

## **A NECESSIDADE DO CONTROLE *A PRIORI* DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS NO BRASIL<sup>1</sup>**

### *THE NEED OF CONTROLLING THE PRIORI ACTS OF THE COMPANIES' CONCENTRATION IN BRAZIL*

**Fernanda Paula Stolz<sup>2</sup>, Sônia Rodrigues Scremin<sup>2</sup>  
e Simone Stabel Daudt<sup>3</sup>**

#### **RESUMO**

No presente artigo, analisam-se as instituições brasileiras de defesa da concorrência, no que tange à prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, nos moldes da lei antitruste brasileira. Nesse contexto, verifica-se que a Lei n. 8.884/94 consolidou no país os principais elementos de uma moderna política de concorrência, procurando evitar a concentração excessiva de mercado em poucas empresas, pela investigação e repressão de condutas anticompetitivas e promoção da concorrência. O referido diploma legal, porém, adotou algumas soluções que hoje geram deficiências e precisam ser adaptadas. Dessa forma, o objetivo, neste estudo, é analisar a atuação de tais instituições, com os problemas existentes na legislação antitruste e as consequências advindas da utilização do atual sistema de defesa da concorrência (tais como a morosidade na análise de casos concretos, prejuízos a investidores, ineficácia das penalidades, dano à sociedade, entre outros), procurando apresentar medidas para melhorar seu funcionamento.

**Palavras-chave:** defesa da concorrência, atos de concentração.

#### ***ABSTRACT***

*The present article aims to analyze Brazilian the institutions of defense of concurrence, related to the prevention and repression to the economical law infractions, in the form of Brazilian antitrust law. In this context, it is verified that the Law n. 8.884/94 consolidated in the country the main elements of a modern politics of concurrence, trying to avoid the excessive concentration of market in few companies, investigating and reprimanding the anticompetitive acts and promoting*

---

<sup>1</sup> Trabalho de Iniciação Científica - UNIFRA.

<sup>2</sup> Acadêmicos do Curso de Direito - UNIFRA.

<sup>3</sup> Orientadora - UNIFRA

*the concurrence. The referred legal diploma, however, adopted some solutions that today create deficiencies and need to be adapted. This way, the objective of this study is to analyze the action of such institutions with the problems in the antitrust law, and the consequences found in the present use of the defense system of concurrence (such as arbitration in the analyses of concrete cases, damages to investors, the inefficiency of penalties, damage to the society, among others), trying to find ways to improve its development).*

**Keywords:** *the concurrence's defense, acts of concentration.*

## INTRODUÇÃO

A globalização trouxe consigo profundas transformações para a economia mundial. Com o passar do tempo, muitas empresas tiveram que se adaptar para não serem absorvidas por conglomerados multinacionais que, a partir de então, passaram a ter grande atuação no mercado (SILVA, 2000).

No Brasil, principalmente nas décadas de 70 e 80, devido à saturação do mercado consumidor, grande parte das empresas teve de desenvolver novas estratégias para se adaptar às instabilidades geradas na economia. Tais iniciativas trouxeram aumentos em investimentos, em pesquisas, em tecnologia e serviços, fazendo com que houvesse uma diferenciação no padrão de produção e de serviços pelas empresas, objetivando a conquista pelo mercado (SILVA, 2000).

O modelo de concorrência também se altera nesse novo contexto, resultando, muitas vezes, em *megafusões*, diante do envolvimento de dois concorrentes de “grande porte” no mercado.<sup>4</sup> Tais concentrações geraram monopólios na venda de certos produtos, causaram transtornos aos pequenos empresários<sup>5</sup> e às sociedades menores, que não tinham capacidade de concorrer com as empresas de produção em larga escala, causaram também prejuízos à população que não possuía opção de produtos e preços no momento da aquisição desses bens.

O movimento de globalização econômica resultou no desenvolvimento do sistema de produção em massa, por meio de linhas de montagens, formadas por maquinaria especializada, passando por diversos sistemas de produção.<sup>6</sup> Como resposta ao grande avanço da produção, ocorreu, paulatinamente, a saturação do mercado, ocasionando diversas consequências à econo-

<sup>4</sup> Esse movimento concentracionista pode desenvolver-se mediante atos de concentração entre empresas e, também, de alianças corporativas (acordos de cooperação) entre agentes econômicos.

<sup>5</sup> Observa-se que o conceito de empresário está previsto no artigo 966, *caput* e parágrafo único, e 982, *caput* e parágrafo único, ambos do Código Civil Brasileiro.

<sup>6</sup> Tais como o sistema fordista, taylorista, entre outros.

mia nacional e mundial. Diante disso, a necessidade da defesa da concorrência tornou-se cada vez mais almejada.

Desse modo, observa-se que a história econômica tem sido caracterizada pela tensão entre a liberdade de mercado e a intervenção protecionista do Estado. Segundo Fonseca (2003, p. 13), essa dicotomia ideológica gerou a necessidade de se atribuírem poderes à burocracia estatal, ora para preservar a livre iniciativa ora para intervir e proteger os mercados ou a economia doméstica.

Atualmente, quem tem a competência para julgar questões relativas à concorrência, no Brasil, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade),<sup>7</sup> o qual atua à luz da Lei 8.884/94, que, por sua vez, adota procedimentos que acabam por gerar deficiências ao sistema de defesa da concorrência e precisam ser adaptados.

Dessa forma, apresenta-se a relevância do estudo em questão cujo objetivo é analisar a forma de atuação do Cade, bem como as medidas que evitariam conflitos, se previamente adotadas. A análise é desenvolvida pelo método dialético, bem como o funcionalista para o procedimento. Para tanto, o estudo atentará para as funções do Conselho, trata-o como parte de um sistema e analisa-o no que se refere aos efeitos de suas decisões.

## **DEFESA DA CONCORRÊNCIA – PREVISÃO LEGAL**

A partir da Constituição de 1934, surgiram os primeiros rudimentos da política antitruste no Brasil, sob a influência de uma nova concepção de Estado de Bem-Estar Social. Foi pela Constituição de 1946, contudo, em seu artigo 148<sup>8</sup>, que se criou base para a promulgação de uma lei antitruste, sendo instituído o princípio da repressão aos abusos do poder econômico.

A Constituição Federal de 1946 dispôs que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, que tivessem por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando, arbitrariamente os lucros (Artigo 48). Em continuidade, foi editada, em 10 de setembro de 1962, a Lei 4.137, que conceituou as formas de abuso, atribuindo, para tanto, a competência ao Cade, regulamentando seu procedimento administrativo e o processo judicial.

---

<sup>7</sup> No decorrer deste trabalho, sempre que nos referimos ao “Cade”, estaremos tratando do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2006).

<sup>8</sup> Este artigo estabelecia que: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (BRASIL, 2007).

Atualmente, desde o advento da Constituição Federal de 1988, houve previsão, em capítulo próprio, dos princípios da atividade econômica, consoante artigo 170<sup>9</sup>. Verifica-se, assim, evidente conteúdo de predominância neoliberal, vez que exalta a livre iniciativa e a propriedade privada.

De acordo com Ramim (2005, p. 31), o artigo supracitado determina que a economia brasileira deve organizar-se segundo regras do livre mercado, respeitando-se a liberdade de iniciativa econômica. Diz ainda que, dentro de uma ordem capitalista do século 20, a norma constitucional busca conciliar valores antagônicos, apoiando a organização da economia brasileira tanto no capital como no trabalho, assumindo caráter normativo e conformador da realidade socioeconômica subjacente, planejando transformá-la a partir de políticas públicas.

Por fim, em 1994, foi promulgada a atual legislação antitruste - a Lei 8.884/94 -, que demarcou conceitos, atos que afrontam a livre concorrência, modificou a competência administrativa do Cade, atribuindo-lhe poder de decisão sobre prevenção e repressão às infrações sobre a ordem econômica.

## **SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) foi criado no Brasil pela Lei nº 4.137, com atuação em todo o território nacional. Em 13 de junho de 1994, a partir da promulgação da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, deu-se sua transformação em autarquia,<sup>10</sup> passando a tratar sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Desde então, há mais autonomia do Conselho, proporcionando, assim, maior eficiência contra o abuso do poder econômico.<sup>11</sup>

Compõem também a estrutura antitruste brasileira a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (Seae) e a Secretaria de Direito Econômico (Sde). A primeira encarrega-se de estudos, pesquisas e levantamentos sobre os

<sup>9</sup> 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: [...] IV - livre concorrência; (BRASIL, 2006).

<sup>10</sup> Transformou-se em pessoa jurídica, que responde por seus próprios atos. Qualquer possível ação não será intentada contra a União Federal, mas sim contra a própria autarquia. Na administração pública brasileira, uma autarquia é uma entidade auxiliar da administração pública estatal autônoma e descentralizada. Seu patrimônio e receita são próprios, porém tutelados pelo Estado.

<sup>11</sup> Art. 3º. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei (BRASIL, 2006).

aspectos mais significativos de cada caso, em termos de cada mercado relevante e, mesmo, da economia nacional. Já a SDE incumbe-se do enquadramento e análise jurídica desses casos.<sup>12</sup> O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com base na Lei n.º 8.884/94, possui três pilares principais para sua atuação: repressão a condutas que possam restringir ou prejudicar o livre confronto das forças reguladoras de mercado; o controle das estruturas de mercado para desestimular ou inibir o aparecimento de condutas anticompetitivas e a promoção da harmonização das políticas de defesa da livre concorrência às demais políticas de equilíbrio econômico.<sup>13</sup>

Atualmente, a autarquia tem se dedicado à apreciação dos atos de concentração,<sup>14</sup> assumindo assim a posição de agente governamental de disciplina das condições de estruturação do livre mercado, abandonando a de mero órgão repressor. Ocorre que, apesar do seu objetivo da busca da livre concorrência, quando se trata do controle dos atos de concentração, tal análise gera descontentamentos pela sua forma de atuação. Isso porque os atos de concentração são averiguados *a posteriori*, ou seja, posteriormente à junção das empresas, ocasionando diversos prejuízos, tanto para as empresas participantes quanto para a sociedade em geral.

Nas principais decisões do Conselho, é possível constatar a necessidade de uma análise prévia dos atos de concentração, evitando assim situações desagradáveis ocorridas, principalmente, pela falta de orientação aos investidores sobre quais procedimentos seriam possíveis diante de uma determinada fusão, por exemplo. É o caso do Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89,<sup>15</sup> que determinou a desconstituição da aquisição da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda. Nesta operação, o Cade entendeu não estarem atendidos os requisitos impostos pelo parágrafo 1º, do artigo 54, da Lei 8.884/94, que prevê a possibilidade de ser aprovada a operação quando presentes motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum.

O artigo 54 estabelece os atos que, de qualquer forma manifestados, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de

---

<sup>12</sup> Neste trabalho não abordaremos questões referentes às secretarias que compõem o sistema de controle da concorrência; trataremos, exclusivamente, da atuação do Cade.

<sup>13</sup> Informações disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/apresentacao/cade.asp#cade>>.

<sup>14</sup> Segundo Carvalho (1995): “Concentração de empresas é todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não) seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”.

<sup>15</sup> Informações sobre este Ato disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/pesquisaano.asp?ano=2002>>.

mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do órgão julgador. Assim, incluem-se nesses atos aqueles que visam à toda forma de concentração econômica, seja mediante fusão, incorporação, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou agrupamento societário, que implique participação resultante em 20% de um mercado relevante ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual, no último balanço, equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)<sup>16</sup>.

Assim sendo, os atos de que trata o artigo 54 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.

## **A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

No Brasil, a Lei n.º 8.884/94 e as normas que a complementam são instrumentos fundamentais para a política de concorrência, deles se valendo o poder público para preservar e promover a livre concorrência nos mercados. Por meio de sua aplicação legal, busca-se a preservação do jogo competitivo, que inibam ou coibam certos tipos indesejáveis de condutas dos agentes econômicos (SANTIAG, 2006).

Dessa forma, há uma atuação preventiva na estrutura dos mercados. Outrossim, acentuam-se as pressões sobre as empresas para que operem com maior eficiência, de modo a assegurarem à coletividade os “benefícios econômicos” que a livre concorrência pode trazer. Esses benefícios são visíveis ao consumidor, pela variedade de escolha, melhor qualidade dos produtos e menores preços, e também aos agentes econômicos, no que se refere à liberdade de atuação e de crescimento por seus próprios méritos, sem os óbices criados por empresas dominantes ou por ações conjuntas de empresas no mercado.

Essas normas aplicam-se a todos os setores da economia nacional, abrangendo a indústria, o comércio e os serviços, atingindo todos os agentes econômicos (de caráter

---

<sup>16</sup> O Cade poderá autorizar certos atos que atendam a algumas condições cumulada ou alternativamente (Art. 54): aumentar a produtividade; melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; os benefícios decorrentes serão distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; não devem implicar na eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; observarão os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.



público ou privado, de fato ou de direito, pessoas físicas ou jurídicas) que possam praticar atos caracterizáveis como infringentes à ordem econômica.

Logo, o bem juridicamente protegido é a preservação dos valores ligados ao funcionamento do sistema de mercado, ou seja, à manutenção da concorrência que propicia a autoregulação do mercado por meio do livre confronto das forças da oferta e da demanda.

## **O CONTROLE PRÉVIO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO**

Inicialmente, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca dos atos de concentração. Concentrar significa “fazer convergir para um centro, ou para um mesmo ponto; centralizar, encentrar” (FERREIRA, 2003). Concentração econômica, conforme Fonseca (apud FORGIONI, 2005, p. 464), revela-se um conceito bastante simples, que expressa o aumento de riquezas em poucas mãos. Nesse sentido, ressalta que os acordos entre empresas podem ser entendidos como práticas concentracionistas, pois, a partir do momento em que dois agentes (concorrentes ou não) se unem, ainda que mantenham sua autonomia, passarão a deter uma vantagem competitiva sobre os demais, a qual (sempre após a operação) se transforma em maior poder econômico de ambas.

O capítulo IX, da Lei de Proteção à Concorrência (Lei n. 8.884/94) trata do controle dos atos e contratos, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Não é todo e qualquer ato, contudo, que deve ser apreciado pelo Cade, mas sim, aqueles que manifestados de qualquer forma, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou mesmo refletir a intenção do domínio de um mercado pela empresa interessada. Esse tipo de controle exige grande responsabilidade por parte do Conselho diante dos expressivos investimentos que envolvem as transações, cumulados com a necessidade de uma solução rápida para evitar prejuízos aos envolvidos e ao mercado de maneira geral.

Em razão disso, o Cade determinou, pela Resolução N° 6, de 2 de outubro de 1996, prioridade no julgamento pelo Plenário aos atos e contratos previstos, no artigo 54, da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente a sua realização ou avançados sob condição suspensiva, bem com aos atos e contratos previstos no artigo 54. da Lei n.º 8.884/94, na fluência do prazo de que trata o parágrafo 6º, *in fine*. O objetivo central é estimular o controle prévio, de forma que sejam julgadas rapidamente, evitando maiores prejuízos às empresas.

O procedimento adotado pelo Cade é o de apreciação da transação empresarial no prazo de quinze dias úteis, antes de sua realização, mediante

encaminhamento da respectiva documentação em três vias à Secretaria de Direito Econômico (Sde). Esta, por sua vez, deverá enviar uma via à Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (Seae) e outra ao Cade. O artigo 14, XII estabelece que a Sde deve: “receber e instruir os processos a serem julgados pelo Cade, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do Cade”.

Observa-se que a lei possibilita o controle prévio, permitindo que sejam evitados efeitos danosos à concorrência. O Cade proporciona uma análise prévia dos atos de concentração, faz com que tais processos administrativos sejam averiguados com maior rapidez, obstaculizando maiores prejuízos a terceiros, haja vista que se evita a demora desse processo administrativo.

Por ser uma *faculdade*, no entanto, muitas vezes não é utilizada, ocasionando grandes transtornos para sociedades investidoras, que são advertidas pela autarquia no decorrer do processo de concentração. Isso porque os investidores não seguem a orientação de buscar o Cade para realizar uma análise prévia e, quando os órgãos fiscalizadores tomam conhecimento da real dimensão do negócio jurídico realizado, diversos problemas não mais poderão ser solucionados.

Dessa forma, para aqueles que não quiserem esperar pela aprovação, quer pela demora quer pela expectativa da aprovação, a Lei, em seu artigo 32, prevê que, na inobservância dos prazos de apresentação, será cominada multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIRs nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIRs a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo.

## **DO CONTROLE “A POSTERIORI”**

Muito embora o país conte com uma avançada legislação antitruste, ainda persistem alguns pontos que merecem correção. A legislação vigente possibilita a análise de fusões e aquisições *a posteriori*, isto é, as sociedades podem consumir a operação antes do julgamento pelo Cade. A autarquia tem analisado a possibilidade da concentração após sua efetivação.<sup>17</sup>

Esse procedimento causa sérios transtornos tanto aos investidores quanto à sociedade em geral. No momento em que o Conselho determina, por exemplo, que uma grande sociedade necessitará vender a empresa que adquiriu, a investidora sofre um prejuízo, pois o valor empregado não renderá frutos. Realizada a concentração,

<sup>17</sup> Segundo o artigo 54, os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do Cade, devendo 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.



a sociedade investidora toma providências, como a contratação de novos funcionários, ampliação e abertura de novas unidades de fabricação, entre outras medidas. Com a determinação do Cade, para desconstituir o negócio, não mais será necessário que subsista a contratação de parte dos funcionários.

Essa situação gera o desemprego e, muitas vezes, o fechamento de empresas, o que traz consequências negativas para a região em que a sociedade estava instalada. A tributação, os empregos, riquezas e serviços que seriam possíveis, caso a investidora permanecesse instalada, ou numa expansão, não se realizarão. Indiretamente, esses fatos provocam o subemprego, má qualidade de vida, marginalização, etc..

Por esses motivos, faz-se necessário a atuação prévia (controle *a priori*) da autarquia julgadora. Analisando-se previamente os atos de concentração, evitam-se as consequências elencadas e não há a necessidade de demandar no Judiciário, como constantemente ocorre<sup>18</sup>, devido à insatisfação dos interessados e em razão dos prejuízos daí decorrentes.

## QUESTÕES ATUAIS

O jornal “Valor Econômico” (BASILE, 2006), publicou, recentemente, um balanço da atuação da Sde e do Cade nos últimos quatro anos. Dentre os principais casos de fusões e aquisições analisadas pelo Cade, destacam-se a compra de mineradoras pela Vale do Rio Doce e a venda da rede GBarbosa ao Bom Preço, do grupo Ahold. Nos casos de cartel, pode-se citar o de combustíveis e o boicote aos genéricos.

No primeiro caso, a aquisição provocou a modificação do mercado de minério de ferro no país. O negócio foi aprovado pelo Cade, em 2005, com algumas restrições, como o fim da cláusula de preferência na mina Casa de Pedra e o descruzamento acionário com a CSN. No caso do Grupo Ahold, houve uma mudança no setor de supermercados no Brasil. A autarquia decidiu, no ano de 2003, pela venda de 16 (dezesesseis) supermercados.

No caso do cartel dos combustíveis, este foi denunciado em razão da fixação dos preços pelas distribuidoras. A Sde pediu a condenação dos cartéis nas cidades de Brasília, Recife e Lages. Até o ano de 2003, apenas quatro casos haviam sido remetidos ao Cade pela condenação: Florianópolis, Belo Horizonte, Goiânia e Bahia (BASILE, 2006). Quanto aos genéricos, 20 (vinte) laboratórios foram acusados de impedir o ingresso dos genéricos no mercado brasileiro. O Cade condenou os laboratórios, que acabaram recorrendo à Justiça.

<sup>18</sup> Como aconteceu com a concentração da Colgate-Palmolive, Nestlé- Garoto, entre outras.

## DOS PROJETOS DE LEI

A indefinição gerada pela análise posterior do negócio (ao ato de concentração) prejudica a atração de novos investimentos para o país. Segundo a presidente do Cade, em entrevista prestada à revista *Desafios do Desenvolvimento* (COSTA, 2005), entre os países de economia aberta, apenas o Brasil, Colômbia e Uzbequistão analisam os casos de fusão depois de realizados os negócios.

Preocupado com essa situação, o deputado Fernando Gabeira apresentou, no primeiro trimestre de 2004, o projeto de lei nº. 3.045/04, que altera dois aspectos da Lei 8.884/94.<sup>19</sup> A primeira mudança visa a ampliar de dois para quatro anos o mandato dos conselheiros do Cade, conferindo maior estabilidade à composição do Conselho. A segunda, e mais importante, busca introduzir a análise prévia dos atos de concentração econômica, eliminando assim o principal defeito de nossa Lei antitruste, que é o de incentivar condutas oportunistas por parte do setor privado. Tais condutas atrasam as decisões do Conselho, a fim de dificultar a eventual reversão de empreendimentos já consolidados (ASSUMPÇÃO, 2006).<sup>20</sup>

Desse modo, a instituição do controle *a priori* de concentrações tem como finalidade garantir que as análises sejam realizadas da forma menos traumática possível ao mercado. Da mesma forma, analisando-se, previamente, operações já consolidadas não serão desfeitas, a exemplo do que ocorreu com o caso Garoto-Nestlé.

Outro projeto de lei que também discute essa questão é o de Reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, assinado e aprovado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, enviado ao Congresso Nacional em 01/09/2005. O projeto, nº 5.877/2005, modifica alguns critérios adotados pela política de defesa da concorrência, como a concentração de atividades pelo Cade,

---

<sup>19</sup> Esse projeto altera os seguintes artigos da Lei nº 8.884/94: Artigo 4º, § 1º “O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de quatro anos, sendo vedada a recondução”; Artigo 54, § 4º “Os atos de que trata o caput **deverão ser apresentados para exame previamente**, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à Sde, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae” (grifo não constante no original) O projeto encontra-se em tramitação e a última fase registrada foi em 10/07/2007; quando estava junto à Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC).

<sup>20</sup> Informações disponíveis em: <[http://www2.camara.gov.br/internet/propor\\_sicoes](http://www2.camara.gov.br/internet/propor_sicoes)>. O deputado propõe que os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, sejam examinados previamente. A proposta é que essa análise seja exercida pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), que os comunicará ao Cade e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE). O projeto encontra-se em tramitação e a última fase registrada foi em 10/07/2007; o projeto encontra-se junto à Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC).

que acaba por prejudicar a atenção aos casos complexos e, também, a análise de fusões e aquisições realizada *a posteriori*. Atualmente, o projeto de lei encontra-se com a diretoria da Câmara dos Deputados, para apreciação de desarquivamento.<sup>21</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a Constituição Federal de 1988 garantir o princípio da ordem econômica e liberdade de iniciativa, vem-se observando a relativização cada vez maior desta liberdade. Isto porque o mercado precisa ser controlado, para a existência de mais oportunidade de concorrência, favorecendo o mercado consumidor e possibilitando às novas sociedades, em especial às microempresas e às empresas de pequeno porte,<sup>22</sup> o ingresso no mercado sem serem “engolidas” pelas grandes sociedades.

Todos os atos restritivos da concorrência, ou seja, que impliquem prejuízo à livre iniciativa ou à livre concorrência ou domínio de mercado, devem ser submetidos ao Cade, sejam eles acordos entre empresas ou concentrações econômicas. No que concerne aos atos de concentração, especificamente, como fusões, cisões ou incorporações de empresas, há presunção legal de restrição da concorrência sempre que envolverem mais de 20% (vinte por cento) do mercado relevante ou que os partícipes possuam faturamento bruto anual de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Sendo assim, o Cade vem desempenhando seu papel em busca de um controle mais eficiente, principalmente propiciando que as empresa façam uma análise prévia quanto à possibilidade de uma fusão, contudo, complica-se a situação, quando à averiguação é realizada somente depois de concluída a negociação.

Diante dos diversos problemas que o controle *a posteriori* dos atos de concentração podem trazer para as empresas, imprescindível o incentivo pela utilização de análise prévia.

## REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Regina Céli. **Fusão de empresas poderá ter análise prévia**. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/ htm](http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/htm)>. Acesso em: 11 abr. 2006.

<sup>21</sup> Referência disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>>. A nova proposta visa a modificar a estrutura do sistema de defesa da concorrência no país, aumentando a seletividade e velocidade da análise de fusões e aquisições, fortalecendo a investigação de condutas anticompetitivas e proporcionando maior celeridade e efetividade nas fases de investigação, análise e julgamento.

<sup>22</sup> A esse respeito veja Lei Complementar n.123/2006.

BASILE, Juliano. **Valor Econômico**. Ano 7, nº 1631, nov, 2006.

BRASIL. Constituição Federal 1988. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

BRASIL. Constituição Federal 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)> Acesso em: 9 jun. 2006.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 10 mai. 2006.

CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. Resenha Tributária: São Paulo, 1995.

COSTA, Cláudia. **Incentivo a competição, in desafios do desenvolvimento**. Brasília: IPEA, ano 2, n. 12, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio século XXI**. 5. ed, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

FONSECA, Antonio. **Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. 1. ed. Brasília: Fortium, 2005.

RECEITA FEDERAL. **Transformação, incorporação, fusão e cisão**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/DIPJ/2005/PergResp2005/pr212a231.htm>>. Acesso em: 15 jan 2007.

SANTIAG, Leonardo Ayres. **O Perfil do CADE no Ordenamento Jurídico Pátrio e os Aspectos Decorrentes de Sua Atuação**. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto369.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2006.

SILVA, César Augusto Silva da. **O direito econômico na perspectiva da**

**globalização:** Análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. São Paulo: Renovar, 2000.

SIMÃO, Eduardo Pedro. **Ao controle de atos de concentração** (análise do art.54 da lei número 8.884/94 - lei de proteção à concorrência). Florianópolis. Disponível em: <[http://www.datavenia.net/artigos/Direito\\_Administrativo/eduardo.html](http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Administrativo/eduardo.html)>. Acesso em: 23 jan. 2007.