

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 2

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

**Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2008**

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 2 Janeiro/Junho de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^ª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 2 (janeiro/junho 2008)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

O (INDISPENSÁVEL) PAPEL DO CADE NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PREVISTOS EM PLANOS DE RECUPERAÇÃO

CADE'S (NECESSARY) ROLE AT THE EXAM OF CONCENTRATION ACTS CONTAINED IN RECOVERY PLANS

Valter Shuenquener de Araújo

Resumo: O artigo se propõe a analisar a relevância da atuação do CADE e dos demais órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDE e SEAE) na apreciação e aprovação de atos de concentração econômica previstos em planos de recuperação. Os interesses de empresários em crise na reorganização da sua atividade não excluem a necessidade de preservação de outros valores de estatura constitucional. A tutela dos consumidores, a preservação da livre concorrência, e a necessidade de repressão ao abuso do poder econômico impõem um dever de agir ao CADE e aos demais órgãos de defesa da concorrência na apreciação de planos de recuperação que prevejam atos concentração.

Palavras-chave: CADE. Direito Econômico. Concorrência. Plano de Recuperação. Ato de concentração.

Abstract: This paper's proposal is to analyze the importance of CADE's role and the acting of other competition organs which comprise the Brazilian Competition Defense System (BCDS) in order to appreciate and approve economic concentration acts contained in

reorganization plans. The interests of entrepreneurs which are in crisis in reorganizing their activities do not exclude the need to preserve other values of constitutional stature. The consumers' protection, the free competition preservation and the need to fight against the abuse of economic power impose the action from CADE and from the others competition defense organs at the exam of reorganization plans which contain concentration acts.

Keywords: CADE. Economic Law. Competition. Reorganization Plan. Concentration Act.

Sumário: Introdução. 1. O CADE. 2. Da Competência da Justiça Federal. 3. Da Eficácia ótima dos princípios em conflito. 4. O paradigma do caso VARIG. 5. Do prazo para submissão ao CADE do ato de concentração econômica. 6. Conclusões.

Introdução

Em 2005, o Brasil finalmente recebeu a nova Lei de Falências e Recuperação, Lei nº 11.101/05, que, em substituição ao antigo DL nº 7.661/45, trouxe substanciais inovações ao processo de insolvência dos empresários e sociedades empresárias em atividades no Brasil.¹ Embora mantivesse a tradição nacional de um processo de insolvência binário (recuperação x falência), a idéia central que gravitou em torno da criação da nova lei foi a de facilitar a superação das situações de crise. Ela procurou proporcionar os mais distintos meios de recuperação e de reorganização para a atividade empresária que se encontra em dificuldades. Dentre os instrumentos legais previstos

1 Dentre as principais mudanças trazidas pelo referido diploma, vale lembrar a extinção dos institutos da concordata preventiva e suspensiva, a previsão da recuperação judicial e extrajudicial, a inversão na ordem de preferência entre os créditos com garantia real e os créditos tributários, a possibilidade de adoção de um plano especial de recuperação, a limitação da preferência dos créditos trabalhistas a 150 salários-mínimos, a maior delimitação da atuação do Ministério Público, a previsão de um administrador judicial em substituição ao síndico da falência e ao comissário da concordata.

para a recuperação, destacam-se os atos de cisão, incorporação, fusão e transformação (art. 50, inciso II, da Lei nº 11.101/05). Através da fusão, por exemplo, uma sociedade em estado de crise e que esteja trilhando um caminho rumo à insolvência pode conseguir revitalizar-se.

Essas previsões da Lei nº 11.101/05 quanto aos meios de recuperação surgem em um mundo sujeito a constantes inovações. Um cenário completamente distinto daquele em que nasceu o Decreto-Lei antigo que dispunha sobre falências e concordatas, uma época em que a livre concorrência é ameaçada constantemente por atos de concentração de grandes impérios empresariais.

Acompanhando os acontecimentos do cenário internacional, o Brasil passou, ao longo da década de noventa do século passado, por um período de fortes transformações. Em conjunto com o afastamento do Estado brasileiro do exercício direto de uma série de atividades econômicas, fenômeno provocado pela adoção de um modelo gerencial de gestão, presenciamos um infindável número de fusões e aquisições no meio empresarial.²

Nesse ambiente, o Estado teve de voltar sua atenção para um mais detido e rigoroso controle dos atos de concentração. Inúmeros interesses, inclusive os de milhões de consumidores, estão em jogo quando sociedades empresárias decidem agrupar-se para a exploração conjunta de uma determinada atividade. E, não foi à toa que a Lei nº 8.884/94 exigiu que o CADE (Conselho Administrativo da Defesa Econômica) aprovasse a conclusão de atos de concentração econômica capazes de afetar significativamente o mercado. Por outro lado, um Juiz de Direito com competência em matéria de recuperação de empresários tem o dever legal, imposto pela Lei nº 11.101/05, de con-

2 Segundo dados da KPMG Brasil, durante a década de noventa ocorreram 2.308 operações de fusão ou aquisição. Em 1997, podemos constatar uma explosão no volume das fusões e aquisições, que atingiram o montante de 372 operações. Disponível em http://www.kpmg.com.br/publicacoes/corporate_finance/structuredfinance/fa_90s.pdf. Acesso em 6 de abril de 2008.

ceder ou homologar uma recuperação com base em um plano de recuperação apresentado, inclusive se ele contiver previsões no sentido da prática de atos de concentração. Como podemos conciliar a atuação do Juiz de Direito com a necessidade de atuação do CADE nas hipóteses de operações de concentração econômica? Será que seria suficiente a decisão do Juiz de Direito para que um plano de recuperação com esse tipo de previsão pudesse produzir efeitos?

O propósito deste artigo é, portanto, o de apresentar para debate o tema da necessidade de aprovação do CADE para a plena eficácia de um plano de recuperação que preveja atos de concentração como meio para a reorganização da atividade empresária.

1. O CADE

O Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE) foi criado em 1962 pela Lei nº 4.132/62 como órgão da administração federal e veio a ser transformado em autarquia federal pela Lei nº 8.884/94. Sua missão institucional é a de, essencialmente, prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, nos moldes exigidos pelo artigo 173, §4º, da Constituição de 1988.³ A lei que sobre ele dispõe, a já mencionada Lei nº 8.884/94, apresenta, no seu art. 54, as principais atribuições do CADE, que são a seguir discriminadas:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, 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.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I— tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

³ Art. 173, §4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

b) *melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou*
c) *propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;*

II — os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III — não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV — sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 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.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 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.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados

Dentre as atribuições acima transcritas, vale ressaltar aquela relacionada especificamente com o §3º do art. 54 que torna indispensável a aprovação, pelo CADE, de atos de concentração econômica que impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). A previsão é cogente e extrai seu fundamento da regra contida no art. 173, §4º, da Constituição da República que visa à repressão ao abuso do poder econômico. Não há, portanto, como esvaziar as funções previstas legalmente para o CADE mediante uma interpretação da atual Lei de Falências e Recuperação que esvazie a densidade normativa do referido dispositivo constitucional. O CADE

é uma entidade federal com capacidade técnica em matéria de concorrência e recebe, inclusive, informações de dois outros órgãos federais (SEAE/MF e SDE/MJ) para proferir suas decisões. Ele não pode ser deixado de lado e esquecido, tal como se não existisse, pelo simples fato de a Lei nº 11.101/05 não ter expressamente feito alusão à sua necessária atuação quando algum plano de recuperação prevê um ato de concentração econômica nos limites que exigem a sua aprovação.

Muito embora a Lei nº 11.101/05 tenha possibilitado⁴ que um plano de recuperação, seja ele judicial ou extrajudicial, preveja a recuperação por meio de atos de concentração, ela foi omissa quanto à necessidade de prévia consulta ao CADE e aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quando o plano de recuperação tiver previsto algum ato de concentração econômica que se enquadre nas hipóteses delineadas pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94. A ausência de previsão expressa na legislação falimentar sobre a exigência de prévia aprovação do CADE não pode ser compreendida como uma dispensa dessa anuência. Não foi esse o propósito do legislador. Vale lembrar, inclusive, que o plano de recuperação judicial tem a natureza jurídica de um contrato com força novativa.⁵ Trata-se de um ajuste entre o devedor e seus credores que, após anuência do Poder Judiciário, acarreta novação em relação aos créditos nele inseridos. Por ter um forte caráter contratual, ele não pode desobrigar o empresário e seus credores do cumprimento de deveres legais e constitucionais.

4 Isso pode ser constatado através da leitura dos arts. 161 a 167 e de diversos incisos do artigo 50 da Lei nº 11.101/05.

5 Neste mesmo sentido, SERGIO CAMPINHO. CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa. O Novo regime da Insolvência Empresarial. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006, p. 12-13. Na visão de JORGE LOBO, “*a recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação ex lege*”. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord), ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.), LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120.

2. Da Competência da Justiça Federal

O não envio de um ato de concentração empresarial, conforme exigido pela Lei nº 8.884/94, para a aprovação do CADE torna a referida operação ineficaz (at. 54, §7º, da Lei nº 8.884/94), isto é, insuscetível de produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes. O suprimento da ausência de manifestação do CADE, para os fins de viabilizar a produção dos efeitos do ato de concentração realizado, só pode acontecer através de uma decisão judicial oriunda da autoridade com competência para controlar os atos oriundos do CADE. Por seu turno, o reconhecimento da desnecessidade de atuação do CADE pressupõe uma análise das competências de uma autarquia federal, o que ultrapassa os limites legais e constitucionais de competência atribuída ao Juiz de Direito que decidirá sobre o plano de recuperação. Em razão, portanto, do que preceitua o art. 109, inciso I, da Constituição da República, competirá aos Juízes Federais apreciar essa matéria.

O tema não é pacífico. Na doutrina, é possível encontrar posição reconhecendo como prescindível a oitiva do CADE, e, por conseguinte, da manifestação da Justiça Federal, quando um plano de recuperação tiver previsto um ato de concentração econômica. De acordo com o entendimento de SÉRGIO CAMPINHO:

como ficam os atos de fusão ou incorporação, por exemplo, que fizerem parte do plano de recuperação (...)? Tem ele que ser previamente submetido à aprovação do CADE? Pensamos que não. (...) caberá ao magistrado — Estado-Juiz —, como guardião da legalidade do plano de recuperação, avaliar se as condições legais, quando envolver fusão ou incorporação, por exemplo, encontram-se atendidas. (...) Não há espaço no processo de recuperação para submeter a avaliação da operação ao CADE. A competência da verificação da legalidade é exclusiva do Juiz.⁶

6 CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa. O Novo Regime da Insolvência Empresarial. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p.156-158.

Sem embargo de nutrirmos profundo respeito e admiração pelo jurista SERGIO CAMPINHO, não compartilhamos, nesse tópico específico, a mesma opinião. A decisão do Juiz de Direito que homologa o plano de recuperação extrajudicial ou que defere o processamento da recuperação judicial não é, segundo nos parece, suficiente para suprir a ausência de deliberação acerca do ato de concentração não submetido à deliberação do CADE. Embora o Juiz de Direito seja efetivamente o guardião da legalidade do plano de recuperação, ele não pode decidir questões afetas constitucionalmente à Justiça Federal. A decisão judicial proferida no âmbito estadual, que concede uma recuperação judicial com base em plano que prevê um ato de concentração econômica cuja aprovação seria de competência do CADE, também reconhece simultaneamente que o CADE não tem competência nessa matéria, por não incidir a regra do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Isso é um autêntico controle jurisdicional do feixe de competências de uma autarquia federal, medida que só pode, nessa circunstância específica, constitucionalmente ser desempenhada no âmbito da Justiça Federal.

O CADE, ou qualquer outra entidade ou órgão do Estado competente em matéria de concorrência, não participa do processo decisório que aprova o plano de recuperação.⁷ Por isso, torna-se imprescindível sua aprovação quanto aos atos previstos no plano que acarretem concentração econômica. O magistrado competente para decidir a recuperação judicial não pode ser enxergado como o Juiz Hércules de Ronald Dworkin; um juiz que tudo é capaz de julgar dentro de critérios justos e razoáveis. A proteção da concorrência contra o abuso do poder econômico é, portanto, um interesse difuso tão re-

7 Embora também exista debate acerca do foro competente para apreciação de questões de sucessão trabalhista, os votos dos credores trabalhistas são computados para a aprovação do plano de recuperação. A situação é, portanto, distinta. Em relação à sucessão trabalhista, o STJ já suspendeu atos de constrição determinados pela Justiça Trabalhista que dificultariam o cumprimento do plano de recuperação aprovado. Sobre o tema, confira: STJ. Segunda Seção. Relator Min. Ari Pargendler. CC nº 61.272. Data do julg.: 25/04/07. DJU: 25/06/07, e STJ. Segunda Seção. Relator Min. Ari Pargendler. Agravo Regimental no CC nº 73.076. Data do julg.: 28/02/07. DJU: 22/03/07.

levante quanto a recuperação da sociedade empresária que se encontra em dificuldades.

A exigência de manifestação do CADE também não é capaz de causar incontornáveis transtornos à regular tramitação da recuperação judicial. As decisões do CADE têm, em razão do que preconiza o art. 54, §§6º e 7º, da Lei nº 8.884/94, sido proferidas em um prazo médio de 49 dias.⁸ Portanto, a submissão do ato de concentração previsto no plano de recuperação ao CADE não afetará a celeridade exigida pelo processo de recuperação. A tendência que se tem verificado, inclusive, é de aprovação sem restrições da maioria dos atos de concentração que são apresentados à apreciação do CADE. De janeiro de 2004 a abril de 2008, por exemplo, foram reprovados apenas 0,05% dos atos de concentração submetidos ao CADE.⁹

Sob outro enfoque, a preocupação do Juiz de Direito ao conceder uma recuperação judicial ou homologar um plano em sede de recuperação extrajudicial é voltada primordialmente para a reorganização de quem exerce atividade de empresa. O Juiz Federal por seu turno, apreciará a matéria relativa à concorrência, típica matéria de interesse nacional. A competência do primeiro para dirimir conflitos relacionados à recuperação de uma sociedade empresária não pode afastar a do outro de apreciar a legalidade e constitucionalidade de um ato de concentração não submetido à apreciação do CADE ou por ele rejeitado.

Há um argumento adicional em favor da necessidade de manifestação do CADE que tem relação direta com o caráter cosmopolita do Direito Empresarial. Em algumas ocasiões, o plano de recuperação que prevê um ato de concentração é aprovado por um Juiz de

8 Esta média diz respeito ao ano de 2008 e foi fornecida pelo CADE. Disponível em <http://graficos/NumerosAC.asp>. Acesso em 12 de maio de 2008.

9 92,94% foram aprovados sem restrição e 7,01% foram aprovados com restrição. Dados fornecidos pelo CADE. Disponível em <http://graficos/NumerosAC.asp>. Acesso em 12 de maio de 2008.

tribunal estrangeiro. Isso aconteceu, por exemplo, no precedente apreciado pelo CADE envolvendo a *NRG Energy INC.* e a *Matlinpatterson Global Opportunities Partners LP*.¹⁰ O ato de aquisição de ações da *NRG* pela *Matlinpatterson* havia sido autorizado por um juiz norte-americano no plano de recuperação da *NRG*. Com a fusão, a *Matlinpatterson*, grande credora da *NRG*, substituiria seu crédito por uma participação no capital da sociedade em recuperação, o que reduziria substancialmente o valor total devido pela *NRG* a seus credores e facilitaria o desfecho da recuperação. Admitir que o juízo da recuperação é o único competente para decidir sobre atos de concentração permitiria, como nesse caso, que uma decisão oriunda de um tribunal estrangeiro afetasse a concorrência no Brasil sem que qualquer órgão ou entidade de nosso país pudesse discordar da decisão tomada. Isso violaria os princípios basilares da soberania. E, sobre o tema, JOÃO DA FONSECA adverte que “*a soberania política dificilmente sobrevive se não se completar com a soberania do ponto de vista econômico*”.¹¹

A preservação da concorrência feita pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, especialmente, pelo CADE não tem como única função assegurar os interesses dos concorrentes. Naturalmente, a repressão ao abuso do poder econômico acaba protegendo aqueles que estão competindo, mas sua missão também será a de proteger os direitos do consumidor. Segundo a análise de ERNST FÜHRICH, “*atualmente, o direito da concorrência não busca proteger tão-somente os interesses daqueles que concorrem, mas também o direito dos consumidores*”.¹² Os consumidores não são, como regra geral e

10 O processo administrativo tramitou no CADE sob o nº 08012.009708/2003-50. O CADE aprovou a operação de fusão requerida pelas partes por ela não provocar dano ao mercado nacional. Disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t4320081120166961.pdf>. Acesso em 3 de abril de 2008.

11 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 2ª edição. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 88.

12 No original: “*Wettbewerbsrecht will nicht nur die Interessen der Wettbewerber schützen, son-*

salvo se figurarem como credores, ouvidos no processo falimentar ou de recuperação judicial. Não nos parece razoável, portanto, aceitar que um único Juiz de Direito com competência na matéria de insolvência empresarial pudesse, sem qualquer manifestação dos órgãos federais técnicos com competência na matéria e sem qualquer intervenção dos consumidores, aprovar um ato de concentração.

O CADE, e, no caso de questionamento quanto à sua atuação, a Justiça Federal, devem ter a sua competência em matéria de concorrência preservada. Saber se um ato de concentração materializa uma restrição irrazoável à competição, consoante já delineado no *Sherman Act* de 1890 e no *Standard Oil Case* de 1911 apreciado pela Suprema Corte norte-americana, demanda uma avaliação extremamente técnica do CADE.¹³ A inexistência de previsão expressa constante da Lei nº 11.101/05 no sentido da imprescindibilidade da atuação do CADE para a aprovação de atos de concentração previstos em planos de recuperação não significa que haja uma dispensa em relação a esta atuação. Assim como menciona a cisão, incorporação, fusão e transformação como meios de reorganização do empresário em crise, a Lei de Falências também prevê como meio de recuperação judicial a emissão de valores mobiliários (inciso XV do art. 50). Isso não significa, da mesma forma que ocorre com os atos de concentração, que a CVM não precisará autorizar a emissão de valores mobiliários quando a sua anuência for legalmente indispensável. A recuperação de um empresário ou de uma sociedade empresária é algo louvável, mas não pode ser feita em total descompasso com as demais normas do ordenamento jurídico que reforçam a efetividade dos mais distintos valores constitucionais.

dem ist heute auch Verbraucherschutzrecht". FÜHRICH, Ernst P. *Wirtschaftsprivatrecht*. 2. völlig überarbeitete Auflage. München: Franz Vahlen, 1997, p. 389.

13 Para maiores detalhes sobre o *Sherman Act*, cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen, 2003, p. 259. Sobre o *Standard Oil Case*, consulte . Acesso em 6 de abril de 2008.

3. Da Eficácia ótima dos princípios em conflito

Quando um plano de recuperação contém um ato de concentração econômica, sua implementação provocará uma autêntica colisão entre bens constitucionalmente tutelados. De um lado, há o interesse na recuperação do empresário ou da sociedade empresária em conjunto com a busca da preservação dos empregos e da tranquilidade no mercado. De outro lado, está presente uma preocupação com a repressão ao abuso do poder econômico e com todos os valores e pessoas que esta repressão busca proteger. Todos esses interesses em conflito precisam ser adequadamente dimensionados diante de cada caso concreto. E, para o desempenho desta missão, a Constituição de 1998 não previu uma única autoridade estatal.

Dependendo da área de atuação da sociedade empresária em recuperação, a submissão ao CADE do ato de concentração pode, até mesmo, mostrar-se necessária para que outros princípios constitucionais, além do sempre lembrado princípio da livre concorrência, sejam respeitados. No caso do serviço de telecomunicações, por exemplo, o ato de concentração pode afetar, inclusive, a livre circulação de informações, a liberdade de expressão e, até mesmo, a própria democracia. Essa consequência foi percebida por CAIO MÁRIO DA SILVA NETO, que, assim, expôs as suas idéias:

as divergências de pontos de vista e a capacidade de manifestação pública dessas divergências são tão fundamentais para o regime democrático quanto a própria consulta periódica às urnas. Nesse contexto, parece inegável que a defesa da concorrência no setor de comunicação tem implicações ainda mais amplas que em setores como o de cerveja, de chocolates ou de supermercados. (...) a concorrência possui uma função instrumental de promover valores básicos da sociedade em que vivemos. (...) Parece haver certo consenso de que diversidade nos meios de comunicação é fundamental para o regime democrático e para a garantia da autonomia individual.¹⁴

14 PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Análise de Concentração Econômica no Setor de Co-

Daí a relevância da aprovação do CADE dos atos de concentração previstos em planos de recuperação e que se enquadrem nos limites que exigem a sua atuação. A visão do juízo da recuperação é dirigida para a recuperação da sociedade que está em uma situação de dificuldade. Isso é importante, mas não é o único valor a ser observado pelo aplicador do Direito. A eficácia ótima (*optimale Wirksamkeit*) dos princípios em conflito deve ser um fim a ser alcançado quando da aplicação de um comando normativo pelo hermenauta. O método da concordância prática que veio a ser proposto por KONRAD HESSE impõe a obtenção de uma eficácia ótima dos princípios em conflito. Um princípio não pode afastar irremediavelmente a densidade normativa de um outro que oriente a atuação do intérprete em sentido oposto. Nesse contexto, as previsões da Lei nº 8.884/94 que obrigam a anuência do CADE quanto à prática de determinados atos de concentração econômica estão amparadas por um enorme feixe de valores constitucionais. A obrigatoriedade de consulta existe, portanto, para a preservação do princípio da livre concorrência, para a tutela do consumidor, para evitar o abuso do poder econômico, para evitar o aumento arbitrário de lucros, para viabilizar a sobrevivência de micro e pequenas sociedades empresárias e por inúmeras outras razões. Por seu turno, o ato oriundo do Juiz de Direito que aprova um ato de concentração previsto em um plano de recuperação é motivado por uma preocupação relacionada mais diretamente com a reorganização da sociedade empresária em crise e esta análise não pode excluir aquela que precisa ser feita pela autarquia federal e que voltará sua atenção para a efetiva tutela de outros valores também previstos no diploma constitucional.

Além de tudo o que acima foi dito, a avaliação técnica feita pelo CADE com base nas manifestações da SEAE/MF¹⁵ e da SDE¹⁶

municação: Defesa da Concorrência, Democracia e Diversidade na Esfera Pública. In: *Revista de Direito da Concorrência*. Edição especial. Retrospectiva/2003, p. 57-87. São Paulo: Thomson — Iob, 2003, p. 58-59 e 61.

15 Consoante lição de ELIZER MARTINS, “a Secretaria de Acompanhamento Econômico —

acerca da validade de um ato de concentração econômica também será importante para se avaliar precisamente a licitude da operação. É que uma violação ao direito de concorrência também pode justificar a punição por outros ilícitos.¹⁷ É preciso que exista, portanto, uma análise técnica e ampla das operações de concentração, pois uma concentração ilícita pode ser reconhecida, inclusive, como uma conduta criminosa¹⁸.

4. O paradigma do caso VARIG

No famoso precedente da aquisição pela *VRG Linhas Aéreas S.A.* da *Unidade Produtiva da Varig*, o CADE aprovou, com lastro em pareceres da Secretaria de Direito Econômico e da Secretaria de Acompanhamento Econômico, o ato de concentração econômica pretendido sem quaisquer restrições.¹⁹

Ressalte-se que o ato de alienação da *Unidade Produtiva da Varig* foi espontaneamente apresentado aos órgãos do Sistema Brasi-

SEAE, órgão específico e singular do Ministério da Fazenda, criado por meio da Medida Provisória 813, de 1.1.1995. A SEAE é o principal órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como apreciar atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anti-concorrenciais". MARTINS, Eliezer Pereira; CARDOZO, José Eduardo (Org.); QUEIROZ, João Eduardo Lopes (Org.); SANTOS, Márcia Walquíria Batista (Org.). *Polícia Administrativa Econômica. In: Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 361.

16 "Não menos relevante é o papel da SDE, órgão específico e singular do Ministério da Justiça, a quem incumbe exercer as competências estabelecidas nas Leis nº 8.078/90, de 11.9.1990, 8.884, de 11.6.1994, 9.008, de 21.3.1995, e 9.021, de 30.3.1995". Ibidem, p. 362.

17 Neste mesmo sentido, ELIEZER MARTINS defende, com amparo no que dispõe o at. 19 da Lei nº 8.884/94, que "o abuso na repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei". Ibidem, p. 359.

18 A Lei nº 8.137/90 tipifica diversos crimes contra a ordem econômica; ilícitos penais relacionados com a violação da concorrência.

19 O processo administrativo tramitou no CADE sob o nº 08012.007916/2006-67. Disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t4320081003559297.pdf>. Acesso em 3 de abril de 2008.

leiro de Defesa da Concorrência. Essa providência parece ser uma medida extremamente salutar e que não inviabiliza, de forma alguma, como não impediu no caso concreto, a execução de um plano de recuperação. Portanto, mesmo que aprovado em assembléia-geral de credores e o Juiz de Direito competente tenha concedido a recuperação judicial com amparo no plano de recuperação, a sua eficácia, sua aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico deve depender da aprovação do ato de concentração pelo CADE.

No caso específico da *VARIG*, a atuação do CADE foi extremamente relevante, pois, além de apreciar o tema sob a ótica do direito da concorrência, a autarquia federal teve de se debruçar sobre a participação do capital estrangeiro na operação. O Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) fixa, no seu art. 181, §4º, um limite de 20% para a participação estrangeira no capital social de uma sociedade transportadora. O devedor e seus credores não podem, por mútuo acordo, e mesmo diante da aprovação de um Juiz de Direito com competência na matéria, decidir acerca dessa matéria. Trata-se de uma norma criada com o propósito específico de salvaguardar interesses nacionais, e não meramente regionais ou locais. Isso justifica, por si só, a atuação de uma entidade federal ou, se houver necessidade, do Poder Judiciário da União.

5. Do prazo para submissão ao CADE do ato de concentração econômica

Sobre o prazo para submissão dos atos de concentração econômica à apreciação do CADE, o § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 assim dispõe:

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.

O dispositivo prescreve que o ato de concentração deve ser submetido para exame à SDE no prazo máximo de quinze dias úteis da sua celebração. A SDE enviará uma via ao CADE e outra à SEAE. E quando o ato de concentração estiver previsto em um plano de recuperação, qual deverá ser o termo *a quo* para a contagem desse prazo? O dia de aprovação do plano, quando ela for necessária, pela assembléia-geral de credores (AGC)? O dia em que a recuperação judicial for concedida pelo Juiz da causa? Ou será que teria aplicação um outro momento qualquer?

O dia de aprovação do plano na AGC não é aquele em que a concentração econômica realmente ocorre. A aprovação do plano na assembléia é um sinal verde para a sua futura execução, mas essa eficácia do plano dependerá, no mínimo, de uma decisão judicial superveniente que conceda a recuperação. Por seu turno, o dia em que o Juiz concede a recuperação judicial também não representa a data em que a fusão, incorporação, cisão ou transformação efetivamente se concretiza. A concentração econômica se verifica quando o ajuste contratual que a materializa, normalmente celebrado após a concessão da recuperação judicial, é assinado pelas partes interessadas. A partir daí é que o prazo de quinze dias deve começar a fluir.

Diante dessas considerações, o mais correto parece ser aplicar como data inicial para a contagem do prazo de 15 dias o dia em que, após a concessão da recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial, forem assinados os ajustes de concentração. Antes da lavratura dos pactos, há mera intenção de concentração, que pode, inclusive, nem mesmo vir a acontecer efetivamente. Podemos usar, inclusive, por analogia a Súmula nº 3 do CADE que sobre o tema prescreve que: “*Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão*”. A data da celebração do contrato de concessão é a data a ser considerada quando a concentração tem como propósito a participação em licitação pública. É assim porque os efeitos econômicos da concentração apenas se concretizarão após a assi-

natura do contrato de concessão. O semelhante acontece na recuperação. Em regra, o ato de concentração previsto no plano de recuperação apenas produzirá efeitos durante a fase de execução que se inicia após a concessão da recuperação judicial. Se o ajuste que materializa a concentração for celebrado após a concessão da recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial, a data inicial para o cômputo dos quinze dias deve ser o dia da assinatura do pacto. Caso ele já tenha sido firmado antes da concessão judicial da recuperação, os quinze dias para a remessa do ato à apreciação estatal devem começar a fluir a partir da data da concessão da recuperação judicial ou da homologação da recuperação extrajudicial (quinze dias a partir da publicação do ato judicial que concede ou que homologa a recuperação judicial).

Com raciocínio semelhante, o e. TRF da 1ª Região decidiu que o prazo de quinze dias para submissão do ato de concentração aos órgãos de defesa da concorrência apenas deve começar a fluir a partir do momento em que ele estiver apto a produzir efeitos. Vejamos o teor da ementa:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL DE DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. RECURSO PREJUDICADO ANTE A PERDA DE SEU OBJETO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE. COMUNICAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. LEI N. 8.884/94, ART. 54, § 4º. TEMPESTIVIDADE. MULTA. ANULAÇÃO.

1. O ato de concentração que originou a multa foi aprovado sem restrições pelo CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — CADE, após regular comunicação realizada pela empresa interessada.

2. Fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade aprovar sem restrições o aludido ato e, no entanto, impor multa de 120.000 (cento e vinte mil) UFIRs, por suposto atraso na comunicação do ato, em razão de previsão expressa no negócio de condição suspensiva e a inexistência da produção de reflexos prejudiciais à livre concorrência.

3. O prazo de quinze dias úteis estabelecido no § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94 para comunicação do ato de concentração ao CADE somente é exigido quando o negócio está pronto e acabado, o que não é o caso dos autos, uma vez que o contrato previa como condição suspensiva a prévia aprovação pela ANEEL, BNDES e elaboração de celebração do Contrato de Cobrança, Depósito e Outras avenças, razão pela qual é descabida a multa aplicada.

4. Restam prejudicados os agravos regimentais interpostos em face de decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal e o pedido do depósito integral do valor da multa ante o julgamento levado a efeito.

5. Apelação provida.

(TRF — PRIMEIRA REGIÃO. DESEMBARGADOR FEDERAL LEO-MAR BARROS AMORIM DE SOUSA Classe: AMS — APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA — 200134000086330 Processo: 200134000086330 UF: DF Órgão Julgador: OITAVA TURMA Data da decisão: 26/7/2007 Documento: TRF100266821. e-DJF1 DATA: 29/2/2008 PAGINA: 520).

Antes, portanto, de o ajuste de concentração se aperfeiçoar e de ele ser aprovado pelo Juiz de Direito com competência em matéria de recuperação, o prazo de 15 dias não deve ter início.

6. Conclusões

1) A atuação do CADE, da SDE/MJ e da SEAE/MF é imprescindível para a preservação de um ambiente competitivo salutar. Não existem razões jurídicas capazes de justificar a dispensa da prévia aprovação por essas instituições de atos de concentração previstos em planos de recuperação judicial ou extrajudicial.

2) A eficácia do ato de concentração previsto no plano de recuperação aprovado deve ficar condicionada à autorização do CADE quanto à operação ajustada. Inexistindo manifestação do CADE e dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDE/MJ e

SEAE/MF), o ato de concentração que foi aceito pelos credores da recuperação deve ser considerado ineficaz, ainda que ele tenha sido aprovado pelo Juiz de Direito competente na matéria. O suprimento da ausência de manifestação do CADE depende, por sua vez, de decisão oriunda da Justiça Federal.

3) A preservação da sociedade empresária em crise é algo relevante, mas não é o único interesse que o Estado brasileiro deve proteger. Além disso, outros valores e princípios constitucionais precisam ser respeitados. Nesse contexto, a atuação do CADE será indispensável para, dentre outras funções, a tutela do princípio da livre concorrência, a proteção dos consumidores, a eliminação do abuso do poder econômico, a preservação da soberania nacional.

4) O prazo de 15 dias previsto no art. 54, §4º, da Lei nº 8.884/94 para exame do ato de concentração apenas começa a correr após o momento em que a operação se aperfeiçoa e está, em tese, apta a produzir efeitos. A concentração econômica se concretiza quando o ajuste contratual que a materializa, normalmente celebrado após a concessão da recuperação judicial, é assinado pelas partes interessadas. A partir daí é que o prazo de quinze dias deve ordinariamente começar a fluir. Apenas se o ajuste tiver sido celebrado antes do início da fase de execução da recuperação judicial ou extrajudicial (que se inicia, respectivamente, com a sua concessão ou homologação pelo Juiz de Direito da causa), é que os quinze dias deverão ser computados a partir da data de concessão da recuperação judicial ou homologação da recuperação extrajudicial, e não da assinatura do ato ajuste que possibilitou a concentração.