



Recebido 04 mar. 2013

Aceito 22 abr. 2013

A NOVA DINÂMICA DE PROCESSAMENTO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E A REFORMA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Ângelo José Menezes Silvino¹

RESUMO

A argumentação deste artigo se constrói sob o campo do Direito Concorrencial, sendo seu principal objetivo analisar toda a reformulação sofrida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), especialmente em relação à análise e julgamento dos atos de concentração horizontais. Para tanto, fora estudada a evolução do direito concorrencial e algumas das teorias formuladas no curso da história. A partir desse esforço foi possível confirmar que o Brasil segue a tendência já anteriormente sentida nos Estados Unidos, e, posteriormente, na União Europeia, principalmente no que pertine à necessidade de análise a priori dos atos de concentração horizontais.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Atos de concentração horizontais. Análise Prévia

“A razoável economia está entre a prodigalidade e a avareza.”

(Axel Oxenstiern)

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduando em Gestão Estratégica de Negócios pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN).

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes avanços à tutela dos interesses e direitos mínimos dos cidadãos brasileiros, sendo, por isso, reconhecida como uma Constituição Social.

O Título VII da referida Constituição trata da Ordem Econômica e Financeira do Estado Brasileiro, trazendo em seu capítulo I, precisamente no artigo 170, os princípios gerais que hão de reger a atividade econômica do Estado.

Pode-se afirmar que os aludidos princípios, ao serem positivados pelo legislador, adquirem a função precípua de assegurar uma existência digna à sociedade, bem como a de direcionar a política econômica do Estado.

Nesse sentido, há de se destacar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, que juntos estabelecem as diretrizes para que a evolução econômica dos sujeitos integrantes do mercado brasileiro ocorra com base no aprimoramento de suas eficiências econômicas.

Tomando com base tal ideia, o legislador infraconstitucional editou a Lei 8.884, promulgada em 11 de Junho de 1994, que se tornou a Lei Concorrencial Brasileira, transformando o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) em autarquia e deixando a cargo deste órgão a fiscalização e o cumprimento da predita lei, e, em última instância, a concretização dos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Ocorre que na antiga legislação concorrencial, a autorização dos atos de concentração poderia ocorrer *a posteriori*, ou seja, era facultado às empresas informar sobre o ato de concentração somente após a sua realização.

Em assim sendo, o marco teórico desse trabalho baseia-se na assertiva de que a fórmula de análise dos atos de concentração horizontais *a posteriori* apresenta uma série de desdobramentos indesejáveis, especialmente no que pertine à reversibilidade de operações que por vezes são analisadas somente muitos anos após sua efetivação.

O legislador infraconstitucional, atento à lacuna desta lei ao reestruturar todo o SBDC, com a promulgação da Lei 12.529, em 30 de Novembro de 2011, estabeleceu, precisamente no parágrafo segundo do artigo 88, que o controle dos atos de concentração passa a ser *prévio* e deve ser realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias.

Dessa forma, insere-se na legislação antitruste brasileira importante mecanismo relativo à análise dos atos de concentração, impactando diretamente sobre toda a sistemática adotada pelo SBDC, o que será alvo de estudo do presente artigo.

2 O FENÔMENO DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL SOB A ÓTICA DO DIREITO ECONÔMICO

A concentração econômica é um fenômeno que vem adquirindo extrema importância nos últimos dois séculos, o que atrai em larga escala o interesse dos pesquisadores advindos das faculdades de Direito e Economia de todo o mundo.

Apesar de serem ora demonizados, ora tidos como salvação para economias sucateadas, os processos de integração econômica vêm se mostrando como meio indispensável para o progresso do sistema produtivo, devendo, contudo, ser conduzidos e analisados com imenso cuidado por órgãos especializados, haja vista o seu potencial de criar diversas distorções nas estruturas de mercado².

No âmbito do Direito Econômico, o termo concentração possui diversas conceituações, todas elas muito próximas, podendo ser sintetizadas no seguinte ensinamento de Paula Forgioni (2010, p.415):

o termo concentração vem empregado no campo do antitruste para identificar situações em que os partícipes (ou ao menos algum deles) perdem sua autonomia (o que ocorre em operações de fusão, incorporação, etc.), ou constituem nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle será compartilhado.

Nesse desiderato, a concentração econômica se concretiza através daquilo que a legislação concorrencial pátria define como atos de concentração, podendo estes ser divididos da seguinte forma: (01) atos de concentração horizontais – realizados entre agentes econômicos pertencentes ao mesmo mercado relevante; (02) atos de concentração verticais – os quais se concretizam entre empresas que atuam em diferentes níveis (Ex. um posto de gasolina e a distribuidora de combustíveis, ou esta última e uma refinaria, etc.); e (03) atos

² A experiência histórica é o principal meio de prova da alegação, haja vista que ao longo dos séculos XIX e XX, diversos foram os casos onde, a total ausência de controle por parte do Estado sobre os atos de concentração, levaram a situações nefastas. Nesse sentido, observar os *leading cases* internacionais como: *Standard Oil Company of New Jersey vs. United States* (1911) e *United States vs. Alcoa Inc* (1945).

que resultam na formação de conglomerados – formados através de atos de concentração de agentes que possuem atividades econômicas distintas.

Sobre as principais razões que incitam os agentes econômicos a se concentrarem, Paula Forgioni (2010, p. 415) elenca os critérios e/ou razões utilizados pelos agentes do mercado para justificar os atos de concentração econômica da seguinte forma: a) tentativa de arrefecimento da concorrência; b) busca pela viabilização de economias de escala, bem como o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis; c) aquisição de pessoal especializado, patentes e/ou direitos de propriedade intelectual; d) preservação da continuação das atividades da empresa adquirida; e) obtenção de ganhos ou economias tributárias; f) razões de estratégia empresarial, na qual a aquisição de determinada empresa está diretamente ligada com a idéia (aparente) de crescimento; ou ainda g) quando a adquirente objetiva diminuir o risco de sua atividade, ampliando o leque de mercados em que atua.

3 APROVAÇÃO A POSTERIORI? ANÁLISE COMPARATIVA DOS MODELOS NORTE-AMERICANO (*PREMERGER NOTIFICATION*) E EUROPEU (PRINCÍPIO DA NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DAS CONCENTRAÇÕES)

A nova dinâmica de análise e julgamento dos atos de concentração econômica submetidos ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), precisamente no que pertine à revogação da hipótese de aprovação a posteriori, evidencia, conforme já mencionado no início desse trabalho, um enorme avanço da legislação antitruste brasileira.

Nesse desiderato, é importante ressaltar que não é novidade que toda a disciplina jurídica da concorrência pátria, tem, originalmente³, fortes inspirações nos modelos norte-americano e europeu.

Contudo, na data de promulgação da antiga legislação concorrencial, Lei 8.884/94, poucas eram, ainda, as evidências práticas acerca da necessidade de um sistema de controle prévio dos atos de concentração.

Os Estados Unidos da América possuem um ordenamento econômico e concorrencial considerado pela maioria dos doutrinadores como pioneiro na disciplina jurídica da concorrência. Para isso, basta lembrar que ainda no final do século XIX, o

³ A primeira legislação antitruste brasileira teve forte influência norte-americana. O próprio responsável pela edição da lei 4.137, de 10 de Setembro de 1962, Agamenon Magalhães, é claro ao afirmar nas razões de exposição da predita lei, que estava adotando as diretrizes da legislação norte-americana.

primeiro alento do direito concorrencial, enquanto disciplina jurídica, foi consolidado com a promulgação do *Sherman Act* (1890).

Dentro da temática que é especificamente o cerne desta pesquisa, há de se ressaltar o também pioneiro *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (HSR Act), promulgado em 30 de Setembro de 1976.

A aludida cártula institui um dispositivo chamado *Premerger Notification*, ou seja, fixa que a notificação deve ocorrer antes (previamente) que ato de concentração (*merger*) seja consumado. Há de se ressaltar que a notificação não é imprescindível *qualquer que seja o ato de concentração*; conforme restou aclarado naquele instrumento, pois somente concentrações entre agentes de determinado tamanho prescindem de prévia notificação, cabendo a *Federal Trade Commission* atualizar periodicamente os valores limites (*new filing thresholds*) a serem observados pelos agentes.

Na Europa, o sistema de controle dos atos de concentração ganha atenção da legislação concorrencial comunitária apenas no ano de 1989, precisamente em 21 de Dezembro, quando então é promulgado o Regulamento (CEE) número 4.064.

O artigo 4º do diploma *supra* mencionado tratava da notificação prévia das operações de concentração. Ocorre que, sem embargo dos grandes avanços proporcionados pela promulgação deste Regulamento, que dentre outras coisas, instituiu o *princípio da notificação obrigatória das concentrações*, o legislador comunitário, ao fixar o título do artigo 4º, não utilizou da melhor exegese jurídica.

Através de uma rápida análise do mencionado artigo, percebe-se que a notificação, apesar de ser fixada como prévia pelo título do dispositivo, *poderia ocorrer em até 07 (sete) dias após a sua realização*.

A experiência na Europa levou a uma mudança de postura⁴, e atualmente a matéria referente à concentração econômica é contemplada em sua quase totalidade no Regulamento 139, de 20 de Janeiro de 2004, e no Regulamento 802, de 07 de Abril de 2004. Os preditos dispositivos comunitários ainda preservam o já mencionado princípio da notificação obrigatória das concentrações.

Contudo, no que condiz à análise dos atos de concentração, o legislador comunitário fora mais feliz que quando da edição do Regulamento 4.064/89, haja vista que não estabeleceu se a análise deveria ser prévia ou posterior. Fez melhor, estabeleceu que a eficácia

⁴ No ano de 1996 os debates acerca do controle de atos de concentração foram intensificados, devendo-se destacar as discussões do Comitê Econômico e Social, donde surgiram não somente uma série de apontamentos de viés prático, para melhorar a atuação da Comissão, como a reforma no Regulamento 4.064/89, pelo Regulamento 1.310 de 30 de Junho de 2007

do ato de concentração ficará suspensa até que a Comissão Européia analise e julgue o ato que a ela deve ser submetido (por força do princípio mencionado no parágrafo imediatamente anterior).

Desta forma, conforme pode se depreender da redação dada aos dois regulamentos, a notificação tem um efeito jurídico favorável às partes uma vez que, quanto mais brevemente (e previamente) as partes realizarem a comunicação acerca do ato de concentração, tão logo e em menos tempo, poderão realizar, de fato, a operação de concentração econômica.

Conforme pode se perceber o legislador infraconstitucional pátrio, ao inserir no parágrafo 4º do artigo 54, da Lei 8.884 de 11 de Junho de 2004, a hipótese na qual *os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização*, teve como nítida inspiração o modelo vigente na Europa à época.

Contudo, hodiernamente, é notório que tal procedimento, conforme bem aponta Calixto Salomão (2007, p. 326), pode trazer inúmeros custos sociais, aliados a uma enorme insegurança jurídica, posto que o órgão concorrencial, ao constatar um impacto líquido negativo sobre o bem-estar social, não só pode como deve reprovar o ato de concentração, o que ocasiona, caso o predito ato já tenha sido consumado, em uma série de problemas que vão desde o remanejamento (ou demissão) de colaboradores, passando pela comercialização das ações das empresas envolvidas na bolsa de valores, até à reestruturação física das unidades produtivas.

Tanto o exemplo norte-americano como o europeu demonstraram que a experiência dos seus principais órgãos concorrenciais apontava para necessidade de análise prévia dos atos de concentração. No Brasil, pode-se afirmar, com autoridade, que um dos maiores avanços da legislação antitruste na última década foi a revogação da hipótese de aprovação a posteriori dos atos de concentração econômica (nova redação conferida aos artigos 53 e 88 parágrafo segundo, da Lei 12.529/11), questão que será abordada de maneira mais técnica no tópico seguinte.

4 A NOVA SISTEMÁTICA INTRODUZIDA PELA LEI 12.529 E AS ETAPAS DE ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAIS

4.1 A Portaria Conjunta SEAE/CADE número 50 e o procedimento técnico de análise e julgamento dos atos de concentração

No Brasil, além da legislação antitruste já mencionada, pode-se dizer que, na praxis, o controle dos atos de concentração encontra-se orientado pela Portaria Conjunta SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) /SDE (Secretaria de Direito Econômico) Nº 50, de 01 de Agosto de 2001⁵.

Essa portaria, além de ter o escopo precípua de orientar a própria atividade desempenhada pelo, até então, principal órgão de Defesa da Concorrência brasileiro (CADE), também serve como mecanismo de transparência administrativa, estabelecendo de forma prévia os critérios e etapas das análises que serão realizados pela SEAE e SDE .

A razão de menção do predito documento, justifica-se pelo fato de que o mesmo possui um viés prático enorme, haja vista que confere todas as diretrizes necessárias para que o órgão máximo de defesa da concorrência brasileiro possa analisar e julgar os atos de concentração horizontais, atividade que, ano a ano, vem ganhando mais relevância dentro do CADE, e por isso mesmo, representa grande parcela do total das atividades ali desempenhadas.

De uma análise acurada dos ideais transpostos pela aludida portaria, percebe-se o viés extremamente *estruturalista* da política de defesa concorrencial brasileira, pois o “impacto líquido não negativo sobre o bem-estar social”, utilizado como critério norteador da aprovação ou reprovação do ato de concentração submetido a apreciação do CADE, é firmado, senão, com base em elementos puramente estruturais (a análise do mercado relevante, da existência de barreiras à entrada, etc.), ainda que existam ao longo da mencionada Portaria algumas poucas referências aos ideais de *eficiência* propagados pela Escola de Chicago nos anos 70 e 80.

Nesse sentido, convém ressaltar que o estruturalismo, enquanto teoria aplicada ao Direito Concorrencial, encontra suas raízes na chamada Escola da Harvard, na qual surgiu o modelo *Structure-Conduct-Performance (SCP Paradigm)*⁶.

A idéia do modelo Estrutura-Condução-Desempenho funciona, segundo Viscusi (2005, p. 62-63), da seguinte forma: o desempenho (eficiência, progresso tecnológico, etc.) dos agentes de um dado mercado, dependerá das condutas nele adotadas. Já as condutas

⁵ BRASIL. Portaria Conjunta SEAE/CADE Nº.50. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias/portconjseae-sde.pdf>. Acesso em: 05/02/2012

⁶ Ainda no começo do século XX, na *Harvard University*, começam a se desenvolver uma série de trabalhos acadêmicos que buscavam aproximar os campos da Economia e do Direito, tomando como base, os estudos do francês *Augustin Cournot*. Desses trabalhos, surgem os primeiros ideais estruturalistas, posteriormente utilizados na construção do *SCP Paradigm*.

(estabelecimento de preços, publicidade, etc.) serão diretamente influenciadas pelas estruturas (número de participantes, barreiras à entrada, etc.) deste mercado.

A relação existente entre a conduta e a estrutura indica que em certas ocasiões, a adoção de determinadas condutas podem vir a interferir diretamente nas estruturas do mercado⁷. Em uma última análise, portanto, o desempenho e os ganhos de eficiência de determinada empresa, serão determinados, senão, pelos elementos estruturais.

Não resta dúvida, pois, que o Brasil faz uso de dinâmica mais estrutural quando da análise dos atos de concentração, ficando a própria atuação do órgão concorrencial adstrita aos elementos da conduta (Título V, da Lei 12.529/11) e da estrutura (Título VII, da Lei 12.529/11).

Ademais, as 05 (cinco) etapas de análise dos atos de concentração, estabelecidas pela Portaria Conjunta SEAE/SDE Nº. 50, estão sempre relacionando-se com elementos estruturais, veja: 1) definição do mercado relevante; 2) determinação do Market Share; 3) determinação da possibilidade de exercício do Market Power; 4) Exame das eficiências econômicas⁸; 5) avaliação entre os custos e os benefícios gerados pelo ato de concentração.

Com base no exposto, pode-se afirmar que, apesar do conceito de eficiência ser mencionado em algumas partes da aludida portaria, através de uma simples leitura, resta claro ao destinatário da norma administrativa que a preocupação dos experts responsáveis pela elaboração da mesma foi tutelar as estruturas do mercado, de forma que todo e qualquer ganho econômico (performance, eficiência, avanço tecnológico) seja compartilhado com a sociedade.

4.2 O processamento do ato de concentração sob a égide da lei 12.529/12: o papel da Superintendência-Geral e do Tribunal Administrativo

Ainda sob a égide da Lei 8.884, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) se estruturava, conforme já mencionado, sob a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), e o próprio Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

⁷ A expressão original utilizada por Viscusi (2005) é “*feed back*”, ou seja, a adoção de determinada conduta algumas vezes pode estimular uma mudança estrutural.

⁸ Não há que se confundir o exame das eficiências mencionadas na portaria, com a noção construída pelos neoclássicos da Escola de Chicago; essa última está relacionada com o uso da eficiência como critério absoluto da defesa da concorrência, já o exame ao qual a norma administrativa faz referência, utiliza como critério as estruturas mercadológicas.

Ocorre que a própria estruturação do SBDC tal como vista na praxis, bem como a atividade conjunta de todos os órgãos que o compunham, não encontrava previsão no ordenamento infraconstitucional.

Em que pese a referência ao Plenário do CADE e suas atribuições no Capítulo II da Lei 8.884, bem como à Secretaria de Direito Econômico, a verdade é que a estrutura do SBDC não estava bem definida na legislação concorrencial pretérita, tanto que, foram necessárias diversas portarias, normatizando a interação entre os componentes do SBDC – que estavam, até mesmo, vinculados a diferentes Ministérios.

A Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011, não somente trouxe alterações no campo do processamento dos atos de concentração em si, mas, de fato, reestruturou todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Conforme estabelecem os artigos 3º e 5º da legislação em comento, o SBDC passa, portanto, a ser composto basicamente pela SEAE e pelo CADE, este último, agora dividido em três órgãos – devidamente discriminados, organizados e hierarquizados na própria lei antitruste – quais sejam: (01) O Departamento de Estudos Econômicos (DEE), enquanto órgão técnico integrante do CADE, eminentemente econômico, capaz de fornecer pareceres iniciais que auxiliam no embasamento da aplicação da legislação antitruste pela (02) Superintendência-Geral, órgão integrante do CADE, responsável pela aplicação da legislação antitruste através da análise e julgamento dos processos administrativos e atos de concentração, podendo suas decisões, em caso de impugnação serem revistas pelo (03) Tribunal Administrativo, que passa a ser uma segunda instância da análise dos processos administrativos e análise dos atos de concentração dentro do CADE, atuando somente naquelas casos em que as decisões tomadas pela Superintendência-Geral forem impugnadas pelos interessados.

Dessa forma, a análise, seja do processo administrativo, seja do ato de concentração, se processará *inteiramente e exclusivamente* dentro do próprio CADE, sem a necessidade de remessa para qualquer outro órgão vinculado a outro Ministério, como antes era feito.

A esse respeito, é igualmente importante analisar o artigo 13 da legislação ora discutida, de forma que se possa concluir que as antigas atribuições da SDE encontram-se hoje incorporadas pela Superintendência-Geral, deixando aquela de existir.

Nessa mesma esteira, um dos grandes avanços é a maior autonomia conferida a Superintendência-Geral, especialmente no que pertine aos casos de análise e julgamento dos atos de concentração, conforme estabelecem os artigos 54 a 57 da nova lei de concorrência.

A atuação da Superintendência-Geral (SGE) dar-se-á, portanto, da seguinte forma: (01) Cumpra a Superintendência-Geral *conhecer, instruir e julgar* os atos de concentração submetidos ao controle do CADE; (02) No exercício de suas atribuições de análise dos atos de concentração econômica, poderá a SGE aprová-los antecipadamente se dispensarem a realização de novas diligências (ou seja, se os processos administrativos já estiverem devidamente instruídos) ou ainda caso os atos tenham menor potencial ofensivo à concorrência; (03) Caso contrário, será feita a instrução complementar, que abre duas possibilidades, a) após terminada, julgar (acatar, ou impugnar perante o Tribunal) ou b) declarar a operação como complexa e requerer diligências específicas (nesse caso, através de decisão fundamentada, pode requerer a dilação do prazo de 240 dias); (04) Declarada como complexa, e ao final das demais diligências, caberá a SGE julgar o ato de concentração a ela apresentado, autorizando-o, ou impugnando-o perante o Tribunal Administrativo; (05) A SGE só acata *integralmente o pedido*, haja vista que caso entenda que o ato a ela submetido deve ser autorizado com restrições, deve impugná-lo perante o tribunal, trazendo as razões para tanto.

Ao Tribunal Administrativo caberá basicamente o recebimento das impugnações, seja por parte da SGE, seja pela parte de terceiros interessados, sendo também facultado ao Tribunal Administrativo avocar o processo julgado pela SGE.

Em sua decisão, caberá ao Tribunal Administrativo: julgar o ato de concentração econômica, aprovando-o (com ou sem restrições) ou reprovando-o; autorizar liminarmente o ato, impondo-lhe condições que assegurem sua reversibilidade; ou ainda, determinar sua instrução complementar.

Entretanto, de nada adiantaria ressystematizar todo o processamento interno dos atos de concentração, se os problemas com os prazos não fossem resolvidos. Em assim sendo, pode-se afirmar que também houve grande avanço legislativo, a partir do momento em que o legislador retirou do ordenamento concorrencial as possibilidades de suspensão dos prazos para análise e julgamento dos atos de concentração - atualmente, a única possibilidade de suspensão de prazo encontra-se prevista no Artigo 6º, §5º, sendo a mesma extremamente rara.

Em breve síntese, pode-se afirmar que foram dados largos passos à frente, na medida em que ao invés dos 03 (três) órgãos antes existentes – vinculados a diferentes Ministérios (com até mesmo diferentes naturezas jurídicas sob a ótica administrativa), atuando conjuntamente – ter-se-á um único órgão, reestruturado, no qual serão processados inteiramente os atos de concentração, em prazos próprios e não susceptíveis de suspensão.

Hodiernamente, em virtude das alterações legislativas retro mencionadas, o SBDC encontra-se organizado e centralizado na figura do CADE, sem a necessidade de remessa dos autos de um processo acerca de um ato de concentração para organismos vinculados a outros Ministérios, com diferente corpo técnico e sujeitos a todos os entraves burocráticos daí decorrentes. O ato se processará e será inteiramente analisado nas duas “instâncias” do novo CADE, quais sejam: a Superintendência-Geral e, em havendo qualquer óbice à aprovação integral do ato, o Tribunal Administrativo.

4.3 A análise prévia dos atos de concentração econômica: os custos sociais e a irreversibilidade enquanto critérios justificadores da alteração legislativa

A nova sistemática introduzida pela Lei 12.529/11, sem dúvidas, ocasionará uma série de mudanças nas próprias diretrizes da portaria alvo de estudo no tópico anterior. Mas o que importa mencionar, dentro da temática estabelecida nesta pesquisa, são os avanços sentidos em virtude da impossibilidade prática de aprovação dos atos de concentração a posteriori.

Antes de mais nada, é importante mencionar que não existem dúvidas que dos atos de concentração submetidos ao CADE nos últimos anos, pouquíssimos foram, de fato, reprovados .

Tal constatação estatística, porém, é plenamente justificável pelo fato de que o CADE, por diversas vezes, sente-se verdadeiramente *pressionado* a autorizar o ato de concentração, ainda que com restrições. Isso ocorre em virtude da enorme dificuldade prática de reversibilidade do ato de concentração já consumado, além, é claro, dos elevadíssimos custos sociais envolvidos na reprovação *a posteriori*.

Deixando de lado o pouco referencial prático-teórico existente hoje na doutrina pátria sobre a temática já exaustivamente discutida, há de se apontar, em construção doutrinária própria, os seguintes fatores que merecem atenção enquanto justificativa da análise prévia dos atos de concentração: os custos sociais e a irreversibilidade do ato.

Os custos sociais referem-se principalmente as alterações de pessoal existente quando da realização de um ato de concentração econômica entre dois agentes. Explica-se: a concretização de uma concentração é sempre seguida de uma completa reformulação na estrutura e, conseqüentemente, no material humano das empresas envolvidas no ato. Por vezes, é necessário apenas o remanejamento dos funcionários, alocando-os nos setores já

existentes ou até mesmo naqueles que por ventura venham a ser criados em decorrência do surgimento de uma “nova” empresa.

Contudo, na grande maioria das vezes, a reunião de duas ou mais empresas resulta em planos de demissões, seja pelo excessivo alargamento da capacidade ociosa da empresa, seja pelo fato de que há um aumento considerável na produção (em virtude do incremento das economias de escala), fazendo com que a empresa consiga alcançar *o custo marginal*⁹ de produção dos produtos por ela comercializados com menos funcionários do que teria caso simplesmente continuasse com o número total resultante da soma do pessoal existente nas duas empresas antes da concentração.

Quaisquer que sejam as hipóteses, percebe-se que acontecerá um verdadeiro descarte da mão-de-obra excedente, ocasionado, unicamente, pela reunião das estruturas das duas empresas. Ora, incorrer-se-ia em um verdadeiro pleonasma inferir que o despejo de uma grande quantidade de mão-de-obra no mercado de trabalho (além daquela que nele normalmente ingressa diariamente) favorece o aumento dos índices de desemprego – que precisará ser suportado pelo própria sociedade, e conseqüentemente, pelo Estado.

Por óbvio, é bem verdade o que algumas correntes, lideradas por Calixto Salomão (2007, p. 326-327), afirmam no sentido de que as demissões ocorreriam, fosse o ato analisado a posteriori, fosse analisado previamente. Nesse desiderato, é imperioso ressaltar que, em caso de suspensão *de todos os efeitos* da concentração, até a completa análise do órgão de defesa da concorrência, não há que se falar em demissões em ambos os casos, uma vez que, constatado pelo órgão o elevado custo social em detrimento do impacto líquido não-negativo sobre o bem-estar social, indubitavelmente, o ato de concentração seria reprovado, inexistindo, dessa forma, plano(s) de demissão por parte dos requerentes.

Não obstante isso, o que merece destaque dentro deste primeiro aspecto, é que o condicionamento da eficácia do ato de concentração à análise pelo órgão de defesa da concorrência evita situações em que, após uma onda de demissões e/ou realocamento de funcionários, uma dada empresa se vê diante da reprovação do ato de concentração, devendo reverter o que é, obviamente, irreversível – principalmente no que concerne aos casos nos quais há demissões.

Tomando como apoio didático o parágrafo imediatamente anterior, ter-se-á a segunda hipótese, que concerne a *(não) reversibilidade do ato de concentração reprovado*.

⁹ Aqui se emprega o termo “custo marginal” dentro da linguagem empresarial informal, significando o custo mínimo alcançável para produção de uma dada mercadoria, obtendo-se, portanto, máximo de lucro possível dentro daquele mercado

Trata-se de categoria residual, em que não estão inclusos os custos sociais, exemplificados no tópico anterior. Ora, ao tratar daqueles, muitos autores tais como: Calixto Salomão (2007, 327-333), Paula Forgioni (2010, 441), Armando Castelar Pinheiro & Jairo Saddy (2005, 355-356) e Luis Fernando Schuartz (2002, 100-110), elencam como alternativa para evitá-los, a utilização dos mecanismos dos Acordos de Preservação da Reversibilidade das Operações (APRO), ou das Medidas Cautelares, ambos instituídos pela Resolução 28, de 24 de Junho de 2002, pelo CADE. Em verdade, os aludidos instrumentos representaram grande avanço no combate aos custos sociais ocasionados pela reprovação *a posteriori* de determinados atos de concentração. Contudo, e nos demais casos?

Merecem profunda análise e reflexão os casos onde há, por exemplo, a reunião das estruturas físicas (fábricas, montadoras, distribuidoras, etc.) das empresas envolvidas, e o intercâmbio de técnicas de produção. Em casos análogos ao descrito, como operar-se-á a reversibilidade do ato de concentração, uma vez que as informações já foram naturalmente permutadas?

Convém ressaltar que são inúmeras as hipóteses residuais (impactos na bolsa de valores, fuga de agentes ameaçados para outros setores, etc) que integram o conjunto dos fenômenos decorrentes da irreversibilidade dos atos reprovados *a posteriori*. A presente pesquisa cinge-se apenas à delimitação e comprovação da existência dos mesmos, demonstrando que ao longo da história tais fatores foram utilizados como critérios justificadores de uma mudança de postura das legislações antitruste.

4 CONCLUSÕES

Conforme mencionado, as experiências vivenciadas principalmente nos Estados Unidos e na Europa resultaram na implementação da análise *a priori* dos atos de concentração nessas localidades.

No Brasil, diversos casos relevantes julgados pelo CADE nos últimos anos¹⁰, deixaram claro não somente a necessidade do estabelecimento de prazos próprios, improrrogáveis (ou prorrogáveis por tempo determinado) para a julgamento dos atos de

¹⁰ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89 (Caso Nestlé-Garoto), Ato de concentração nº 08012.005846/1999-12 (Caso Ambev), Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18 (Caso Brasil Foods), Ato de Concentração nº 08012.005789/2008-23 e 53500.012477/2008 (Caso Oi-Brasil Telecom), Ato de Concentração nº 08012.001291/2003-87 (Caso Varig-TAM).

concentração, como também a necessidade de que a análise dos mesmos fossem realizadas previamente a sua consumação.

A presente pesquisa teve como principal foco o trato objetivo da temática proposta, qual seja, a Reforma no SBDC e a análise dos atos de concentração, não sendo seu objetivo exaurir todas as questões relativas aos possíveis efeitos decorrentes da inserção do dispositivo do parágrafo segundo, do artigo 88, da Lei 12.529/11.

Em assim sendo, é possível inferir, acertadamente, que somente a atuação do CADE sob a égide da nova lei nos próximos anos, poderá trazer dados concretos aos questionamentos aqui feitos, sem que, contudo, os levantamentos teóricos aqui realizados sejam despiciendos, podendo ser utilizados como orientação de estudos futuros.

REFERÊNCIAS

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005.

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

SCHUARTZ, Luis F. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes, in POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. Crambridge: The MIT Press, 2000.

THE NEW DYNAMIC OF PROCESSING OF MERGER ACTS IN ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE AND THE REFORM OF BRAZILIAN COMPETITION POLICY SYSTEM

ABSTRACT

The argumentation of this article is based on the field of Competition Law, being the main purpose of this academic research to analyze the whole reformulation experienced by the Brazilian Competition Policy System (BCPS), especially in relation to the analysis and judgment of horizontal mergers. Therefore, it was studied the evolution of competition law and some of the theories formulated along history. Based on this study it was confirmed that Brazil follows the trend previously felt in the United States and, later, in the European Union, especially regarding the need for a premerger analysis.

Keywords: Competition Law. Brazilian Competition Policy System. Horizontal merger acts. Premerger analysis.