanto os negócios relativos ao canal eletrônico ficaram concentrados no veículo denominado “Nova.com”.

Referidas operações foram analisadas conjuntamente pelo SBDC, uma vez que a primeira estaria contida na segunda, e que a Companhia Brasileira de Distribuição também atua nos mercados envolvidos através da marca “Extra” e, para efeitos exclusivos da análise antitruste, foram computados os dados de participação de mercado da referida empresa como se fossem dados das próprias requerentes.

No caso, as notificações das operações ocorreram sob a égide da Lei n. 8.884/94, segundo a qual, os atos de concentração poderiam ser submetidos à análise do Cade, após a consumação dos negócios (*ex post*).

Assim, para assegurar a reversibilidade da operação até a decisão final, foi celebrado Acordo

12 No que tange às formas em que se dão as práticas de concentração econômica, deve-se observar, primeiramente, a classificação sob o ponto de vista da associação realizada. Dessa forma, os atos de concentração podem ser verticais, que são aqueles que ocorrem entre empresa, fornecedor e distribuidor ou entre outros agentes formando uma cadeia produtiva até chegar ao consumidor. Há também as concentrações horizontais, que se caracterizam quando é realizada entre concorrentes que atuam em um mesmo mercado relevante, como no caso sob análise (ROCHA; LIMA; CORDEIRO, 2017, p. 86-87).

de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO)¹³, oportunidade em que foram estabelecidas determinadas condições a serem cumpridas pelas empresas até a decisão final, tais como: manter em funcionamento as lojas especificadas no Acordo, em condições de operação não inferiores às que-las existentes na data da assinatura da sua assinatura; manter os centros de distribuição listados no Acordo em condições de operação; manter hígidas as marcas “Casas Bahia” e “Ponto Frio” e outros direitos de propriedade intelectual a elas relacionados; manter estrutura de compras separadas e celebrar instrumentos contratuais distintos com os fornecedores; manter personalidade jurídica e funcionamento da Indústria de Móveis Bartira em condições de operação não inferiores às que-las existentes na data da assinatura do Acordo; e manter intactas as políticas de concessão de crédito das Casas Bahia e Ponto Frio em todas as lojas que operam sob as referidas marcas.

O acordo previu, ainda, a apresentação de relatórios bimestrais, por parte das Compromissárias, dando conta da evolução do cumprimento das obrigações convencionadas. No decorrer da análise das operações foram juntados aos autos 16 (dezesesseis) relatórios.

4.1. Pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico

Na vigência da Lei n. 8.884/94 cabia à SEAE o estudo e a emissão de parecer não vinculativo sobre os atos de concentração econômica.

No caso, a SEAE analisou as duas operações notificadas em conjunto, mas emitiu dois pareceres técnicos: Parecer n. 6249/2011/RJ, de 24/03/2011, para o Ato de Concentração n. 08012.010473/2009-34 e Parecer n. 6250/2011/RJ, também de 24/03/2011, para o Ato de Concentração n. 08012.004857/2009-18.

Na oportunidade, a SEAE estabeleceu dois mercados relevantes de produtos, assim entendidos como a delimitação precisa das fronteiras do espaço econômico afetado pela operação, que permite a avaliação objetiva dos possíveis efeitos da concentração (SALGADO, 2004).

O primeiro mercado relevante foi estabelecido como sendo o municipal de varejo de bens duráveis, limitado às lojas físicas que ofertam uma cesta-padrão, incluindo no mínimo três das quatro linhas principais dos itens comercializados pelo varejo de bens duráveis.

Dessa forma, ficaram definidas quatro principais linhas ou categorias comercializadas pelas empresas analisadas: linha branca (fogão a gás, lavadora de roupas, secadora de roupas, lava-louça, forno de micro-ondas, etc.); linha marrom (televisores, DVD players, aparelhos de áudio, computadores e seus periféricos, câmeras digitais, etc.); móveis; e telefonia.

Utilizou a cesta-padrão para delimitar o mercado relevante em razão das características semelhantes das lojas que as ofertam aos consumidores, excluindo da análise do mercado relevante todas as lojas de menor porte, especializadas em apenas um produto, como as lojas de móveis, por exemplo.

13 O Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação está regulado na Resolução do CADE n. 28, de 24 de julho de 2002, e foi utilizado pela primeira vez no Ato de Concentração n. 08012.007861/2001-81. Requerentes: NN Holdings do Brasil Ltda e Biopart Ltda (BRASIL, 2002). Referido procedimento (APRO) foi inaugurado com a finalidade de mitigar os problemas de uma análise a posteriori, notadamente o risco de que a operação em análise já tivesse tomado rumos que impedissem faticamente uma decisão de reprovação ou de aprovação com restrição severa (SCHAPIRO; BACCHI, 2013, p. 78).

O segundo mercado relevante definido pela SEAE foi o mercado nacional de varejo de bens duráveis por lojas virtuais, em especial a Internet, por entender que suas características são distintas das do mercado de varejo tradicional, e não seriam substitutos perfeitos um do outro. Considerou o mercado de varejo de bens duráveis por lojas físicas como dimensão geográfica municipal, e o mercado de varejo virtual de bens duráveis como dimensão nacional.

No caso do mercado de varejo por lojas virtuais, a participação conjunta das empresas requerentes, aferida pela SEAE, foi inferior a 20% (vinte por cento), razão pela qual não considerou relevante prosseguir com a análise.

Já para o mercado de varejo de bens duráveis restrito às lojas físicas, a Secretaria concluiu que as operações gerariam sobreposição horizontal em 171 (cento e setenta e um municípios), sendo que a concentração detectada como produto da operação seria superior a 20% (vinte por cento) em 162 (cento e sessenta e dois destes municípios).

A SEAE analisou as barreiras, a probabilidade, a tempestividade e a suficiência de entrada de novos concorrentes no mercado, assim como a rivalidade e os possíveis benefícios econômicos decorrentes das operações e concluiu que, em doze mercados relevantes, a entrada, apesar de provável, não seria suficiente para reduzir a probabilidade de exercício unilateral do poder de mercado pelas requerentes.

Em vista disso, a SEAE recomendou, para a aprovação da operação, a alienação de um pacote de ativos, incluindo lojas, carteiras de clientes e cadastros da Casas Bahia ou do Ponto Frio em cada um dos 12 (doze) municípios - Ceilândia (DF), Planaltina (DF), Recanto das Emas (DF), Novo Gama (DF), Campos de Goytacazes (RJ), Nova Iguaçu (RJ), São João do Meriti (RJ), Guarulhos (SP), Jandira (SP), Jundiaí (SP), Praia Grande (SP) e Taboão da Serra (SP) -, e também um Centro de Distribuição ou o desenho de solução alternativa que equivalesse à alienação para cada um dos estados envolvidos.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE), por meio dos Despachos n. 290 e n. 291, de 27 de abril de 2011, acompanhou a recomendação da SEAE.

4.2. Análise do mérito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Na análise do mérito, o Relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo expôs que as atividades envolvidas na operação costumam ser classificadas, de modo geral, como “comércio varejista de bens” e, no caso da atuação das requerentes, enquadram-se especificamente na categoria atinente ao varejo de bens duráveis.

Em razão das características apresentadas pelas requerentes, foram analisadas empresas varejistas de bens duráveis multiproduto, incluindo alguns supermercados e hipermercados que ofertam bens duráveis, como é o caso do Wal-Mart, mas excluindo os varejistas especializados em um único seguimento (linha marrom, branca, móveis ou telefonia), conforme classificação estabelecida pela SEAE.

Em instrução complementar realizada no pelo gabinete do relator, constou-se que, mesmo regionalmente, as grandes redes detêm as maiores participações no mercado de varejo de bens duráveis.

No tocante às estratégias de competição no segmento e à influência da concorrência local na formação de preços ao nível de cada loja, também em instrução complementar, realizada no gabinete do relator, foram oficiadas as principais concorrentes nesse mercado, com atuação nacional ou ao menos regional.

Consta que todas as empresas consultadas afirmaram que a base de preços dos produtos é fixada nacional ou regionalmente, mas a concorrência local teria forte influência em eventuais variações de preço ao nível da loja ou do município.

A partir da instrução realizada, o relator concluiu que as empresas que se reconheceram como concorrentes das requerentes são ofertantes com presença nacional ou ao menos regional, e que “concorrem em um segmento multiproduto no qual a oferta de um amplo portfólio de produtos, com escala suficiente para sustentar uma atuação no mínimo regional”. Mencionou ainda a presença de “elemento local” importante para a determinação da concorrência final pela escolha do consumidor, com reflexos em estratégias de ajuste de preços ao nível municipal ou até mesmo de cada loja.

No tocante às lojas físicas, o relator acompanhou o entendimento da SEAE no presente caso, e do Cade, em decisões anteriores, para definir o mercado relevante de produtos como varejo de bens duráveis, restrito a lojas físicas que ofertem uma cesta padrão de produtos. Essa cesta padrão deve conter no mínimo 03 (três) das 04 (quatro) linhas de produtos: linha branca, marrom, móveis e telefonia.

O objetivo de tal definição foi captar variáveis de escala (tamanho da operação) e escopo (portfólio de produtos), que parecem ser fundamentais à competição nesse seguimento, bem como agrupar numa mesma dimensão de produtos todos os grandes grupos que seriam concorrentes entre si.

O conselheiro salientou, ainda, que embora as lojas especializadas e as de pequeno porte que atuam apenas em uma ou duas linhas de produtos representem uma concorrência local para as grandes redes em alguns produtos, elas não podem ser incluídas no mesmo mercado relevante.

Em consonância com a SEAE e na mesma linha dos precedentes do Cade, o relator definiu o mercado de varejo de bens duráveis por lojas físicas como sendo municipal, haja vista que o consumidor estaria disposto a percorrer uma distância maior para adquirir a mercadoria, em razão dos preços mais elevados dos produtos e eventualidade da compra.

No tocante às lojas virtuais, também acompanhou o parecer da SEAE ao entender que mercado de varejo tradicional e mercado de varejo online têm características distintas e não competem diretamente.

Utilizou como fundamento trecho de julgamento realizado anteriormente pelo Cade, da relatoria do Conselheiro Carlos Ragazzo, no caso Ricardo Eletro e Insinuante (Ato de Concentração n. 08012.006905/2010-46), assim transcrito:

Embora seja possível imaginar que no futuro próximo o varejo por lojas físicas e o varejo por meio de lojas virtuais possam se constituir em um único mercado, o mesmo não é possível concluir para o presente ou no curto prazo. As razões para tal conclusão se referem a (i) limitações de acesso à

internet, (ii) reduzida (embora crescente) cultura de compras por meio da rede virtual para boa parte da população e (iii) limitação (custo) da logística de distribuição de produtos para a grande maioria dos municípios.

Assim, definiu um segundo mercado relevante da operação como o “mercado de varejo de bens duráveis por meio eletrônico” e, também em consonância com o parecer da SEAE e na linha da jurisprudência do Cade, estas lojas tiveram seu mercado definido como nacional, pois ofertam seus produtos em todo o país.

Como a participação de mercado das requerentes no mercado nacional de varejo de duráveis por canal eletrônico não ultrapassou a vinte por cento, sua análise foi considerada desnecessária no que diz respeito à possibilidade de dominação de mercado relevante de bens.

Quanto aos mercados locais de varejo por lojas físicas nos quais ocorreria sobreposição das participações das requerentes, foram incluídos outros 06 (seis) municípios aos 171 (cento e setenta e um) relacionados no parecer da SEAE, totalizando 177 (cento e setenta e sete municípios), sendo que a participação conjunta das requerentes foi superior a 20% (vinte por cento) em 166 (cento e sessenta e seis) deles.

Desta forma, em consonância com o critério de presunção de dominância estabelecido pela Lei nº 8.884/94, 11 (onze) municípios foram excluídos da análise, ante a ausência de potencial anti-competitivo das operações.

O relator entendeu, em dissonância com os pareceres da SEAE, que nos mercados em que a participação conjunta das requerentes resultasse inferior ao patamar de 40% (quarenta por cento) seria possível presumir a inexistência de risco de exercício de poder de mercado como resultado da operação, ao se considerar, entre outras características, a pressão das margens, a rivalidade do comércio eletrônico e a competição que se dá fundamentalmente por preço.

Aplicada essa porcentagem de presunção de ausência de dominância nos mercados, segundo os dados apresentados pela SEAE para 2008, a necessidade de análise individual por município ficou excluída em mais 49 (quarenta e nove) municípios.

Quanto à probabilidade de exercício do poder de mercado nas localidades em que as requerentes passariam a deter, em virtude da operação, participação superior a 40% (quarenta por cento), foram analisadas cinco barreiras à entrada no mercado nesse setor: propaganda, economias de escala e/ou escopo (derivadas do poder de compra, poder de barganha), oferta de crédito ao consumidor, centros de distribuição e localização das lojas.

Ainda em sede de instrução complementar realizada no gabinete do relator, foram aferidos os dados de participação do mercado em cada um dos municípios analisados durante o período compreendido entre 2005 e 2011, a partir dos faturamentos obtidos pelas empresas que tiveram participação em cada município. Esses dados, somados às variáveis concorrenciais mais gerais, serviram de fundamento para as conclusões do voto em análise.

Após oficializar as 24 (vinte e quatro) maiores concorrentes das requerentes, tanto em âmbito nacional quanto local, solicitando dados de faturamento entre 2005 e 2011 nesses municípios, o gabinete do relator reconstruiu os dados de *market shares*, ou seja, da participação de mercado, e

estabeleceu análise de entrada e rivalidade, município a município, a partir da evolução das participações nesses sete anos.

Concluiu que, em 54 (cinquenta e quatro) dos 117 (cento e dezessete) mercados analisados, as participações das requerentes se mantiveram, ao longo dos 07 (sete) anos, constantemente acima de 60% (sessenta por cento), sem que nenhum rival importante ou nenhum novo entrante tenha conseguido desafiar a dominância das requerentes.

Dessa forma, caracterizado prejuízo à concorrência e aos consumidores nestes municípios, foram determinadas intervenções no plano local com o objetivo de reduzir o poder de mercado das requerentes, viabilizando, ainda, novas entradas, a partir da transferência de pontos e de contratos de locação.

Com efeito, a operação de aquisição pela Companhia Brasileira de Distribuição, empresa integrante do Grupo Pão de Açúcar, de 70,24% das ações de emissão da Globex Utilidades S/A foi aprovada sem restrições, enquanto que a operação de associação dos Grupos Pão de Açúcar e Casas Bahia foi aprovada, condicionada ao cumprimento de obrigações previstas em Termo de Compromisso de Desempenho (TCD).

No referido TCD foram estabelecidas medidas, com o objetivo de: impedir a unificação das operações das requerentes implicasse em eliminação substancial da concorrência, garantir condições de existência de rivalidade efetiva nos mercados afetados pela operação, garantir condições para entrada rápida e eficiente de concorrentes nos mercados referidos, assegurar que os benefícios decorrentes da associação sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores finais, de outro, naqueles mercados específicos.

Na oportunidade, as empresas se comprometeram a alienar os pontos comerciais expressamente indicados no TCD, totalizando 74 (setenta e quatro) pontos comerciais em 54 (cinquenta e quatro) municípios brasileiros. Desses, 25 (vinte e cinco) estão localizados no Estado de São Paulo, 15 (quinze) no Rio de Janeiro, 06 (seis) em Minas Gerais, 05 (cinco) no Distrito Federal, 01 (um) em Goiás, 01 (um) no Espírito Santo e 01 (um) no Mato Grosso.

A investigação detalhada desse processo de fusão demonstra que a metodologia da análise ex-post e a estrutura administrativa do Cade na vigência da lei antiga não conferiam adequada celeridade ao processo, o que não é desejável diante de mercados tão dinâmicos.

Diante disso passa-se a demonstrar a sistemática que seria adotada na conjuntura da nova legislação, em detrimento ao que foi necessário na vigência da lei anterior, comprovando-se ainda a maior efetividade e celeridade desta novel legislação por meio de dados estatísticos fornecidos pelo próprio Cade.

5. EFETIVIDADE E CELERIDADE DA ATUAÇÃO DO SBDC NO CASO CONCRETO E OS REFLEXOS DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 12.529/11

Consoante se observa dos fundamentos utilizados pela SEAE em seus pareceres (acompanhados pelos despachos proferidos pela SDE) e pelo Cade na análise do mérito, foram realizados estudos semelhantes, sendo que ambos estabeleceram dois mercados relevantes de produtos (mercado

nacional de varejo de bens duráveis por lojas físicas e mercado nacional de varejo de bens duráveis por lojas virtuais), através de uma cesta-padrão, excluídas da análise as lojas de pequeno porte especializadas em apenas um produto.

Os dois órgãos concluíram que a participação conjunta das empresas no mercado de varejo por lojas virtuais não se mostrou relevante (inferior a vinte por cento), razão pela qual não prosseguiram com a análise.

No caso de mercado de varejo de bens duráveis restritos às lojas físicas, a SEAE e o Cade divergiram apenas quanto ao número de municípios em que a concentração detectada se mostraria importante.

Em consonância com o disposto na Lei n. 8.884/94, nos casos de condutas anticoncorrenciais, a SDE (órgão vinculado ao Ministério da Justiça) era responsável por investigar os atos anticoncorrenciais, sua instrução processual e análise dos atos de concentração que seriam submetidos ao Cade, por meio da instauração de processo administrativo e parecer respectivo. Por sua vez, à SEAE (órgão do Ministério da Fazenda) competia, nas operações de concentração, auxiliar a SDE através de estudos e relatórios, bem como emissão de parecer. Por fim, o Cade, na análise do mérito, poderia realizar instrução complementar, se entendesse necessário.

No presente caso, após a instrução realizada pelo SDE e pela SEAE, na análise do mérito, o relator realizou instrução complementar minuciosa, através de envio de 137 (cento e trinta e sete) ofícios às requerentes e às suas principais concorrentes, com o objetivo de verificar as estratégias de competição e a influência da concorrência local na formação dos preços.

Assim, restou claramente demonstrada a sobreposição de tarefas/repetição de funções entre SDE, SEAE e Cade, no tocante à investigação e instrução.

Diante disso, tem-se que as operações foram notificadas, respectivamente, em 26 de junho e 24 de dezembro de 2009 e julgadas somente em 17 de abril de 2013, totalizando mais de 03 (três) anos de tramitação destes atos de concentração.

Com o objetivo de garantir maior celeridade e efetividade à repressão de condutas anticoncorrenciais, a nova Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11), em vigor desde 02 de junho de 2012, conforme já demonstrado, trouxe importantes inovações, destacando-se: reestruturação do SBDC, imposição do dever de apresentação prévia dos atos de concentração, modificação das formas de cálculo das multas por infração à ordem econômica e aumento dos recursos materiais disponibilizados (BRASIL, 2011).

No tocante à reestruturação do SBDC, tem-se que a SEAE teve suas atribuições reduzidas, restando-lhe a competência não exclusiva de promover a defesa da concorrência junto à própria Administração (artigo 19 da Lei nº 12.529/2011), juntamente com a Superintendência Geral (SG), bem como orientar os órgãos e entidades da Administração Pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da referida Lei. Já a SDE foi incorporada pelo Cade, que passou a ser composto por três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos (artigo 5º da Lei nº 12.529/2011).

Dessa forma, a novel legislação conferiu maior autonomia às investigações promovidas pelo Cade, unificando a instrução e o julgamento dos casos de prevenção e repressão à ordem econômica

em um único órgão, o que implicou em maior celeridade no trâmite dos atos de concentração.

No que concerne à notificação dos atos de concentração, realizada a posteriori no caso da fusão entre as Casas Bahia e Ponto Frio, consoante autorizava a Lei nº 8.884/94 e, ante a dificuldade de reversão de eventuais prejuízos causados ao direito de concorrência, fez-se necessária a celebração de Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), oportunidade em que foram estabelecidas determinadas condições a serem cumpridas pelas empresas até a decisão final, bem como a apresentação de relatórios bimestrais, por parte das Compromissárias, dando conta da evolução do cumprimento das obrigações convencionadas. No decorrer da análise das operações foram juntados aos autos 16 (dezesesseis) relatórios, o que também contribuiu para a demora no julgamento do mérito.

Nesse sentido, conforme já demonstrado, a Lei nº 12.529/11 impôs a exigência de submissão prévia ao Cade das fusões e aquisições que possam gerar efeitos anticompetitivos, bem como fixou o prazo de máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias para a análise do ato (artigo 88, §2º), prorrogáveis por mais 90 (noventa) dias em caso de complexidade da operação (artigo 56), o que conferiu maior efetividade e agilidade na análise os atos, o que não ocorria na vigência da lei anterior (BRASIL, 2011).

Assim, por meio de dados disponíveis no site do próprio Cade (BRASIL, 2016), utilizando-se da técnica da jurimetria, constata-se que o tempo médio geral de tramitação dos atos de concentração submetidos à Lei n. 8.884/94, levando-se em consideração desde a instrução inicial até a análise do mérito, era muito maior, conforme demonstra a tabela abaixo, elaborada pelos próprios autores:

Tabela 01: tempo médio de tramitação da análise dos casos de concentração por ano

ANO	CASOS DE CONCENTRAÇÃO
2009	182
2010	156
2011	154
2012	21
2013	26
2014	30
2015	28

Fonte: elaboração própria, a partir de informações disponíveis no site do CADE (BRASIL, 2016).

Verifica-se que a nova sistemática, implementada a partir de 2012, trouxe celeridade considerável à análise dos atos de concentração.

Outro dado importante é o número de notificações de atos de concentração por ano, que caiu substancialmente:

Tabela 02: número de notificações de ato de concentração por ano

ANO	NÚMERO DE NOTIFICAÇÕES
2009	471
2010	691
2011	684
2012	626
2013	377

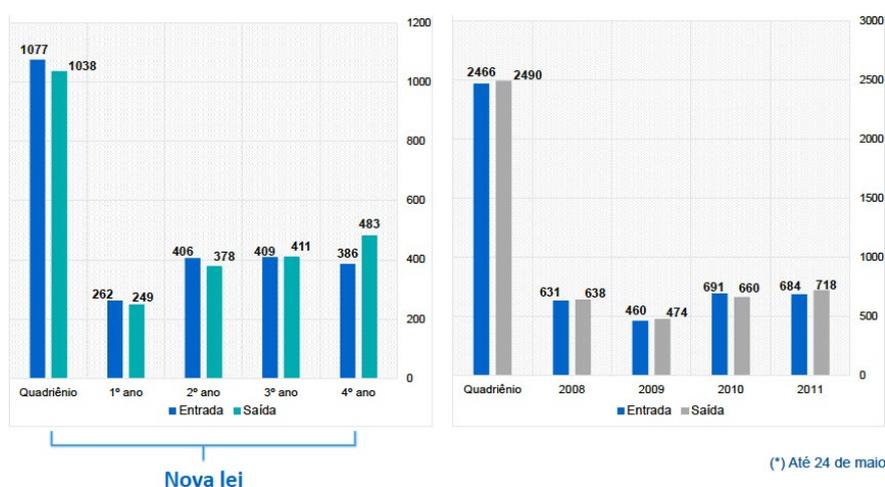
2014	425
2015	404

Fonte: elaboração própria, a partir de informações disponíveis no site do Cade (BRASIL, 2016).

Diante dos números apresentados é possível concluir também que a nova sistemática apresenta maior eficiência, haja vista que exige das empresas uma análise prévia do sucesso de uma fusão, por exemplo, o que afasta o prosseguimento de “aventuras”.

Com o fim de corroborar o entendimento, apresenta-se abaixo o número de entradas e saídas de atos de concentração para avaliação do Cade no que diz respeito aos quadriênios imediatamente anterior e posterior à entrada da nova lei:

Gráfico 01: Entrada e saída de atos de concentração por quadriênio



Fonte: Cade... (2021)

É válido acrescentar ainda que em consulta efetuada ao site do Cade em março de 2021, verificou-se que o estoque de processos total corresponde a apenas 33, número este reduzido e inimaginável durante a vigência da lei anterior.

Com efeito, pode-se concluir com segurança, que as inovações trazidas pela Lei nº 12.529/11, são capazes de assegurar processos mais céleres e efetivos quando da investigação de situações que envolvem possível concentração econômica.

O estudo da fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio demonstrou quão mais complexa era a sistemática na vigência da lei anterior, agora simplificada pela Lei nº 12.529/11.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo dos princípios gerais da atividade econômica no Brasil, principalmente o da livre concorrência, foi possível verificar que a Constituição Federal faz valer que a concorrência deve existir, entretanto, observando-se que, essa liberdade de iniciativa, não deve ser entendida como total, haja vista que, por trás dela, a atividade econômica deve limitar-se aos fins e interesses sociais.

Verificou-se que a Lei nº 12.529/11 apresentou simplificação de processos em detrimento ao

que era prescrito na Lei nº 8.884/94, trazendo também ao ordenamento jurídico a sistemática de notificação *ex-ante* no que diz respeito aos possíveis atos de concentração, o que, conforme demonstrado na investigação, levou a maior segurança jurídica e celeridade dos atos.

Observadas as especificidades das concentrações horizontais, partindo-se dos fundamentos utilizados pelo SBDC na análise do processo de fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio, restou demonstrada uma análise abrangente e minuciosa pelo órgão, com a finalidade de prevenir/reprimir infração à ordem econômica, que fosse capaz de contrariar os interesses sociais, por meio de atos de concentração potencialmente lesivos à livre concorrência.

Os atos de concentração examinados na presente investigação foram notificados ao SBDC sob a égide da Lei n. 8.884/94 e seguiram o procedimento nela previsto. Como a instrução competia tanto à SEAE e SDE, quanto ao Cade (ainda que de forma complementar), pôde-se observar a repetição/sobreposição de alguns atos instrutórios e, conseqüentemente, demasiada demora no julgamento.

Em consonância com a Lei Antitruste revogada, os atos de concentração poderiam ser analisados após a sua efetiva consumação e produção de efeitos jurídicos, o que, de certa forma, dificultou a análise dos atos, ante a necessidade de se estabelecer Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), com o objetivo de tentar garantir a possibilidade de reversão até a decisão final, bem como a imprescindibilidade de fiscalização do seu cumprimento.

As alterações implementadas pela nova Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11) trouxeram agilidade e celeridade ao sistema ao promover a reestruturação do SBDC, consoante se verificou por meio dos dados disponibilizados pelo Cade. Assim, com a incorporação da SDE pelo Cade e redução das atribuições da SEAE houve a unificação da instrução e o julgamento dos casos de prevenção e repressão à ordem econômica em um único órgão, o que conferiu maior celeridade no trâmite dos atos de concentração.

Por fim, por meio de estudo jurimétrico, pode-se concluir que as inovações trazidas pela Lei nº 12.529/2011, principalmente a obrigatoriedade de apresentação prévia dos atos de concentração, que afastaram a necessidade de celebração e fiscalização de cumprimento de Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação (APROs), proporcionaram maior celeridade e efetividade ao processo, bem como segurança jurídica às empresas no tocante às operações de concentração econômica, o que pode ser visto de forma muito positiva para a sociedade.

7. REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo Caminati *et al* (org.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Carlos Alberto Gonçalves de *et al*. Estratégia de fusão e aquisição bancária no Brasil: evidências empíricas sobre retornos. **Contextus**: Revista Contemporânea de Economia e Gestão., v.5, n. 2, p. 7-20, jul./dez. 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3owqPNI>. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/3eREHOT>. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Balanco**: 4 anos da Lei 12.529/11, 2016. 33 slides. Disponível em: <https://bit.ly/3uXO2tU>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Resolução nº 28, de 24 de julho de 2002**. Dispõe sobre a Medida Cautelar no âmbito do Cade e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3eUh7RF>. Acesso em: 31 maio 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRUN, Simone. **O Estado como agente regulador da atividade econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, Marília, 2014. Disponível em: <http://portal.unimar.br/site/dissertacaoteses/>. Acesso em: 25 maio 2020.

Cade em números: números gerais 2021. **Cade**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2Uw6auS>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CASTRO, Ramsés Maciel de. A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. **Revista Magister de Direito Empresarial**, n. 44, 2012.

FACHINI, Tiago, Jurimetria: o que é e qual seu impacto na rotina jurídica. **Migalhas**, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3tZgSZz>. Acesso em: 13 mar. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. Incompletude das informações na 11.101/05: uma abordagem mediante análise econômica do Direito. *Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 76, p. 263-298, jan./jun. 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Niterói: Saraiva, 2016.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; ROSA, André Luís Cateli. A validade da análise econômica do direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, p. 121-142. maio/ago. 2019.

MORAES, Germana Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, Márcio de *et al* (coord.). *Guia para análise dos atos de concentração horizontal*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3omXFzY>. Acesso em: 31 mai. 2020.

PEREIRA, Alberto Amorim. O contrato de “*joint venture*”: conceito e prática. **Revista da Ordem dos**

Advogados de Portugal, Lisboa, ano 48, v. 3, p. 844-880, dez. 1988.

PESSANHA, Gabriel Rodrigo Gomes *et al.* Impactos das estratégias de fusão e aquisição na rentabilidade dos bancos adquirentes: uma aplicação dos modelos de intervenção no setor bancário brasileiro. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo, v. 13, n. 5, p. 101-134, set./out. 2012.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Jackson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívy Maria Vaz. Atos de concentração econômica e estruturas de mercado em uma concorrência praticada. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 64-97, jul. 2017.

SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, Cesar Costa Alves de. **A Revolução Antitruste no Brasil**. Rio de Janeiro: Singular, 2004. p. 29-66.

SCHAPIRO, Mário Gomes; BACCHI, Fabiana Mesquita. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do Cade. In: CORDOVIL, Leonor (org.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49-96.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VASCONCELOS, Débora Camargo de; GENOVEZ, Simone. Análise dos princípios constitucionais à luz da iniciativa privada. In: CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 22., 2013, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI / UNINOVE, 2013. Tema: "Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade".

VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 2, nº 2, p. 144-179, novembro de 2014.