

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO



Daniel Christianini Nery

*Advogado formado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP;
Técnico em Direito do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, desde janeiro de 2005;
Editor em Direito no site Revista Autor (www.revistaautor.com.br).
e-mail: dacnery@bol.com.br ou
daniel.nery@cade.gov.br*

Introdução; 1. A Lei nº 9.873/1999 e a Prescrição da Pretensão Punitiva Estatal; 2. Prescrição e a Multa por Intempestividade na Apresentação de Atos de Concentração; 3. Prescrição e a Condição Suspensiva de Julgamento da Operação; 4. Natureza Jurídica do Prazo para Análise dos Atos de Concentração; 5. Apontamentos sobre o Projeto de Lei nº 5.877/2005; Conclusão.

Resumo

O presente texto tem como objetivo tecer breves considerações acerca da pretensão punitiva do Estado, no que tange à análise de atos de concentração. Inicialmente, verificam-se características a respeito do instituto da prescrição. Observa-se a aplicação da Lei nº 9.873/1999 e do Código Civil perante a Lei Antitruste Brasileira, quanto à possibilidade de aplicação de multa por intempestividade na apresentação da operação e a previsão legal de condição suspensiva das operações até o julgamento pelo Plenário do CADE. A intempestividade na apresentação é descumprimento à legislação antitruste, de caráter permanente, motivo pelo qual não incide prescrição enquanto não apresentada a operação. A Lei nº 8.884/1994 cria condição suspensiva, que impede o início do prazo prescricional enquanto o ato de concentração não for julgado e aprovado pelo CADE. Verifica-se, posteriormente, a existência de prazo de 60 dias para análise dos atos, estudando sobre a natureza jurídica *sui generis* desse prazo, que, embora tenha características decadenciais, pode ser suspenso ou interrompido, equilibrando eficiência e supremacia do interesse público.

Palavras-chave: Prescrição. Decadência. Lei nº 9.873/1999. Intempestividade. Infração permanente. Condição suspensiva. Art. 4º, § 5º, Lei nº 8.884/1994.

INTRODUÇÃO

Muito se debate acerca da possibilidade do Estado em atuar e, mediante a utilização de seu poder de polícia, sancionar os particulares por descumprimento aos mandamentos legais. Um dos principais institutos relacionados a esta capacidade estatal punitiva é o da prescrição.

Inicialmente, cabe tecer breves comentários acerca do instituto em si. O conceito de prescrição pertence à teoria geral do Direito. A doutrina mais tradicional costuma definir o instituto jurídico da prescrição como a extinção do direito de ação. É a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso. Pode ainda ser definida como a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo.

Estudando vários conceitos doutrinários, nota-se que o que se extingue (prescreve) é a possibilidade de se propor uma ação que garanta o direito pertencente à pessoa, e não o próprio direito. Com isso, conclui-se que o direito em si pode perdurar eternamente, mas, devido à inércia de seu detentor por determinado lapso temporal, não haverá mais possibilidade de reclamá-lo.

Em termos simplificados, se, após um período definido em lei, uma determinada pessoa não ajuizar a ação cabível para fazer valer sua pretensão resistida, ele não poderá fazê-lo em momento posterior, embora mantenha seu direito.

A prescrição seria instituto essencial para a manutenção da vida social e da segurança das relações jurídicas. É elemento fundamental para garantir a tranqüilidade e a continuidade das relações em sociedade. Por esse motivo, trata-se de instituto aplicável em todos os ramos do Direito. Observa-se a prescrição no direito civil, no direito das relações trabalhistas, previdenciário, penal, tributário, processual, no direito administrativo e, mais especificamente, no direito concorrencial.

Assim, o Código Civil estampa todo um capítulo acerca da prescrição,(1) com regras gerais acerca do tema. O Código Penal também dita regras sobre o fenômeno da prescrição,(2) tanto quanto o Código Tributário Nacional, que indica prazo geral de 5 (cinco) anos para a prescrição.(3)

Nota:

- (1) Vide arts. 189 a 206 do Código Civil de 2002.
- (2) Vide arts. 108 a 119 do Código Penal.
- (3) Vide art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Todavia, o próprio ordenamento jurídico, em todas as leis acima citadas, indica situações em que a afronta aos direitos é tão grave que a regra geral de prescrição sofre mutações, a fim de atender os clamores da sociedade por uma possibilidade maior do exercício de seus direitos.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal prevê a imprescritibilidade do crime de racismo,(4) bem como dos crimes praticados por ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.(5) Da mesma forma, o Código Civil também nos socorre com exceções à regra prescricional, informando situações em que o fenômeno da prescrição não afeta o direito de ação (arts. 197 *usque* 204 do Código Civil de 2002).

Nota:

- (4) Art. 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988.
- (5) Art. 5º, XLIV, da Constituição Federal de 1988.

1. A LEI Nº 9.873/1999 E A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL

No âmbito administrativo, a Lei nº 9.873/1999 nos dá limitações gerais claras ao exercício do direito punitivo pelo Estado. Entretanto, deve-se observar o inteiro teor do mandamento legal, para fazermos a correta aplicação do dispositivo perante o direito concorrencial:

“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.”(6)

Nota:

- (6) Art. 1º da Lei nº 9.873/1999.

Preliminarmente, torna-se importante conceituarmos, ainda que de forma breve, a expressão “poder de polícia”. CAIO TÁCITO(7) expõe que “o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”.

Nota:

- (7) TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e seus limites. *RDA* 27/1

O poder de polícia, fundamentado no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular, pode ser conceituado como sendo a faculdade conferida ao Poder Público para limitar, disciplinar, restringir, frear e/ou condicionar

o exercício de direitos e liberdades dos particulares, para a preservação dos interesses da coletividade.

No direito concorrencial, o poder de polícia manifesta-se de várias formas. Quer seja pela obrigatoriedade do particular em apresentar os atos de concentração perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quer pela capacidade do Estado em impor restrições a tais operações, quer seja pela imposição de multas por intempestividade ou por infração à ordem econômica, quer seja pela possibilidade do Estado em exigir documentações para instrução dos casos em análise.

Feitas estas rápidas considerações, torna-se imprescindível a correta interpretação a respeito da prescrição para a pretensão punitiva da Administração Pública, em face da Lei Antitruste Brasileira. Ao indicar *infração à legislação em vigor*, o art. 1º da Lei nº 9.873/1999 abarca não só as infrações à ordem econômica (arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994), mas toda e qualquer ofensa aos mandamentos legais, sejam situações sancionatórias, estruturais ou meras obrigações administrativas impostas pela lei ao cidadão.

O termo *infração* utilizado pela lei não tem seu significado alterado durante a redação do artigo. Ao contrário, nos dois momentos, pode ser substituído pelo sinônimo *descumprimento*. Tal descumprimento à lei pode se dar por ação ou omissão. Esta ação/omissão pode se concretizar em um único ato ou em atos permanentes ou continuados.

A Lei nº 9.873/1999 criou um prazo prescricional para que a Administração Pública pudesse punir casos de descumprimento da lei em vigor e, mais importante, indicou quando este prazo se iniciaria. Trata-se de garantia ao Estado e também ao administrado.

Foi exatamente por causa da distinção entre a perda do direito em si e a perda da ação correspondente que o art. 28 da Lei nº 8.884/1994 foi revogado pela referida Lei nº 9.873/1999, devido à incorreção em sua redação.(8)

Nota:

(8) Com efeito, o art. 28, *caput*, da Lei nº 8.884/1994 trazia em sua redação: "Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado", quando, na verdade, não é a infração em si que prescreve, pois esta continua existindo, mesmo que não seja mais possível aplicar a sanção, mas sim a pretensão punitiva da Administração Pública para punir tal infração".

2. A PRESCRIÇÃO E A MULTA POR INTEMPESTIVIDADE NA APRESENTAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Resta-nos analisar a prescrição em face dos possíveis descumprimentos à Lei nº 8.884/1994, incidente na análise de atos de concentração, no que tange à possibilidade de se impor restrições e multas, seja pela intempestividade na apresentação, seja pela existência de perigo de lesão à ordem econômica.

Partimos do momento de apresentação do ato de concentração. Primeiramente, torna-se salutar observar o disposto na Lei Antitruste Brasileira:

"§ 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."(9)

Nota:

(9) Art. 54, § 4º, da Lei nº 8.884/1994.

Nos dizeres do art. 54, § 4º, da Lei nº 8.884/1994, há uma obrigação imposta pela lei, de apresentação do ato de concentração às autoridades. As partes devem apresentar a operação em até quinze dias úteis de sua realização, para não estarem sujeitas ao pagamento de multa. Após esse prazo fixado em lei, a notificação do caso continua sendo exigência legal, acrescida da cobrança de multa pela intempestividade.

Nesta segunda hipótese, as partes podem, a qualquer momento, por livre e espontânea vontade, apresentarem tal operação, assumindo a intempestividade da notificação.

A questão que se origina neste momento é saber se, após os cinco anos a que se refere a Lei nº 9.873/1999, a Administração Pública teria ou não pretensão punitiva para impor a multa por intempestividade na apresentação da operação.

Para resolver esta questão, torna-se de extrema importância observar que a não-apresentação do ato de concentração às autoridades antitrustes brasileiras configura-se descumprimento de dever legal, que se perpetua no tempo.

Não prosperaria o argumento de que a Lei nº 9.873/1999, ao mencionar o termo *infração permanente ou continuada*, não englobaria eventuais obrigações de caráter administrativo, principais ou acessórias, constantes em vários ordenamentos jurídicos. Não houve qualquer delimitação ou diferenciação na lei, não cabendo ao intérprete criar exceções a seu bel prazer.

Ao indicar *no caso de infração permanente ou continuada*, a lei novamente abarcou todos os tipos possíveis de descumprimento à legislação, englobando, inclusive, a burla aos mandamentos de controle estruturais.

As empresas que não apresentam o ato de concentração tempestivamente podem cessar a omissão, simplesmente notificando o ato ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mesmo após o prazo estampado na Lei Antitruste. Tal atitude colocaria fim à intempestividade, o que comprova que o descumprimento se manteve no tempo. Ao invés disso, se mantiverem sua atitude omissiva, a infração ao mandamento legal se perpetuaria.

Com efeito, a omissão continua perdurando desde o momento em que se inicia a intempestividade (após o 15º dia útil posterior à realização do ato), até a efetiva apresentação da operação ao SBDC. A cada dia em que o ato não for apresentado, prolonga-se a intempestividade, mantém-se o descumprimento aos ditames legais.(10)

Nota:

(10) Apenas para um efeito comparativo, nos socorremos da lei penal. O art. 211 do Código Penal prevê o crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver, em que o agente oculta o objeto, podendo a qualquer momento fazer cessar tal conduta, espontaneamente. O autor poderia indicar o paradeiro do cadáver após o primeiro dia de ocultação, após o décimo dia ou após vários anos. Mantendo a ocultação, sua conduta perdurará no tempo, sendo que, a cada momento, o crime se consuma cada vez mais. Da mesma forma, mantida a ocultação do ato de concentração, ainda que por vários anos, a conduta continua sendo praticada, de maneira permanente.

Nesse sentido, cabe destacar que, embora a análise dos atos de concentração seja um exercício de estática comparativa, seus efeitos sobre a sociedade são executados continuamente, dia após dia. O mesmo ocorre para os riscos de “não-análise”.

Esses riscos evoluem progressivamente no tempo e, portanto, não podem ser considerados estacionados à data da operação. Tanto que o próprio cálculo da multa por intempestividade disposto na Resolução CADE nº 36/2004 utiliza a variável “tempo decorrido” sobre a notificação intempestiva como fundamento à majoração da multa.

Em outras palavras, um dia de intempestividade é diferente de 200 dias de intempestividade, não por capricho da Resolução CADE nº 36/2004, mas porque a segunda é potencialmente mais lesiva ao interesse público, de acordo com o espírito do art. 27 da Lei Antitruste Brasileira. Esse é o entendimento cristalizado no art. 1º, I, da Resolução CADE nº 36/2004. (11)

Nota:

(11) “Art.1º Reconhecida a intempestividade de apresentação de ato de concentração sujeito à apreciação do CADE, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/1994, será aplicada multa pecuniária, em conformidade com o previsto no art. 27 da mesma lei, com base nos seguintes critérios:

I – Perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores e a terceiros, avaliado em dias de atraso, contados a partir do termo *a quo* definido, *in casu*, pelo CADE.”

De fato, tanto a demora na apresentação de um ato de concentração quanto a demora na análise destes atos pela autoridade antitruste causam prejuízos potenciais à sociedade, à Administração Pública e à concorrência, devido ao dinamismo das relações empresariais, às mudanças nas situações econômicas e condições sociais durante este tempo. Quanto maior o lapso temporal, maior o custo social da operação, pois maior será o perigo de lesão à ordem econômica.

Essa é a preocupação estampada em inúmeros artigos da Lei nº 8.884/1994,(12) que criou prazos tanto para os particulares quanto para a Administração Pública, no intuito de manter a eficiência da atuação estatal e proceder a análises em curtos espaços de tempo, em benefício da sociedade.

Nota:

(12) A esse respeito, verificam-se os prazos indicados nos arts. 26, 26-A, 27, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 54 § 4º, 5º e 6º, da Lei nº 8.884/1994.

Observa-se que, em uma hipótese de grande intempestividade na apresentação do ato, ainda que se concluísse, em tese, pela existência de efeitos nocivos ao ambiente concorrencial, as eventuais medidas cabíveis teriam sua eficácia prejudicada, devido ao lapso de tempo muito grande entre a operação e sua apresentação.

O raciocínio utilizado é exatamente o mesmo estampado também no art. 111, III, do Código Penal, informando que a prescrição tem início do dia em que cessou a atividade, nas infrações permanentes.

Por fim, argumentar que a não-apresentação do ato de concentração culminaria em prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública criaria um benefício para as partes, às custas de sua própria torpeza, o que subverteria todo o ordenamento jurídico. A situação ficaria ainda mais grave se comprovado o dolo do agente em burlar a Lei nº 8.884/1994. Pela intenção em manter às escondidas a realização de operação que possui potencial de lesar a livre concorrência, o ordenamento jurídico não poderia permitir que a prescrição se tornasse uma cortina de impunidade.

Neste aspecto, nem mesmo na legislação tributária essa hipótese é admitida. De fato, o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional indica o prazo prescricional de 5 (cinco) anos contra a Fazenda Pública, “[...] salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Destarte, havendo intenção de burlar a Administração Pública, de nada adiantaria esconder a prática de determinado fato por cinco anos ou mais, pois a prescrição não incidiria ao caso”.

Por esse motivo, interpretando o disposto no art. 1º da Lei nº 9.873/1999, percebe-se que a prescrição só começa a correr a partir da cessação do descumprimento permanente, ou seja, com a apresentação da operação perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Ressalta-se que seria um equívoco dizer que a Lei nº 9.873/1999 não seria aplicável ao CADE. Justamente pela aplicação da lei à defesa da concorrência é possível extrairmos as conclusões acima mencionadas. Só há de se falar, em início, da contagem prescricional após a cessação da conduta omissiva, pois o próprio art. 1º da Lei nº 9.873/1999 assim impõe.

Todavia, neste momento teríamos outro óbice ao início do prazo prescricional, como veremos a seguir.

3. A PRESCRIÇÃO E A CONDIÇÃO SUSPENSIVA DE JULGAMENTO DA OPERAÇÃO

“§ 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.”(13) (grifo nosso)

Nota:

(13) Art. 54, § 7º, da Lei nº 8.884/1994.

A partir do exposto na Lei de Defesa da Concorrência, percebe-se que, enquanto não houver aprovação do ato de concentração pelo Plenário do CADE, os efeitos de tais operações inexistem.

Trata-se, certamente, de ato cuja eficácia está sob condição suspensiva. Tal condição constitui-se em cláusula, prevista em contrato ou imposta por lei, que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto (qual seja, a aprovação ou não, com ou sem restrições, em dia indeterminado). Nesse sentido, criou-se uma condição suspensiva legal aos atos de concentração passíveis de análise pelo CADE, isto é, aqueles cujas requerentes sejam detentoras de parcela de mercado acima de 20%, ou que possuam faturamento acima de R\$ 400.000.000,00, dentro do território brasileiro.(14)

Nota:

(14) Conforme entendimento atual do Plenário do CADE, cristalizado recentemente na primeira Súmula deste Conselho, com base na Resolução CADE nº 39/2005.

Ocorre que o Código Civil de 2002 apresenta regra que merece ser levada em consideração, qual seja, o prazo prescricional está impedido de iniciar enquanto perdurar a condição suspensiva.(15)

Nota:

(15) Art. 199, I, do Código Civil de 2002.

Ora, se a prescrição não pode correr enquanto houver tal condição de suspensão, não há que se falar na ocorrência de prescrição do exercício do poder de polícia do CADE para a análise de tais operações.

Por esse motivo, percebe-se que, mesmo após vários anos da concretização da operação, o CADE teria capacidade para analisar e impor restrições ao ato, se observada a possibilidade de lesão à ordem econômica, aos consumidores ou a eventuais concorrentes. O poder de polícia do Conselho Administrativo de Defesa Econômica não prescreve enquanto o ato de concentração não for notificado, analisado e julgado.

Evidentemente, quando a lei fala em *aprovação* do ato, leia-se *juízo perante o Plenário do CADE*. Com efeito, o momento do julgamento pode culminar em aprovação ou não do ato, com ou sem imposição de restrições à operação.

A prescrição, então, só agiria a partir do julgamento do ato de concentração em sessão do Plenário do CADE, no que tange à aplicação de multas e restrições, porque só após o julgamento a condição suspensiva seria cumprida e o óbice legal do Código Civil seria ultrapassado.

E, neste momento, há de se fazer crucial diferenciação quanto ao poder de polícia para averiguar o cumprimento das restrições impostas pelo CADE (medidas estruturais que seriam reguladas pela prescrição prevista na Lei nº 9.873/1999) e a execução das multas (que se constituíam em Dívida Ativa, sendo reguladas pelos ditames da prescrição tributária).(16)

Nota:

(16) Em respeito ao art. 61 da Lei nº 8.884/1994.

4. NATUREZA JURÍDICA DO PRAZO PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Resta-nos uma última ressalva a fazer, no que tange ao prazo para análise de atos de concentração. Dispõem os §§ 6º, 7º e 8º do art. 54 da Lei Antitruste, com redação dada pela Lei nº 9.021/1995:

“§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias.

§ 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.

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE.” (grifos nossos)

Com base nos motivos já citados, não seria adequado que a análise de operações tomasse grande tempo. Como dito anteriormente, a demora na análise pela autoridade antitruste causaria prejuízos à sociedade e à Administração Pública.

Visando justamente a impor um prazo razoável para o exercício do poder de polícia pela Administração Pública, sempre em busca da eficiência e em respeito ao interesse público, a própria Lei nº 8.884/1994 previu um prazo limite, de 60 (sessenta) dias, para a análise dos atos de concentração. Após esse prazo, observa-se a penalidade imposta ao CADE, qual seja, a aprovação automática do ato, por decurso de tempo, conforme regulamentado na Resolução CADE nº 17/1998.

Neste momento, torna-se importante distinguir a natureza jurídica do referido prazo. Trata-se de um lapso temporal que cria uma possibilidade de extinção de direito da Administração Pública. Aqui, não se trata de extinção da ação, mas sim da extinção do direito de analisar o ato de concentração. Em outras palavras, não se trata de perda da ação, com manutenção do direito de análise.

Por conseqüência, o fenômeno que melhor se adequa às características de perda do direito, devido ao decurso de prazo, é a decadência. Assim, à primeira vista, seria um prazo decadencial.(17)

Nota:

(17) Nos dizeres de Antonio Luis da Câmara Leal, “decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado”. Difere-se da prescrição, pois esta extingue o direito, enquanto aquela tem por objeto apenas a ação, mantendo existente o direito.

Contudo, a própria lei prevê situações em que tal prazo pode ser suspenso (vide § 8º do art. 54) ou mesmo interrompido e é sabido que os prazos decadenciais não se interrompem nem se suspendem.(18)

Nota:

(18) Art. 4º, § 5º, da Lei nº 8.884/1994.

Aliás, no que tange aos casos de falta de Conselheiros, o art. 4º, § 5º, da Lei nº 8.884/1994 cometeu a imperfeição

técnica de “interromper” os prazos, ou seja, recomeçar a contagem, desde o início, desprezando-se o período já transcorrido.

Teríamos, então, um prazo *sui generis*, que extingue um direito estatal, mas que pode ser suspenso para apresentação de documentos e esclarecimentos imprescindíveis à análise do caso, ou interrompido, em caso de falta de Conselheiros. Dessa forma, preservou-se o direito do administrado em ter a resposta eficiente do Estado, e manteve-se a possibilidade da correta análise da operação, ao permitir diligências mais aprofundadas, com suspensão do prazo. É, sem dúvida, a melhor resposta da Lei Antitruste ao binômio “eficiência/interesse público”.

Situação análoga pode ser encontrada em outra lei importantíssima, com inúmeros reflexos na análise antitruste: o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que também prevê prazos “decadenciais” que se suspendem.⁽¹⁹⁾ A este respeito, parte da doutrina indica eventual equívoco da lei consumerista, informando que, neste caso, estaria tratando de prazos prescricionais.

Nota:

(19) Art. 26 da Lei nº 8.078/1990.

Entretanto, na Lei nº 8.884/1994, a questão é diferenciada, pois se percebe claramente que o lapso temporal diz respeito à perda do direito de analisar um ato de concentração. Passados os 60 dias, não poderia o Plenário do CADE impor qualquer restrição, multa, sanção, compromisso. Sequer poderia pautar o ato em suas sessões de julgamento, visto que já estaria automaticamente aprovado, pelo decurso de prazo. Por esse motivo, podemos entender este prazo como decadencial. Essa foi a forma encontrada pela própria Lei Antitruste para manter a celeridade em seus julgamentos.

5. APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 5.877/2005

Com relação ao projeto de Lei nº 5.877/2005, atualmente tramitando perante o Congresso Nacional, acerca da nova lei de defesa da concorrência, cabe observar que há previsão de prazo prescricional de cinco anos,⁽²⁰⁾ nos mesmos moldes da Lei nº 9.873/1999, mas tão-somente para a prática de infrações à ordem econômica, não contemplando eventuais obrigações previstas na legislação quanto à análise de atos de concentração.

Nota:

(20) *Vide* art. 41 do Projeto de Lei.

Desta forma, há margem para a aplicação das mesmas considerações acima transcritas, mesmo com a entrada em vigor da nova Lei Antitruste em momento futuro, se não houver alterações no projeto de lei quanto à intempestividade.

Todavia, o projeto de lei inova ao indicar a necessidade de apresentação prévia do ato de concentração ao Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência. Com isso, a idéia de “condição suspensiva” dá lugar à outra figura, qual seja, uma “condição de validade” do ato.⁽²¹⁾

Nota:

(21) A esse respeito, *vide* art. 89, § 2º, 3º e 4º, do Projeto de Lei.

Assim, o ato de concentração só existirá para o mundo jurídico se houver, *a priori*, a notificação, a análise e o julgamento pelas autoridades competentes. Inexistente tal análise, há vedação legal para a consumação da operação, e esta será considerada nula.

A nulidade, por sua vez, não perde o efeito com o decurso do tempo. Se o ato nasceu ineficaz, não há que se convalidar. A nulidade é perpetua, no sentido de que, em princípio, não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido.

Obtemos as mesmas conclusões anteriormente explicitadas, mas por caminhos e motivos diferenciados. A prescrição não corre durante a intempestividade e, enquanto não houver o julgamento do ato de concentração pelo CADE, também não se pode concluir pela prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, pois trata-se de ato nulo, que não permite a incidência de tal fenômeno temporal.

O projeto de Lei nº 5.877/2005 mantém o prazo decadencial para análise das operações, aumentando o período de tempo⁽²²⁾ (cerca de 85 dias), além de indicar que tal prazo não será suspenso nem interrompido (exceto as suspensões nas hipóteses de falta de quorum de Conselheiros, acordos judiciais realizados pela Procuradoria do CADE, envio dos autos para manifestação do Ministério Público Federal ou recesso regimental). Manteve-se a possibilidade de suspensão de prazo, mas

corrigiu-se a imperfeição referente à eventual “interrupção” em caso de falta de *quorum* .

Nota:

(22) *Vide* art. 61 do Projeto de Lei.

A esse respeito, muito embora o esboço da futura lei mantenha situação anômala ao mundo jurídico (prazo decadencial que possa ser suspenso), tais mandamentos resolvem uma antiga dúvida, qual seja, a possibilidade ou não de suspensão dos prazos de análise para a manifestação do Ministério Público Federal. Com a nova Lei de Defesa da Concorrência, o membro do MPF atuante perante o CADE poderá, com maior tranqüilidade e com tempo para eventuais pesquisas, elaborar parecer que abarque todos os aspectos concorrenciais e difusos defendidos pelo Ministério Público, sem que isto culmine no decurso de prazo para análise do ato de concentração.

Ainda assim, torna-se importante a verificação de que a atual versão do projeto de lei suprimiu as indicações do art. 54, § 8º, da Lei nº 8.884/1994, isto é, aparentemente não prevê a suspensão do prazo para análise de operações caso haja necessidade de reabertura da instrução, para novas diligências, complementação de notas técnicas ou esclarecimentos, mediante envio de ofícios por parte dos Conselheiros.

CONCLUSÃO

Em resumo, no que tange à análise de atos de concentração, a prescrição não corre enquanto não apresentada a operação perante o SBDC, pois a intempestividade é descumprimento permanente à Lei nº 8.884/1994. Uma vez apresentado o ato, ainda assim, a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública não incidiria, nos termos do Código Civil de 2002, pois a operação está sob condição suspensiva. Após o julgamento pelo Plenário do CADE, a prescrição seria contada conforme a Lei nº 9.873/1999, no que diz respeito às medidas estruturais, e conforme a legislação tributária, quanto às dívidas de multa.

Outrossim, a própria Lei nº 8.884/1994 criou um prazo *sui generis* de 60 dias, com características decadenciais, sob pena de perda do direito de analisar os atos de concentração, mas que pode ser suspenso ou interrompido para esclarecimentos, diligências, acordos judiciais ou em casos de falta de *quorum* , visando ao equilíbrio na aplicação dos critérios de eficiência e supremacia do interesse público à Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEAL. Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência* . 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e seus limites. *RDA* 27/1.