

## Questão Discursiva 00273

As empresas de laticínios OST S/A e MANDEL S/A, com sede no Município do Rio de Janeiro, realizam uma fusão em março de 2013, passando a se chamar KAYA S/A.

Já em pleno funcionamento, recebem uma notificação do CADE sobre a abertura de processo administrativo para a análise do negócio societário, bem como a imposição de multa de vinte mil reais, para cada uma, por ausência de comunicação prévia à autarquia sobre a fusão.

Inconformadas, ingressam com ação anulatória na Justiça Federal no Rio de Janeiro em face do CADE, buscando anular o processo administrativo instaurado e a própria multa. Alegam que o negócio: 1) pode sofrer controle prévio ou posterior pelo CADE; 2) diminuirá o preço do produto, em razão do aumento da produção; 3) aumentará a oferta de emprego.

Como Juiz Federal Substituto da Vara Cível da Seção Judiciária do Rio de Janeiro para a qual foi distribuída a demanda, como V. Sª decidiria a questão?

### Resposta #004908

Por: Kenia Rezende Dos Santos 22 de Janeiro de 2019 às 19:12

A lei 12529/11, lei de defesa da concorrência no Brasil, diferentemente do que previa a lei 8884/94, exige que a análise dos atos de concentração (assim entendidos aqueles descritos no art. 90 da lei) ocorra previamente sempre que presentes os requisitos do art. 88 do mesmo diploma legal. Não obstante, importa ressaltar que mesmo que ausentes os mencionados requisitos, nos termos do art. 88, § 7º da lei 12529/11, é possível a submissão do ato de concentração à apreciação CADE dentro do prazo de 01 ano a contar da sua consumação.

A regra, portanto, é que haja prévia apreciação pela autarquia. No caso em questão, consta que o CADE aplicou multa pela não comunicação da operação à autarquia de forma antecipada, razão pela qual é forçoso presumir a presença dos requisitos cumulativos elencados no art. 88, e, por conseguinte, a necessidade de análise prévia. Com base nesses argumentos não há que se falar em irregularidade na multa aplicada.

Ressalte-se, todavia, que, caso o ato de concentração não se subsumisse aos requisitos do art. 88, não haveria que se falar em comunicação prévia (já que na hipótese do § 7º o CADE instaura o procedimento no prazo de até 01 ano depois da consumação do ato) e, por conseguinte, não haveria que se falar em multa, sendo por isso passível de anulação pelo Judiciário.

Relativamente às hipóteses que autorizam os atos de concentração (art. 88, § 6º da lei 12529/11), em aplicação da chamada regra da razão (de origem norte americana e adotada pela lei brasileira), que considera, para além dos efeitos deletérios do ato de concentração, de outra ponta, as vantagens dele advindas (proteção ao consumidor, aumento da produtividade, competitividade, eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico), autorizando verdadeiro juízo de ponderação entre vantagens e desvantagens, é assente na doutrina, de forma majoritária, entendimento de que o exame técnico desses ganhos econômicos deve ser feito, exclusivamente, pelo CADE, não cabendo ao judiciário imiscuir-se, por faltar-lhe expertise necessária e em prestígio ao princípio da separação de poderes. Ao judiciário cabe apenas, quando demandando, analisar aspectos formais do procedimento, o que não se requereu na hipótese.

Destarte, as alegações dos autores de que o ato de concentração acarretaria redução de preço do produto e oferta de emprego devem ser apuradas no âmbito administrativo (CADE) com exclusividade, sendo improcedente o pedido de anulação do processo administrativo apenas com base em questões técnico-discricionárias.

### Resposta #001795

Por: MAF 5 de Julho de 2016 às 13:51

Com relação à possibilidade de controle prévio ou posterior, a fusão se deu em 2013, sob a égide da Lei 12529/11, portanto.

Logo, nos termos do artigo 88, §2º da Lei 12529/11, o controle será sempre prévio e realizado no prazo máximo de 240 dias, contados do protocolo de petição ou da respectiva emenda (na vigência da antiga legislação era possível o controle prévio ou posterior).

Ainda, conforme o §3º do mesmo dispositivo, se o ato de concentração for consumado antes de apreciado, serão considerados nulos, bem como aplicada multa pecuniária e aberto processo administrativo.

Insta esclarecer que a multa aplicada ficou abaixo do mínimo legal, mas, considerando que este vício não prejudica ao autor, não deverá o Poder Judiciário decretar qualquer invalidade.

Por fim, não cabe ao Poder Judiciário analisar, de imediato, se o CADE deverá autorizar o ato numa análise de ponderação (argumentos 2 e 3), sendo de atribuição do órgão fiscalizador a análise de qual(is) princípio(s) devem prevalecer: concorrência, consumidor e/ou trabalho humano.

Desta forma, deve ser indeferida a pretensão do autor.

### Correção #001072

Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues 13 de Julho de 2016 às 14:50

Guilherme, a solução da questão ficou correta de acordo com o espelho. Mas como você não aprofundou muito sobre o tema, talvez tivesse um pouco de nota descontada. Já vi alguns espelhos corrigidos de provas federais, e mesmo a resposta estando correta, se estiver pouco fundamentado, a banca vai descontando alguns décimos por item.

- **Padrão de Resposta da Banca:** A correta abordagem da questão exige que o candidato examine: (i) - a submissão da fusão ao controle prévio do CADE. O enunciado suprime a referência ao faturamento das sociedades envolvidas, de modo a tornar menos óbvia a aplicabilidade do art. 88, § 2º, da Lei 12.529/2011. O candidato deve raciocinar a partir dos dados ofertados e, conforme a causa de pedir, a incidência do controle da autarquia é incontroversa: o que se alega é que ele pode ser posterior. A data de consumação da fusão (março de 2013) indica que o ato se dá sob a vigência da 12.529/2011. O ponto nevrálgico é justamente focar a mudança da legislação (advento da Lei nº 12.529/2011), que não mais permite o controle posterior, ao contrário da lei anterior (Lei 8884/94), que dava ao agente econômico a opção de submeter a operação, ao CADE, para controle prévio ou posterior (art. 54, §4º, da lei antiga). Antes de materializar o ato societário (fusão), os agentes devem submetê-lo à aprovação prévia do CADE, sob pena de nulidade e de multa (art. 88, § 3º da Lei nº 12.529/2011). O desenvolvimento satisfatório desse tema dá ensejo ao grau de até 1,0 ponto. (ii) o não cabimento da análise imediata, pelo Judiciário, da aferição sobre se o CADE deve ou não autorizar o negócio por razoabilidade pode prestigiar um ou alguns princípios da ordem econômica (art. 170, CR/88) em detrimento de outros. Contudo, essa aferição ainda será feita, no prazo legal, e não cabe ao Judiciário antecipar-se ao veredicto da autarquia técnica. (iii) apesar de a multa imposta (vinte mil reais) ter valor inferior ao mínimo estipulado pelo art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011 (sessenta mil reais), esse fato, por si só, não permite ao Juiz anulá-la, pois, no particular, o vício não prejudica o interessado. Nada impede, entretanto, a notícia do fato na decisão (multa em valor inferior ao mínimo legal). O CADE apenas determinou a abertura do procedimento administrativo e as sociedades ainda poderão apresentar suas defesas, tanto em relação à fusão, quanto em relação à multa inicialmente imposta. Outro aspecto (apenas para melhorar a avaliação): caso houvesse urgência na materialização do ato na esfera comercial, as interessadas deveriam postular no CADE na forma do art. 59, §1º c/c o art. 88, § 6º; São irrelevantes para o acerto da questão (pontuação): 1. o suporte processual considerado pelo candidato: seja examinando a inicial e mandando citar, seja fazendo-o para efeito de examinar eventual tutela antecipada, seja analisando o mérito (ideal). O importante foi aferir a questão de direito econômico, desde que o suporte processual considerado fosse adequado ao enunciado, e não fosse suprimida a análise do indagado.

2. incorreto fugir ao tema com soluções inaplicáveis. Assim: tratar de questões processuais, tais como: violação do PA ao devido processo legal/contraditório, rito da ação, errada afirmação da incompetência do juízo etc. Quanto à multa, caberia ao Juiz, na decisão, apenas noticiar a sua fixação em valor abaixo do mínimo legal, não podendo, de ofício, determinar ao CADE a sua revisão (aumento). A questão da multa abaixo do mínimo deve ser enfrentada. A mera improcedência do pedido em relação à multa, sem análise dessa questão (valor inferior ao mínimo do art. 88, §3º) não dará ensejo à pontuação integral.

## Resposta #001022

Por: **Angelo Orlandi** 9 de Abril de 2016 às 18:49

Primeiramente, cumpre observar que as empresas de laticínios OST S/A e MANDEL S/A ao realizarem a fusão, passando a se chamar KAYA S/A, efetuaram um ato de concentração (art. 90, I, da Lei nº 12.529/2011).

Deste modo, caso neste ato de concentração (fusão) um dos grupos envolvidos tenha registrado no último balanço faturamento bruto anual ou volume de negócios em valor equivalente ou superior a 750 milhões de reais e o outro grupo valor equivalente ou superior a 75 milhões de reais (art. 88, I e II, da Lei nº 12.529/2011 c/c Portaria Interministerial 994 dos Ministérios da Justiça e da Fazenda), **tal ato deverá ser submetido ao CADE.**

Por outro lado, cumpre destacar que diferentemente do que alega a parte autora, **a submissão do ato à apreciação do CADE deve ser prévio à fusão**, cuja decisão deverá ocorrer no prazo máximo de 240 dias (art 88, §2º, da Lei nº 12.529/2011). A consumação da fusão antes da análise do CADE enseja a anulação do ato de concentração (art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011).

Ademais, observa-se que a multa pecuniária aplicada pela autoridade administrativa (R\$ 25.000,00) se encontra abaixo do mínimo legal estabelecido, no valor R\$ 60.000,00, conforme art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011, parte final.

Deste modo, diante do princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF), com o escopo de o poder judiciário não se imiscuir em tarefa típica do poder executivo, comunique-se ao CADE para que **retifique a multa imposta (súmula 473 do STF), uma vez que expedida em valor abaixo do mínimo legal.**

Outrossim, vale destacar que a diminuição do preço do produto, em razão do aumento da produção e o aumento da oferta de emprego não são elementos aptos para – por si só – autorizar o ato de concentração. Com efeito, deve ser analisado eventual eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços (art. 88, § 5º, da Lei do CADE).

Por fim, não é ocioso informar que, mesmo havendo – em tese - eventual configuração de infração à ordem econômica, utilizando-se a “regra da razão” poderá ser permitido o ato de concentração, em virtude de maiores ganhos ao consumidor, último elo da cadeias econômica.

## Correção #000759

Por: **Karla N G C Aranha** 27 de Maio de 2016 às 13:18

Ângelo,

Ousando complementar a excelente correção já efetuada por Daniela, digo que considereei bem escrita, bem fundamentada e sem erros gramaticais perceptíveis.

Não obstante esteja incompleta, a resposta traz um parâmetro geral do problema, contextualizando o instituto, o que, na minha ótica, lhe renderia uns pontinhos a mais.

Bons estudos!

## Correção #000668

Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues 19 de Abril de 2016 às 19:07

Ângelo, dei uma olhada na sua questão e creio que você atendeu bem aos itens i e iii trazidos no espelho da banca, porém faltou mencionar sobre a impossibilidade de análise pelo judiciário antes da análise do CADE.

Segue o espelho da banca.

- Resposta: A correta abordagem da questão exige que o candidato examine: (i) - a submissão da fusão ao controle prévio do CADE. O enunciado suprime a referência ao faturamento das sociedades envolvidas, de modo a tornar menos óbvia a aplicabilidade do art. 88, § 2º, da Lei 12.529/2011. O candidato deve raciocinar a partir dos dados ofertados e, conforme a causa de pedir, a incidência do controle da autarquia é incontroversa: o que se alega é que ele pode ser

posterior. A data de consumação da fusão (março de 2013) indica que o ato se dá sob a vigência da Lei 12.529/2011. O ponto nevrálgico é justamente focar a mudança da legislação (advento da Lei nº 12.529/2011), que não mais permite o controle posterior, ao contrário da lei anterior (Lei 8884/94), que dava ao agente econômico a opção de submeter a operação, ao CADE, para controle prévio ou posterior (art. 54, §4º, da lei antiga). Antes de materializar o ato societário (fusão), os agentes devem submetê-lo à aprovação prévia do CADE, sob pena de nulidade e de multa (art. 88, § 3º da Lei nº 12.529/2011). O desenvolvimento satisfatório desse tema dá ensejo ao grau de até 1,0 ponto. (ii) o não cabimento da análise imediata, pelo Judiciário, da aferição sobre se o CADE deve ou não autorizar o negócio por razoabilidade pode prestigiar um ou alguns princípios da ordem econômica (art. 170, CR/88) em detrimento de outros. Contudo, essa aferição ainda será feita, no prazo legal, e não cabe ao Judiciário antecipar-se ao veredicto da autarquia técnica. (iii) apesar de a multa imposta (vinte mil reais) ter valor inferior ao mínimo estipulado pelo art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011 (sessenta mil reais), esse fato, por si só, não permite ao Juiz anulá-la, pois, no particular, o vício não prejudica o interessado. Nada impede, entretanto, a notícia do fato na decisão (multa em valor inferior ao mínimo legal). O CADE apenas determinou a abertura do procedimento administrativo e as sociedades ainda poderão apresentar suas defesas, tanto em relação à fusão, quanto em relação à multa

inicialmente imposta. Outro aspecto (apenas para melhorar a avaliação): caso houvesse urgência na materialização do ato na esfera comercial, as interessadas deveriam postular no CADE na

forma do art. 59, §1º c/c o art. 88, § 6º: São irrelevantes para o acerto da questão (pontuação): 1. o suporte processual considerado pelo candidato: seja examinando a inicial e mandando citar, seja fazendo-o para efeito de examinar eventual tutela antecipada, seja analisando o mérito (ideal). O importante foi aferir a questão de direito econômico, desde que o suporte processual considerado fosse adequado ao enunciado, e não fosse suprimida a análise do indagado. 2. incorreto fugir ao tema com soluções inaplicáveis. Assim: tratar de questões processuais, tais como: violação do PA ao devido processo legal/contraditório, rito da ação, errada afirmação da incompetência do juízo etc. Quanto à multa, caberia ao Juiz, na decisão, apenas noticiar a sua fixação em valor abaixo do mínimo legal, não podendo, de ofício, determinar ao CADE a sua revisão (aumento). A questão da multa abaixo do mínimo deve ser enfrentada. A mera improcedência do pedido em relação à multa, sem análise dessa questão (valor inferior ao mínimo do art. 88, §3º) não dará ensejo à pontuação integral.

## Resposta #001406

Por: Karla N G C Aranha 27 de Maio de 2016 às 12:47

Trata-se o pedido de anulação de processo administrativo instaurado pelo CADE, instaurado em face de fusão empresarial, a fim de apurar a regularidade do respectivo ato de concentração econômica.

Como sabido, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica integra o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estrutura de vital importância na seara econômica brasileira, porquanto previne e combate infrações contra a ordem econômica, de modo a garantir ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Por sua vez, o CADE é estrutura judicante do SBDE, que responsável diretamente pela definição, julgamento e sanção das infrações à ordem econômica, sendo integrado pelos órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

De outra banda, a Lei nº 12.529/2011, em seu art. 88 e seguintes, dispõem acerca da necessidade de observância de controle de atos de concentrações empresariais (quando, por exemplo, duas empresas resolvem se fundir, criando uma terceira empresa, como traz a hipótese dos autos), estabelecendo as situações em que se mostra necessária a aprovação do CADE para a efetivação dessas operações.

Regulamentando e instrumentalizando essa obrigatoriedade, dentre as diversas espécies de procedimentos administrativos que podem ser instaurados pelo CADE, está aquele que objetiva justamente a apuração de ato de concentração econômica, ou seja, por meio dele, o CADE irá avaliar se houve, ou não, ato de concentração econômica (nos termos do art. 90 da Lei nº 12.529/2011) e a imposição da multa caso se verifique a omissão no pedido de aprovação do ato de concentração. A instauração e instrução desse processo é de competência da Superintendência-Geral, conforme dito no art. 13, V, da Lei do CADE.

Analisando o pedido, não assiste razão à parte autora.

Quanto à possibilidade de controle prévio ou posterior do negócio pelo CADE, é de se dizer ser plenamente possível, porquanto como órgão regulador, é necessário o seu controle em atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar no domínio de mercados relevantes de bens ou serviços.

Assim, ao celebrarem fusão empresarial sem a devida informação ao CADE, incorreram em infração à ordem econômica, passível, portanto, de multa a ser apurada em processo administrativo, exatamente como fez o CADE, não havendo qualquer vício a ser sanado pelo poder judiciário.

## Correção #000760

Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues 27 de Maio de 2016 às 14:03

Karla, achei que você gastou muito tempo conceituando sobre o funcionamento do CADE e pouco pra analisar a questão em si. Pelo espelho da prova, creio que faltou afastar a alegação da parte, que foi no sentido que não havia a obrigatoriedade do controle prévio. O ponto nevrálgico da questão seria rebater que não poderia ter havido a fusão sem a aprovação do CADE (o que não impede que mesmo aprovado eles possam fazer algum outro tipo de controle posterior). Acho que da maneira que você escreveu, iriam te descontar uma boa parte da nota.

- Resposta: A correta abordagem da questão exige que o candidato examine: (i) - a submissão da fusão ao controle prévio do CADE. O enunciado suprime a referência ao faturamento das sociedades envolvidas, de modo a tornar menos óbvia a aplicabilidade do art. 88, § 2º, da Lei 12.529/2011. O candidato deve raciocinar a partir dos dados ofertados e, conforme a causa de pedir, a incidência do controle da autarquia é incontroversa: o que se alega é que ele pode ser posterior. A data de consumação da fusão (março de 2013) indica que o ato se dá sob a vigência da 12.529/2011. O ponto nevrálgico é justamente focar a mudança da legislação (advento da Lei nº 12.529/2011), que não mais permite o controle posterior, ao contrário da lei anterior (Lei 8884/94), que dava ao agente econômico a opção de submeter a operação, ao CADE, para controle prévio ou posterior (art. 54, §4º, da lei antiga). Antes de materializar o ato societário (fusão), os agentes devem submetê-lo à aprovação prévia do CADE, sob pena de nulidade e de multa (art. 88, § 3º da Lei nº 12.529/2011). O desenvolvimento satisfatório desse tema dá ensejo ao grau de até 1,0 ponto. (ii) o não cabimento da análise imediata, pelo Judiciário, da aferição sobre se o CADE deve ou não autorizar o negócio por razoabilidade pode prestigiar um ou alguns princípios da ordem econômica (art. 170, CR/88) em detrimento de outros. Contudo, essa aferição ainda será feita, no prazo legal, e não cabe ao Judiciário antecipar-se ao veredicto da autarquia técnica. (iii) apesar de a multa imposta (vinte mil reais) ter valor inferior ao mínimo estipulado pelo art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011 (sessenta mil reais), esse fato, por si só, não permite ao Juiz anulá-la, pois, no particular, o vício não prejudica o interessado. Nada impede, entretanto, a notícia do fato na decisão (multa em valor inferior ao mínimo legal). O CADE apenas determinou a abertura do procedimento administrativo e as sociedades ainda poderão apresentar suas defesas, tanto em relação à fusão, quanto em relação à multa inicialmente imposta. Outro aspecto (apenas para melhorar a avaliação): caso houvesse urgência na materialização do ato na esfera comercial, as interessadas deveriam postular no CADE na forma do art. 59, §1º c/c o art. 88, § 6º; São irrelevantes para o acerto da questão (pontuação): 1. o suporte processual considerado pelo candidato: seja examinando a inicial e mandando citar, seja fazendo-o para efeito de examinar eventual tutela antecipada, seja analisando o mérito (ideal). O importante foi aferir a questão de direito econômico, desde que o suporte processual considerado fosse adequado ao enunciado, e não fosse suprimida a análise do indagado.

2. incorreto fugir ao tema com soluções inaplicáveis. Assim: tratar de questões processuais, tais como: violação do PA ao devido processo legal/contraditório, rito da ação, errada afirmação da incompetência do juízo etc. Quanto à multa, caberia ao Juiz, na decisão, apenas noticiar a sua fixação em valor abaixo do mínimo legal, não podendo, de ofício, determinar ao CADE a sua revisão (aumento). A questão da multa abaixo do mínimo deve ser enfrentada. A mera improcedência do pedido em relação à multa, sem análise dessa questão (valor inferior ao mínimo do art. 88, §3º) não dará ensejo à pontuação integral.

## Resposta #003725

Por: Flávio Brito Gomes 4 de Janeiro de 2018 às 18:17

No Brasil, não se pune a posição dominante em si, mas tão-somente o abuso. No caso do abuso do poder econômico, o direito de que abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, etc. Paula Forgioni afirma que não se configura abuso do poder econômico sem prejuízo para a concorrência.

A punição por infrações à ordem econômica (controle repressivo) e a análise de atos de concentração (controle preventivo) continuam sendo os principais instrumentos de defesa da concorrência.

O art. 88 da Lei 12529/2011 estabelece os casos em que deverá ser submetida ao CADE as operações de atos de concentração econômica.

Então, o primeiro passo, como magistrado, seria verificar se o caso das empresas de laticínios está incluso em algumas das hipóteses do art. 88, lei 12529/2011.

Também deverá o magistrado analisar a incidência do § 5º do art. 88, da lei do CADE, o qual estabelece que "serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvando o disposto no § 6º deste artigo".

O magistrado, então, deverá verificar se estão presentes algumas das condições do mencionado § 6º, o qual estabelece que "os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que estejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

- Cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes."

No caso em análise, não estando presentes as condições do art. 88, da lei do CADE, cabe anulação da multa administrativa aplicada e autorização para continuidade da fusão caso se verifique algum dos casos do § 6º do mesmo artigo.

## Resposta #004904

Por: **Tiago** 21 de Janeiro de 2019 às 12:49

A pretensão anulatória deduzida pelas empresas de laticínio deve ser julgada improcedente. Nos termos do parágrafo terceiro do art. 88, Lei 12.529/2011, os atos de concentração econômica que se subsumam às hipóteses do *caput*, não podem ser consumados antes de apreciados, sob pena de nulidade e imposição de sanção pecuniária não inferior a R\$ 60.000,00 e não superior a R\$ 60.000.000,00. Com efeito, as empresas de laticínio realizaram uma fusão, sem prévia submissão ao CADE da operação, em março de 2013, data em que a referida lei já possuía vigência, e, portanto, já atribuía às partes o dever legal de apresentação do ato de concentração ao CADE para o exame da regularidade do ato e a ausência de lesão à ordem econômica. Com efeito, o art. 90 da referida lei, considera como ato de concentração a fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes entre si. Além disso, o legislador no art. 36, ao tipificar as hipóteses de infração à ordem econômica, prevê como infração os atos tendentes a produzir, ainda que não produzam concretamente, a dominação de mercado relevante de bens e serviços. Nesse sentido, não merece acolhimento as alegações de que a fusão pode sofrer controle posterior, que diminuirá o preço do produto e aumentará a oferta de emprego. Ainda que a fusão tenha aptidão à produção dos efeitos mencionados, isso não exime as empresas de previamente submeter o ato de fusão ao controle do CADE.

## Resposta #001926

Por: **Priscila Cardoso** 12 de Julho de 2016 às 13:38

Na condição de Juiz da causa, julgaria improcedente os pedidos constantes no processo de anulação que as empresas postularam em desfavor do CADE, considerando que o CADE não foi informado previamente sobre a fusão das empresas, ferindo, assim, o artigo 88, §2º da lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011, que apregoa que os atos de concentração devem ser submetidas ao CADE para análise pelas partes envolvidas previamente à operação.

## Correção #001236

Por: **Landa** 23 de Maio de 2017 às 01:17

Resposta demasiadamente sucinta, que deixou de atender a todos os pontos exigidos pela banca no espelho.

Houve acerto no tocante ao controle prévio e se fundamento legal, mas faltou consideração a respeito da mudança legislativa.

## Correção #001071

Por: **Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues** 13 de Julho de 2016 às 14:43

Priscila, você só respondeu ao primeiro item trazido pela questão, pelo que eu li esta parte está correta, porém eu não possa avaliar satisfatoriamente a sua resposta. Se você quiser, exclua a resposta e faça novamente de forma mais completa.

- **Padrão de Resposta da Banca:** A correta abordagem da questão exige que o candidato examine: (i) - a submissão da fusão ao controle prévio do CADE. O enunciado suprime a referência ao faturamento das sociedades envolvidas, de modo a tornar menos óbvia a aplicabilidade do art. 88, § 2º, da Lei 12.529/2011. O candidato deve raciocinar a partir dos dados ofertados e, conforme a causa de pedir, a incidência do controle da autarquia é incontroversa: o que se alega é que ele pode ser posterior. A data de consumação da fusão (março de 2013) indica que o ato se dá sob a vigência da 12.529/2011. O ponto nevrálgico é justamente focar a mudança da legislação (advento da Lei nº 12.529/2011), que não mais permite o controle posterior, ao contrário da lei anterior (Lei 8884/94), que dava ao agente econômico a opção de submeter a operação, ao CADE, para controle prévio ou posterior (art. 54, §4º, da lei antiga). Antes de materializar o ato societário (fusão), os agentes devem submetê-lo à aprovação prévia do CADE, sob pena de nulidade e de multa (art. 88, § 3º da Lei nº 12.529/2011). O desenvolvimento satisfatório desse tema dá ensejo ao grau de até 1,0 ponto. (ii) o não cabimento da análise imediata, pelo Judiciário, da aferição sobre se o CADE deve ou não autorizar o negócio por razoabilidade pode prestigiar um ou alguns princípios da ordem econômica (art. 170, CR/88) em detrimento de outros. Contudo, essa aferição ainda será feita, no prazo legal, e não cabe ao Judiciário antecipar-se ao veredicto da autarquia técnica. (iii) apesar de a multa imposta (vinte mil reais) ter valor inferior ao mínimo estipulado pelo art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011 (sessenta mil reais), esse fato, por si só, não permite ao Juiz anulá-la, pois, no particular, o vício não prejudica o interessado. Nada impede, entretanto, a notícia do fato na decisão (multa em valor inferior ao mínimo legal). O CADE apenas determinou a abertura do procedimento administrativo e as sociedades ainda poderão apresentar suas defesas, tanto em relação à fusão, quanto em relação à multa inicialmente imposta. Outro aspecto (apenas para melhorar a avaliação): caso houvesse urgência na materialização do ato na esfera comercial, as interessadas deveriam postular no CADE na forma do art. 59, §1º c/c o art. 88, § 6º; São irrelevantes para o acerto da questão (pontuação): 1. o suporte processual considerado pelo candidato: seja examinando a inicial e mandando citar, seja fazendo-o para efeito de examinar eventual tutela antecipada, seja analisando o mérito (ideal). O importante foi aferir a questão de direito econômico, desde que o suporte processual considerado fosse adequado ao enunciado, e não fosse suprimida a análise do indagado.

2. incorreto fugir ao tema com soluções inaplicáveis. Assim: tratar de questões processuais, tais como: violação do PA ao devido processo legal/contraditório, rito da ação, errada afirmação da incompetência do juízo etc. Quanto à multa, caberia ao Juiz, na decisão, apenas noticiar a sua fixação em valor abaixo do mínimo legal, não podendo, de ofício, determinar ao CADE a sua revisão (aumento). A questão da multa abaixo do mínimo deve ser enfrentada. A mera improcedência do pedido em relação à multa, sem análise dessa questão (valor inferior ao mínimo do art. 88, §3º) não dará ensejo à pontuação integral.

## Resposta #002489

Por: **Sniper** 23 de Janeiro de 2017 às 23:43

O CADE está certo, pois nos termos do art. 88, parágrafo segundo da Lei 12.529/11 o controle dos atos de concentração nos casos de concentração econômica será prévio.

A fusão ocorreu em 2013, portanto o ato é regido pela Lei 12.529/11 (Lei do CADE). Desse modo, o Juiz Federal não pode anular o processo administrativo e a multa.

Pois, nos termos do parágrafo terceiro, do art. 88 da Lei do CADE os atos de fusão realizados antes do controle do CADE, estão sujeitos a anulação, multa e a abertura de processo administrativo.

O Poder Judiciário não pode interferir na atuação do CADE, uma vez que está em conformidade com a lei infraconstitucional, bem como desrespeitaria o princípio da separação dos poderes.

Portanto, caberia ao caso por parte do Juiz Federal a extinção sem resolução do mérito, pois o Poder Judiciário não pode cancelar um ato administrativo totalmente legal.

## Resposta #002716

Por: **VINICIUS ARAUJO DA SILVA** 3 de Maio de 2017 às 11:20

O ponto nodal da controvérsia consiste em analisar a possibilidade de anular processo administrativo instaurado no CADE e a própria multa estipulada, sob o argumento que as empresas podem sofrer controle prévio ou posterior, que irá diminuir o preço do produto, em razão do aumento da produção e aumentará a oferta de emprego.

Inicialmente, importa destacar que a Constituição Federal, no artigo 170, inciso IV, consagra a livre concorrência como princípio geral da ordem econômica brasileira, devendo ser observado como norma balizadora de toda legislação infraconstitucional e atividade administrativa reguladora.

Nesse sentido, a Lei nº 12.529 de 2011, art. 88, define quais operações de concentração econômica devem ser previamente submetidas ao CADE, com base no faturamento bruto anual ou volume de negócios dos envolvidos.

Com efeito, pode-se afirmar que, em regra, nos termos do disposto no art. 88, §3 da Lei nº 12.529/2011, as operações de concentração não podem ser consumadas antes da decisão final do CADE, sob pena de possível declaração de nulidade da operação, imposição de multa pecuniária e a possibilidade de abertura de processo administrativo.

A consumação de atos de concentração antes da decisão final do CADE pela sua aprovação é uma prática conhecida como gun jumping, absolutamente vedada pela lei que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Quanto à apreciação dos benefícios possivelmente gerados pela operação de concentração, trata-se de matéria afeta ao mérito administrativo, não havendo justificativa para o Poder Judiciário se imiscuir na análise das questões técnicas.

Desse modo, a ação deveria ser julgada improcedente, tendo em vista que a atuação do CADE foi desenvolvida em conformidade com o disposto na Lei nº 12.529/2011.

## Resposta #003573

Por: **Gisele Campos** 24 de Novembro de 2017 às 18:05

A constituição Federal de 1988 elegeu como princípio da ordem econômica, em seu artigo 170, IV, a livre concorrência. Assim, cumprindo o mandamento constitucional de regulamentar o referido dispositivo – tido pela maioria da doutrina como norma de eficácia limitada – o legislador aprovou a Lei nº 12.529/2011 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Por meio desse diploma, ficou disciplinado a maneira pela qual o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) conduz o Controle de Concentrações.

Inicialmente, a lei em questão exige que o controle seja prévio e realizado em, no máximo, 240 dias a contar do protocolo de petição ou de sua emenda, conforme seu artigo 88, § 2º.

Inclusive, a consumação da operação antes de apreciada pelo CADE configura a prática de “gun jumping”, incidindo multa pecuniária e abertura de processo administrativo, nos termos do artigo 88, §3º.

Assim, até a decisão final sobre a operação devem ser mantidas as condições de concorrência entre as empresas (artigo 88, §4º), restando, pois, rejeitada a alegação da parte autora de possibilidade de controle posterior.

Ainda, apesar do referido diploma proibir atos de concentração que implique, de uma maneira geral, eliminação da concorrência, a chamada "regra da razão" – que exige uma análise casuística e em concreto – prevista no artigo 88, §6º, admite que tais atos se consumam desde que: aumentem a produtividade ou competitividade; melhorem a qualidade de bens e serviços; propiciem a eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico; sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios.

Nesse sentido, as alegações da parte autora no que se refere à diminuição do preço e aumento da oferta de emprego poderiam ser analisadas pelo CADE a fim de autorizar a fusão em comento.

Não obstante, tal análise, cabe tão somente ao CADE, não podendo o Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo. Posto isso, as alegações da parte autora não são hábeis a anular o processo administrativo, bem como a respectiva multa.

## **Resposta #004293**

Por: **Bximenes** 13 de Junho de 2018 às 18:44

A alegação de que o ato de fusionamento pode sofrer controle prévio ou posterior pelo CADE é, deveras, infundada. Isto porque, a legislação em vigor à época do ato, art. 88, §2º da lei do CADE, diz expressamente que o controle haverá de ser prévio, sob pena de nulidade e multa sancionatória.

Ainda, no tocante, ao valor da multa aplicada é importante destacar o equívoco em seu montante, dado que o mínimo legal é de 60 mil e não 20 mil, conforme aplicado pela autarquia, a correção de seu montante é, pois, medida de rigor.

Por fim, é cediço que, na prática, a aplicação da "regra da razão" a depender do caso pode levar a convalidação atos de concentração desde que presentes alguns benefícios sociais ao consumidores.

No entanto, tais argumentos e casuisticamente, tais benefícios, devem, num primeiro momento, serem reconhecidos pelo CADE mediante análise técnica. Portanto, não cabe ao judiciário, em evidente invasão de atribuições, explicitar se o ato é benéfico no termos das alegações do autor (baixa de preço, aumento de emprego aumento da produção) tais aspectos dependem de análise preliminar pelo CADE.