

04

2014 - Novembro

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

## Sumário

<b>Apresentação</b> .....	2
---------------------------	---

### **I - Atualidades**

O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: Uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência (Paulo Burnier da Silveira) .....	5
---	---

### **II – Doutrina Jurídica**

Complementaridade entre agente regulador e autoridade da concorrência: o caso do sistema financeiro (Priscilla Tardelli Tollini) .....	23
--	----

Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos (Simone Cuiabano, Tainá Leandro, Glauco Oliveira e Paula Bogossian) .....	43
--	----

The leniency program and the creation of a one-stop shop for markers (João Felipe Aranha Lacerda) .....	64
---	----

O instituto da prova ilícita e o direito concorrencial brasileiro (Hércules Nunes, Adriano Jayme de Oliveira Muniz, José Renato Laranjeira de Pereira, Roberto Inácio de Moraes, Fábio Henrique Sguei) .....	76
--	----

O regime de prescrição da ação punitiva e da análise do mérito concorrencial no controle de estruturas do Cade (Rafael Szmíd) .....	93
---	----

O contrato internacional de transferência de tecnologia e o direito da concorrência no Brasil: análise à luz da recente jurisprudência do Cade (Lucas Barrios) .....	117
--	-----

O novo sistema brasileiro da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração (Igor Voronkoff) .....	144
--	-----

As abordagens teóricas sobre atos de concentração nas escolas de Harvard e de Chicago (André Santos Ferraz) .....	180
---	-----

## Apresentação

Chegamos ao final do ano de 2014 com a quarta edição da **Revista de Defesa da Concorrência**, que apresenta nove artigos organizados em duas partes, “Atualidades” e “Doutrina”.

Na seção “Atualidades”, o artigo “O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso ‘Grande Stevens’ e os impactos na defesa da concorrência” discute o princípio do *non bis in idem* a partir de caso paradigmático do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No caso conhecido como “Grande Stevens”, o tribunal decidiu que o sistema jurisdicional italiano havia incidido em *bis in idem* ao condenar os recorrentes tanto no âmbito administrativo quanto no criminal, determinando a anulação das sanções penais impostas pela justiça criminal italiana.

O estudo introduz preciosas informações a respeito dessa nova perspectiva, advindas de uma criteriosa pesquisa a respeito de como se formatou a decisão do TEDH. No desenvolvimento de suas reflexões, o autor analisa os dois vetores do *bis in idem*: a dupla imposição de sanção e a identidade da conduta. O Brasil, país que também tem o *jus civilis* como tradição jurídica, pode vir a sentir os impactos dessa decisão em seus debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito de decisões do direito administrativo sancionador e do sistema criminal em condutas anticoncorrenciais.

Na seção de “Doutrina”, apresentamos oito artigos que cobrem diversos temas concorrenciais, trazendo contribuições para a literatura econômica e jurídica.

No início da seção, o artigo “Complementaridade entre agente regulador e autoridade da concorrência: o caso do sistema financeiro” aborda o debate vigente sobre conflito de competências entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central apresentando os principais fatos e argumentos envolvidos, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal e o indispensável estudo sobre como se dá a relação entre autoridade concorrencial e autoridade financeira em outras jurisdições.

Já na temática sobre ilícitos concorrenciais, temos uma contribuição para a melhoria na repressão a cartéis através do artigo “Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos”. A revisão da literatura corrente sobre aplicação de filtros quantitativos (*screening*) para identificação de cartéis e o estudo de julgados do Cade resultou em uma sistematização de propostas dos autores para aprimorar a aplicação desses filtros no Brasil. Ainda no tema de condutas, “*The leniency program and the creation of a one-stop shop for markers*” analisa a importância do sistema de *markers* para o fortalecimento do programa de leniência do Cade, ponderando sobre o papel de um sistema global de balcão único (*one-stop shop*) no fortalecimento e facilitação de acordos de leniência.

Em seguida, dois artigos debatem importantes temas dos Direitos Processual e Administrativo na execução das competências do Cade. O primeiro deles, “O instituto da prova ilícita e o direito concorrencial brasileiro”, avalia o impacto do silêncio do legislador na Lei 12.529/11 a respeito das provas à luz do papel do instituto da prova ilícita nos processos administrativos do Cade. Já o artigo “O regime de prescrição da ação punitiva e da análise do mérito concorrencial no controle de estruturas do Cade”, analisa o decurso do prazo prescricional para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal e sua relação com os procedimentos de análise de atos de concentração pela autoridade concorrencial brasileira.

Já em “O contrato internacional de transferência de tecnologia e o direito da concorrência no Brasil: análise à luz da recente jurisprudência do Cade”, temos um estudo dos impactos concorrenciais dos contratos de transferência de tecnologia, refletindo sobre a possibilidade e conveniência da atuação do Cade nesses casos.

Em mais um texto que coopera para o entendimento dos efeitos trazidos pela nova lei antitruste brasileira, “O novo sistema brasileiro da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração” empreende um estudo de dados para entender como a nova estrutura administrativa trazida pela Lei 12.529/11 impactou a análise de atos de concentração.

Finalmente, fechamos a revista com uma reflexão sobre os fundamentos acadêmicos da matéria concorrencial em “As abordagens teóricas sobre atos de

concentração nas escolas de Harvard e de Chicago”, trazendo as contribuições dessas duas escolas, a evolução do debate entre elas e a importância da Nova Escola de Chicago para o momento atual do antitruste.

Desejo a todos uma ótima leitura!

Vinicius Marques de Carvalho  
**Editor-chefe da Revista de Defesa da Concorrência**

O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE:  
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência

## **O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência**

Paulo Burnier da Silveira<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O artigo trata do princípio de *non bis in idem* no âmbito do direito administrativo sancionador, com base em recente caso paradigmático na União Europeia. Em março de 2014, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos proferiu uma decisão que pode representar um divisor de águas no sistema de cumulação de sanções administrativas e penais, existente em diversos países. O caso, conhecido como “Grande Stevens”, trata de uma infração no mercado de capitais na Itália, tendo sido sancionada, no âmbito nacional italiano, por ambas a autoridade de mercado de capitais e a justiça criminal. Diante de recurso interposto pelos condenados, o Tribunal Europeu considerou, em razão da natureza sancionatória do procedimento administrativo, uma hipótese de *bis in idem*, decidindo pela anulação das sanções penais impostas pela justiça criminal italiana. Neste contexto, o artigo analisa este importante caso, discorre sobre a evolução do debate na União Europeia e examina os possíveis impactos que a decisão pode trazer para o terreno da defesa da concorrência na Europa e no Brasil.

Palavras-chaves: direito administrativo sancionador; princípio *non bis in idem*; caso “Grande Stevens”; direito europeu; defesa da concorrência.

### **ABSTRACT**

The paper addresses the principle of *non bis in idem* within the punitive administrative proceeding, considering a recent and paradigmatic case in the European Union. On March 2014, the European Court of Human Rights issued an extraordinary decision. It may set a new standard for the twofold system present in many countries, which allows administrative and criminal sanctions for a given illegal practice. The case, known as “Grande Stevens”, concerns a violation in the stock market’s rules in Italy, which led to sanctions by both the Italian financial market authority and the Italian criminal justice. After an appeal, the European Court considered a case of double jeopardy (*bis in idem*) due to the punitive aspects of the Italian administrative proceeding. As a result, the Court decided to overrule the criminal sanctions imposed by the Italian criminal justice. The paper analyzes the case, as well as the evolution of the debate in the European Union and the impacts that it may have in the field of competition law to Europe and to Brazil.

Key words: punitive administrative proceeding; double jeopardy; “Grande Stevens” case; European law; competition protection.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP). Professor na Universidade de Brasília (UnB). E-mail: [pburnier@gmail.com](mailto:pburnier@gmail.com). As opiniões deste artigo são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições às quais o autor possui vínculos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. O caso “Grande Stevens”. 3. A evolução do debate na União Europeia. 4. Os impactos da decisão na Europa e no mundo. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas

## 1. Introdução

O direito administrativo sancionador é objeto de profundos debates no mundo jurídico. Trata-se de um sub-ramo do direito penal ou de um ramo jurídico distinto? Se distinto, como diferenciá-lo do direito penal e, sobretudo, como conciliar a sua aplicação com os princípios do direito penal? Aplicam-se, da mesma forma, os princípios da retroatividade da lei benéfica, *in dubio pro reo* e busca da verdade real? Estas são indagações que merecem reflexões e justificam a atenção que o direito administrativo sancionador vem recebendo nos campos de debate jurídico. Em realidade, a doutrina parece ecoar no sentido de considerá-lo como um braço do direito punitivo estatal, podendo incidir sobre diversos terrenos jurídicos, tais como o mercado de capitais, a defesa da concorrência, o sistema tributário, entre outros.<sup>2</sup>

Este artigo pretende abordar um aspecto específico do direito administrativo sancionador: o campo de incidência do princípio *non bis in idem*. Para tanto, aproveita-se de uma decisão paradigmática do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que promete “sacudir” as atuais bases do debate entorno da cumulação das sanções administrativas e penal – pelo menos na Europa. O caso foi julgado pelo TEDH em março de 2014 e ficou conhecido pelo nome de “Grande Stevens”, em referência ao principal réu do processo, um célebre advogado italiano. Os réus foram investigados e condenados por prática ilícita, no mercado de capitais na Itália, pela *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB) e, em seguida, pela justiça criminal italiana. Não tendo mais recursos no âmbito nacional italiano, os réus optaram por uma última tentativa, no âmbito do TEDH, em instância supranacional, com fundamento na violação do princípio de que ninguém pode ser julgado ou punido duas vezes pelo mesmo ilícito penal – e ganharam a batalha. Isto se deu porque o TEDH considerou as

---

<sup>2</sup> Cf. Fábio Medina Osorio. *Direito administrativo sancionador*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 107 e ss. O mesmo autor define a sanção administrativa como sendo “(...) um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito administrativo”. *Idem*, p. 95.

O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE:  
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência

sanções administrativas impostas pela CONSOB, que corresponde à autoridade de regulação do mercado de capitais, de natureza sancionatória – o que não permitiria, desta maneira, novas sanções de mesma natureza, por via da justiça criminal italiana.

Para enfrentar este assunto, examina-se o importante caso “Grande Stevens”, recorrendo sobre a evolução do debate acerca da cumulação das sanções administrativas e penais na União Europeia e os possíveis impactos que a decisão pode trazer para o terreno da defesa da concorrência na Europa e no Brasil.

## 2. O caso “Grande Stevens”

O caso “Grande Stevens” envolve o controle e os investidores da sociedade *Fabbrica Italiana Automobili Torino* (FIAT), controlada pela família italiana Agnelli. Na Itália, a sociedade familiar GIOVANNI AGNELLI S.A.S. detém a sociedade *holding* EXOR S.P.A., que é acionista majoritária e controladora da FIAT, além de investidora em outros importantes grupos econômicos. Além destas duas pessoas jurídicas, o caso envolve também três pessoas físicas: Gianluigi Gabetti, presidente da AGNELLI; Virgilio Marrone, administrador da AGNELLI; e Franzo Grande Stevens, advogado do grupo AGNELLI. Estas pessoas, físicas e jurídicas, integraram o polo passivo do processo administrativo instaurado pela autoridade italiana de mercado de capitais e, em seguida, foram responsáveis pela interposição de recurso perante o TEDH no âmbito europeu.<sup>3</sup>

O primeiro fato importante data de 2002, quando a FIAT celebra um contrato de financiamento com oito bancos. O contrato estabelecia o prazo para restituição do empréstimo em 20 de setembro de 2005 e previa, na hipótese de inadimplemento desta obrigação, a compensação do crédito na forma de subscrição de novas ações, com correspondente aumento do capital social da FIAT. Caso isto ocorresse, os bancos passariam a acionistas majoritários da FIAT com 28% do seu capital social, enquanto a EXOR viria reduzida sua participação social de 30% para 22%.

---

<sup>3</sup> Processo n° 18640/18 do TEDH, de 4 de março de 2014. Superado o prazo para o TEDH rever em sessão plenária, a decisão proferida em março de 2014 se tornou definitiva. Para mais informações, ver: Francesco Vigano. “Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva”. *Diritto Penale Contemporaneo*. Milão, 8 de julho de 2014. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (acessado em 20.08. 2014).

Diante deste cenário, Gianluigi Gabetti elabora consulta jurídica a seu advogado societário Franzo Stevens, na tentativa de evitar a perda do controle acionário da FIAT. Franzo Grande Stevens sugere como alternativa a renegociação de outro contrato, já pré-existente, com o banco britânico MERRILL LYNCH INTERNATIONAL LTD., de modo a financiar o montante necessário e evitar a alteração no quadro acionário da FIAT, o que implicaria no lançamento de uma oferta pública de ações. Assim sendo, tratativas são iniciadas com a MERRILL LYNCH INTERNATIONAL, ao passo que uma questão de ordem técnica é submetida à *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB), autoridade de regulação homóloga à Comissão de Valores Mobiliários no Brasil, relativa às modalidades de renegociação do contrato.

Em 23 de agosto de 2005, a CONSOB requer às sociedades EXOR e GIOVANNI AGNELLI a publicação de um comunicado de imprensa informando sobre qualquer iniciativa tomada em relação ao vencimento do contrato de financiamento com os oito bancos. No dia seguinte, EXOR informou, com a aprovação de seu advogado Franzo Grande Stevens, que não havia iniciado nem estudado ações em relação ao vencimento do contrato de financiamento. Na sequência do comunicado de imprensa, Franzo Grande Stevens continua em tratativas com a MERRILL LYNCH INTERNATIONAL, como estratégia para viabilizar a restituição do empréstimo aos bancos no fim de setembro.

No dia 14 de setembro de 2005, a CONSOB é, finalmente e formalmente, informada das negociações em curso. No dia seguinte, a MERRILL LYNCH INTERNATIONAL celebra termo aditivo ao contrato com a EXOR, o que assegura à sociedade italiana a manutenção de sua participação de 30% no capital social da FIAT.

## **2.1. O procedimento administrativo junto à CONSOB**

Em fevereiro de 2006, o “*Bureau Insider Trading (IT)*” da CONSOB conclui em sede de inquérito administrativo, a existência de infração da legislação italiana de mercado de capitais. Mais precisamente, acusa-se EXOR, GIOVANNI AGNELLI, Gianluigi Gabetti, Virgilio Marrone e Franzo Grande Stevens de manipulação do mercado, pela difusão de informações falsas ou enganosas no setor financeiro. De acordo com o IT da CONSOB, o termo aditivo ao contrato entre EXOR e MERRILL LYNCH INTERNATIONAL já havia sido celebrado, ou estava em vias de celebração, antes da publicação do comunicado de imprensa, o que parecia configurar uma omissão

O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE:  
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência

grave dos acusados, talvez em busca de dar uma falsa representação da saúde financeira da EXOR à época. Na sequência, o IT da CONSOB transmite suas conclusões para o órgão julgante da CONSOB, encarregado de aplicar as sanções administrativas.

Em fevereiro de 2007, em continuidade ao processo administrativo, submetido à ampla defesa e ao contraditório, a CONSOB decide por aplicar severas sanções administrativas, que incluem multas pesadas e proibição temporária de administração de sociedades de capital aberto.

Em sede judicial, um ano depois da decisão da CONSOB, em janeiro de 2008, o Tribunal de Apelação de Turim confirma a decisão administrativa, mas reduz os valores das multas e o período de proibição temporária de Gianluigi Gabetti para administração de sociedades de capital aberto, que passou de seis para quatro meses. Em resumo, as multas impostas à GIOVANNI AGNELLI, EXOR e Gianluigi Gabetti foram, respectivamente, de 600 mil Euros, 1 milhão de Euros e 1,2 milhões de Euros.

## **2.2. O procedimento penal junto à justiça italiana**

Em novembro de 2008, na sequência da condenação administrativa, confirmada pelo Poder Judiciário, o caso foi encaminhado para a justiça penal italiana, haja vista que a prática ilegal em questão configurava, simultaneamente, uma infração administrativa e um ilícito penal, aos olhos da legislação italiana. Após longa disputa contenciosa, que passou pela *Corte di Cassazione*, instância judicial suprema na Itália, a justiça italiana condenou ambos Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens, também no âmbito criminal.

## **2.3. O procedimento supranacional junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

O procedimento junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), com sede na cidade de Strasbourg na França, foi iniciado por Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens. Os réus alegaram violações, por parte da Itália, das seguintes garantias individuais consagradas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>4</sup>: (i) direito a um processo justo em prazo razoável (art. 6, §1º); (ii) direito de ser informado com a

---

<sup>4</sup> O TEDH foi criado em 1959 pelos Estados-Membros do Conselho da Europa à época, com atribuição de julgar eventuais violações à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

maior brevidade de acusações e o direito a ser assistido por um advogado (art. 6, §3º, alíneas ‘a’ e ‘c’); (iii) direito de proteção à propriedade (art. 1, Protocolo nº 1); e (iv) direito de não ser julgado ou punido duas vezes (art. 4, Protocolo nº 7).

A título de exame de admissibilidade, o governo da Itália alegou que o TEDH não teria competência para apreciar o assunto, pois não se trataria de matéria penal. No entanto, o TEDH refutou o argumento, alegando que as sanções impostas pela Itália, apesar de serem qualificadas como administrativas, possuem natureza penal em razão da severidade das penas impostas.

Em relação ao direito a um processo justo em prazo razoável, o TEDH entendeu, por unanimidade, no sentido de violação à Convenção, por parte da Itália, pelo fato de não ter ocorrido uma audiência pública, no âmbito da CONSOB, antes da decisão final administrativa. É interessante notar que houve um amplo debate envolvendo o desenho institucional da CONSOB, que comporta um órgão técnico de investigação e um tribunal composto por membros com mandato. Este aspecto não foi considerado uma violação da Convenção, o que corrobora pela legalidade de autoridades administrativas com este desenho – como é o caso da CVM no Brasil, bem como diversas autoridades da concorrência, como o próprio CADE, a Autoridade da Concorrência em Portugal, a *Autorité de la concurrence* na França, entre outros. Destacou-se o fato de seus órgãos judicantes serem compostos por membros de notório saber, com mandato, além das decisões serem passíveis de revisão perante o Poder Judiciário.

O direito de ser informado com a maior brevidade de acusações e o direito a ser assistido por um advogado também foram invocados pelos réus como violação de garantias previstas na Convenção. Neste ponto, o debate se concentrou em estabelecer se o advogado Grande Stevens deveria ou não figurar no polo passivo do processo. Isto porque ele atuou na qualidade de advogado durante os aspectos societários e contratuais que deram origem à investigação da CONSOB, jamais tendo participado na qualidade de administrador das companhias. Em sua decisão, o TEDH esclareceu que a qualidade de administrador não constitui um elemento da infração administrativa, desconsiderando este argumento e chancelando, neste aspecto, todo o processo administrativo italiano.

Argumentou-se, ainda, a proteção da propriedade, supostamente violada pelas elevadas multas impostas pela justiça italiana. No entanto, o TEDH considerou que havia base legal no direito italiano para o patamar das multas impostas. Ademais, a proibição da difusão de informações falsas ou enganosas no mercado financeiro teria o propósito de garantir a integridade do próprio mercado financeiro e manter a confiança

O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE:  
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência

do público nas transações financeiras, o que constituiria um objetivo maior de interesse geral. Neste sentido, o Tribunal refutou também o argumento de uma possível violação da Convenção neste particular.

Por último, chegou-se ao argumento principal – que foi acolhido pelo TEDH – que toca o direito de não ser julgado ou punido duas vezes, o que se denomina tradicionalmente por princípio de *non bis in idem*. De acordo com o art. 4 do Protocolo nº 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 22 de novembro de 1984:

Art. 4º - Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.
2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se fatos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento.
3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção.

Em sede de preliminares, o Governo italiano alegou que este dispositivo não teria aplicação, pois o país teria optado por uma reserva legal, de modo a afastar a aplicação desta garantia. Ocorre que a técnica das reservas deve ser específica, sendo vedadas as reservas de ordem genéricas nos termos da própria Convenção.<sup>5</sup> Isto permitiu ao TEDH desconsiderar a reserva italiana para o caso concreto, pois não há qualquer referência explícita à natureza das infrações administrativas da CONSOB. Assim sendo, admitida a natureza sancionatória do direito administrativo italiano, o Tribunal Europeu entendeu que ambos os processos, administrativo e criminal, se basearam na mesma conduta, para a aplicação de sanções, o que seria proibido pela Convenção.

---

<sup>5</sup> Art. 57º - Reservas. 1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura desta Convenção ou do depósito do seu instrumento de ratificação, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral. 2. Toda a reserva feita em conformidade com o presente artigo será acompanhada de uma breve descrição da lei em causa.

Quanto ao debate no mérito, o Governo italiano alegou que a prática da dualidade, administrativa e criminal, é secular na Itália, além de presente em outros países europeus, como França e Alemanha. Ademais, as sanções não teriam tido objeto a mesma infração, pelo que o argumento de *non bis in idem* não mereceria sustento. Para tanto, argumentou-se que apenas no âmbito criminal se exige o dolo, não sendo suficiente uma mera conduta negligente, imprudente ou imperita. Ademais, apenas neste âmbito se exigia a capacidade das informações falsas ou enganosas produzirem uma alteração significativa no mercado financeiro, além de ser a única via a possibilitar uma eventual pena privativa de liberdade. Por fim, sustentou-se também que a lei italiana permite ao juiz penal de considerar a sanção administrativa na aplicação da pena, eventualmente reduzindo a última, de modo a tornar ambas proporcionais às violações cometidas.

Apesar destas alegações, o TEDH entendeu, por unanimidade, que se tratava de uma hipótese de *bis in idem* e decidiu por anular o processo penal italiano e observar que novas investigações penais não sejam abertas contra os réus a respeito dos mesmos fatos. A título de sucumbência, o TEDH impôs ao Governo italiano o pagamento, para cada um dos réus, do montante de 40 mil Euros, além de 10 mil Euros por danos morais.<sup>6</sup>

### 3. A evolução do debate na União Europeia

O caso “Grande Stevens” é paradigmático em razão da solução que foi oferecida, por unanimidade, pela mais alta Corte de Direitos Humanos da Europa. No entanto, o debate que toca a legalidade do sistema de dualidade – administrativo e criminal – já havia sido apresentado no âmbito europeu. Destacam-se precedentes nacionais, como também supranacionais no âmbito do próprio TEDH e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A posição francesa pode ser considerada tradicional, pois está sedimentada desde fins da década de 1980. Na ocasião, o *Conseil constitutionnel* deixou clara sua

---

<sup>6</sup> Os elevados valores arbitrados a título de sucumbência e danos morais foram alvo de críticas da doutrina europeia, sobretudo por ter sido aplicada pelo mais alto tribunal de direitos humanos na União Europeia e os réus serem pessoas acusadas por crimes financeiros. Cf. Nicolas Rontchevsky. “Application du principe *non bis in idem* à la Double sanction des abus de marché : les droits de l’Homme sont-ils ‘irrêls’?”. *Bulletin Joly Bourse*. Paris, junho de 2014.

O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE:  
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência

posição pela constitucionalidade do regime de cumulação de penas administrativas e penais. Em decisão envolvendo justamente a legislação de mercado de capitais e a autoridade administrativa encarregada de sua aplicação (COB), o tribunal constitucional francês afirmou: “*sans qu’il soit besoin de rechercher si le principe dont la violation est invoquée a valeur constitutionnelle, il convient de relever qu’il ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives*”<sup>7</sup>. Desta maneira, optou-se por uma interpretação restritiva do princípio de *non bis in idem*, em favor, portanto, do sistema secular existente na França e outros países da Europa continental.

No âmbito supranacional, destaca-se o caso *Aklagaren vs. Hans Akerberg Fransson*, no terreno do direito tributário, mais precisamente no âmbito do imposto sobre valor agregado. O cidadão Hans Åkerberg Fransson, pescador sueco, foi condenado em ambas esferas, tributária e criminal, por declarações falsas em relação a impostos devidos. O TJUE entendeu que não houve violação do princípio *non bis in idem*, pois este apenas se aplicaria caso ambas as sanções fossem revestidas de caráter penal – o que não foi verificado nesta relação concreta envolvendo o direito tributário e o direito penal. O Tribunal foi claro na tentativa de estabelecer os critérios para qualificar uma sanção como tendo natureza penal: “*The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence, and the third is the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned is liable to incur*”<sup>8</sup>. Destaca-se o último critério, que diz respeito à natureza e ao grau de severidade da penalidade em que a pessoa se sujeita, como forma de determinar a natureza penal da sanção administrativa.

No caso *Franz Fischer vs. Austria*, o TEDH desenvolveu entendimento sobre o que considera “mesma infração” para efeito de interpretação do texto da Convenção. Nesta ocasião, desenvolveu a ideia de infrações com os mesmos “*éléments essentiels*” para fazer esta distinção.<sup>9</sup> No caso *Sergueï Zolotoukhine vs. Russia*, o mesmo Tribunal entendeu que a vedação de investigar ou julgar por motivo de uma mesma infração aplica-se desde que a segunda infração tenha origem em fatos idênticos ou fatos que “*en*

---

<sup>7</sup> Decisão do *Conseil constitutionnel*, de 28 de julho de 1989, déc. n° 89-260 DC. Tradução livre do autor: “sem que seja necessário buscar o valor constitucional do princípio objeto de possível violação, parece oportuno destacar que o princípio não se aplica no caso de acúmulo de sanções penais e administrativas”.

<sup>8</sup> Processo n° C-617/10 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, parágrafo 35. Tradução livre do autor: “O primeiro critério é a classificação legal da ofensa nos termos da legislação nacional, o segundo é a própria natureza da ofensa, e o terceiro é o tipo e o grau de severidade da penalidade em que a pessoa está sujeita”.

<sup>9</sup> Processo n° 37950/97 do TEDH, de 29 de maio de 2001.

*substance*” sejam os mesmos.<sup>10</sup> De acordo com este precedente, a questão-chave não é identificar se os elementos constitutivos das infrações, nos âmbitos administrativo e penal, são ou não idênticos; mas determinar se os fatos reprovados se referem à mesma conduta, assim considerada sob o ângulo do conjunto dos aspectos fáticos que deram ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais.

Em suma, o cenário atual da discussão foi elevado para outro patamar com a decisão do TEDH no caso “Grande Stevens”. No meio jurídico europeu, já se fala na possibilidade de “fórum shopping” entre as instâncias administrativas e criminais de um mesmo país, como forma de receber apenas a potencial sanção mais branda, considerando a possível invalidação da segunda sob o argumento do princípio de *non bis in idem*.<sup>11</sup>

#### 4. Os impactos da decisão na Europa e no mundo

Apesar de recente, a decisão do TEDH sobre o caso italiano tem gerado repercussões na Europa. O professor francês STÉPHANE TORCK ironiza a resistência dos tribunais superiores na França em reconhecer a incompatibilidade do atual regime francês com os postulados da Convenção Europeia de Direitos Humanos, fazendo referência, com certo tom de deboche, a uma *mort annoncée* deste sistema.<sup>12</sup> Na mesma linha, JÉRÔME CHACORNAC afirma que o caso “Grande Stevens” antecipou o inevitável, no sentido da necessidade de transformação do modelo repressivo francês no terreno de infrações no mercado de capitais.<sup>13</sup> Em perspectiva mais ampla, acadêmicos da Universidade de Harvard falam em “sacudida” das regras de mercado de captais como consequência da decisão do TEDH.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Processo nº 14939/03 do TEDH, de 7 de junho de 2007.

<sup>11</sup> Cf. Laura Atherton; e Gabriela da Costa. “Double jeopardy: ECHR findings in market manipulation case Grande Stevens and others v. Italy”. *Thomson Reuters Accelus*. Londres, 15 de agosto de 2014. Disponível em: [www.klgates.com](http://www.klgates.com) (acessado em 20.08.2014).

<sup>12</sup> Cf. Stéphane Torck. “Chronique d’une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation : cumul des sanctions pénales et administratives”. *Droit des sociétés*. nº 5, commentaire 87. Paris, maio de 2014.

<sup>13</sup> Cf. Jérôme Chacornac. “Interprétation du principe *non bis in idem* confirmée par la Cour de Strasbourg : la fin annoncée de la double répression des infractions boursières”. *Bulletin Joly Bourse*. Paris, abril de 2014.

<sup>14</sup> Cf. June Rhee. “European Court of Human Rights Shakes Insider Trading Rules”. *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*. Cambridge, 2014. Disponível em: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2014/04/13/european-court-of-human-rights-shakes-insider-trading-rules/> (acessado em 20.08.2014).

O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE:  
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência

Independente da posição adotada em favor ou contra o sistema de cumulação de penas administrativas e criminais, verifica-se que o modelo do direito administrativo sancionador está presente em outros Estados-Membros da União Europeia, como é o caso da Alemanha, da França, de Portugal e da Espanha. Isto gera preocupações importantes, que merecem a atenção do mundo jurídico, pois estas evoluções tendem a ser sentidas em países de mesma tradição jurídica, como o Brasil e outros tantos que basearam seus ordenamentos jurídicos nos sistemas da Europa continental.

Além disso, os impactos podem perfeitamente ser transpostos a outros tipos de processos administrativos sancionadores, como os que tratam de matéria concorrencial, pois o debate principal de fundo diz respeito à caracterização da violação do princípio *non bis in idem*, independente do seu terreno de aplicação (mercado de capitais, fiscal, concorrencial, etc.).

Para melhor avaliar estes impactos, uma análise separada dos dois componentes do princípio – o *bis* e o *idem* – pode ser desenvolvida, de modo a buscar antecipar como o assunto seria aplicável a outras searas do direito administrativo sancionador, seja na Itália, onde a decisão tem efeito direto, seja em outras jurisdições. Afinal, são estes dois vetores – da dupla imposição de sanção (*bis*) e da identidade da conduta (*idem*) – que deverão ser avaliados para fins de verificação de eventual violação do princípio *non bis in idem*. No entanto, considerando as diferentes gradações na interpretação destes componentes, esta tarefa não é tão fácil quanto pode parecer à primeira vista.

#### **4.1. A dupla imposição de sanção (*bis*)**

No campo da dupla imposição de sanção, que remete ao componente “*bis*” do princípio, o debate sobre a natureza do direito administrativo sancionador ganha um contorno especial. O aspecto central da discussão é saber qual a relação deste com o direito penal.

No Brasil, o direito administrativo sancionador é objeto de relevantes discussões na doutrina, pois guarda semelhanças com o direito penal, ainda que estes sejam considerados ramos jurídicos distintos. Dentre as diferenças, destaca-se que as sanções no âmbito penal são personalíssimas, enquanto na seara administrativa as sanções, como no caso de multas, podem atingir os sucessores do infrator, como herdeiros ou empresas adquirentes. Em relação aos sujeitos, o direito penal é, em regra, restrito às pessoas

físicas, enquanto o direito administrativo tolera aplicação a ambas as pessoas físicas e jurídicas. Em matéria de culpabilidade reside talvez a maior diferença, pois o direito administrativo admite a responsabilidade objetiva, independente de culpa, enquanto no terreno penal a culpa em sentido amplo (dolo, imprudência, negligência ou imperícia) aparece como elemento essencial na configuração da responsabilidade do infrator.<sup>15</sup>

As peculiaridades do direito administrativo sancionador impõem cautelas especiais. Isto porque, apesar de ser considerado ramo distinto do direito penal, o direito administrativo sancionador é considerado um braço do direito punitivo estatal, com origens no poder de polícia, ainda que possua certa flexibilidade na sua aplicação, como assinala FABIO MEDINA OSORIO.<sup>16</sup> Neste sentido, alguns princípios tradicionais do direito penal ganham relevo no terreno do direito administrativo sancionador, como é o caso da aplicação de lei posterior mais benéfica ao administrado, além dos princípios gerais processuais consagrados constitucionalmente, como o do devido processo legal, da ampla defesa e do direito ao contraditório. Os precedentes administrativos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) confirmam estes dizeres na prática.<sup>17</sup>

A análise do caso “Grande Stevens” e de outros precedentes europeus confirma que o direito administrativo sancionador pode ter sim um caráter penal, a depender da severidade das sanções impostas pela Administração Pública. Isto foi justamente o que ocorreu no caso italiano, cujas sanções administrativas foram consideradas de natureza penal. Destaca-se que a decisão do TEDH inova ao afirmar que os Estados-Membros da UE não têm a liberalidade de definir, por uma classificação própria e prévia, quais sanções são de natureza administrativa e quais são de natureza penal, de modo a excluí-las da aplicação do princípio de *non bis in idem*.<sup>18</sup> O que será analisado é o condão da sanção administrativa imposta, sendo seu grau de severidade um aspecto determinante

---

<sup>15</sup> Dentre outros, ver: Othon de Azevedo Lopes. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 223 e ss.

<sup>16</sup> Cf. Fábio Medina Osorio. *Direito administrativo sancionador*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp; 156 e ss.. Ver também: André Marques Gilberto. *O processo antitruste sancionador*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2008. pp. 9 e ss.

<sup>17</sup> A título de referência, seguem alguns precedentes do CADE: Processo Administrativo nº 08012.002381/2004-76, Processo Administrativo nº 08012.009834/2006-57, Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12, Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 e Auto de Infração nº 08700.007907/2013-47.

<sup>18</sup> Cf. também Francesca Petronio, Marilena Hyeraci e Massimo Contesso. “The ‘*ne bis in idem*’ principle among international treaties and domestic rules: the recent case law of the European Court of Human Rights on Italy”. *Paul Hastings - Stay Current*, 2014. Disponível em: <http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=1943e169-2334-6428-811c-ff00004cbded>.

O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE:  
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência

desta análise. Desta maneira, surge a necessidade de um cuidado especial, por parte da autoridade administrativa, na dosagem das sanções quando da aplicação de remédios administrativos, sob risco destas sanções serem consideradas de natureza penal e, portanto, passível de incidência do princípio de vedação do *bis in idem* em relação a eventuais sanções criminais.

Este parece ser um aspecto-chave da decisão do TEDH, pois até então países como a França e Itália se escusavam da aplicação do princípio no campo administrativo sob o argumento da tradição secular dos processos administrativos sancionadores em ambos os sistemas jurídicos, que permitiam aos tribunais nacionais categorizarem as infrações administrativas como não-penais.

#### **4.2. A identidade substancial dos fatos sancionados (*idem*)**

O outro componente essencial do princípio diz respeito ao *idem*, ou seja, à identidade do fato ou conduta passível de condenação. No caso “Grande Stevens”, a Itália argumentou que não se tratava do mesmo fato, portanto não passível de incidência do princípio *non bis in idem*. Alegou-se que a infração administrativa não exigia culpa, por ser caso de responsabilidade objetiva, enquanto no campo penal era necessária a verificação de dolo, negligência, imprudência ou imperícia para configuração do ilícito. Além disso, o governo italiano buscou fazer distinção na redação normativa da infração administrativa e do ilícito penal. Isto porque apenas no campo penal exige-se que a informação falsa seja capaz de provocar uma alteração sensível no valor das ações negociadas na bolsa de valores, conforme transcrição comparativa abaixo:

##### ***Capo II - Sanzioni penali***

###### *Art. 185. Manipolazione del mercato*

*1. Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milion.*<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Cf. Decreto legislativo n° 58, de 24 de fevereiro de 1998, da Itália. Tradução livre do autor: “Capítulo 2. Sanção penal. Art. 185. Manipulação de mercado. 1. Qualquer pessoa que divulgue notícias falsas, ou proceda a operações simuladas, ou empregue outros artifícios objetivamente suscetíveis de provocar uma

### Capo III - Sanzioni amministrative

#### 187-ter. Manipolazione del mercato

1. Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro centomila a euro venticinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari.<sup>20</sup>

Pela comparação dos textos normativos, percebe-se que a tipificação do ilícito é, de fato, distinta. No entanto, qual deve ser o critério para preencher o requisito *idem* do princípio? A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabelece o direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelas jurisdições do mesmo Estado “por motivo de uma infração” (art. 4, §1º) pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva. Ou seja, o *idem* diz respeito a uma mesma infração. As duas infrações destacadas acima, uma no âmbito criminal e outro no âmbito administrativo, constituem a mesma infração? É este o ponto-chave no caso “Grande Stevens” para verificação do componente *idem*, o qual foi crucial para a decisão no sentido de violação do princípio de *non bis in idem*. O TEDH assentou de vez o entendimento de que o *idem* se refere ao conjunto de circunstâncias fáticas que deem ensejo a duas condenações de natureza penal. No caso concreto analisado, tratou-se da “veiculação de informações falsas ou enganosas”. Este foi o fato sobre o qual incidiu a aplicação de ambos os dispositivos da legislação italiana – o art. 185 e 187-ter do decreto legislativo n.º 58, de 1998.

---

modificação sensível no valor dos instrumentos financeiros é punido de uma reclusão de um a seis anos e de multa de vinte milhões a cinquenta milhões de Euros”.

<sup>20</sup> Cf. Decreto legislativo n.º 58, de 24 de fevereiro de 1998, da Itália. Tradução livre do autor: “Capítulo 3. Sanção administrativa. Art. 185. Manipulação de mercado. 1. Sem prejuízo das sanções penais quando a conduta constitui uma infração, é punida de uma sanção administrativa de cem mil a vinte milhões de Euros, quem, por qualquer canal de informação, inclusive pela internet ou outro meio, veicular informações, notícias ou falsos indícios ou enganosos de natureza a fornecer indicações falsas ou enganosas a propósito de instrumentos financeiros”.

## 5. Considerações finais

O caso “Grande Stevens” pode representar um divisor de águas no estudo do direito administrativo sancionador, pelo menos na União Europeia. O TEDH decidiu, pela primeira vez, invalidar um processo criminal, incluindo as sanções criminais impostas, por conta de sanções administrativas, de teor punitivo, aplicadas anteriormente sobre a mesma conduta ilícita. Para chegar a esta solução, o Tribunal europeu entendeu que houve violação do princípio *non bis in idem* – o *bis* ocorreu por considerar as sanções administrativas de natureza penal e o *idem* por se referirem a mesma conduta ilícita.

É latente o impacto que a decisão traz para as atuais regras do mercado de capitais na Itália e nos demais 28 Estados-Membros da União Europeia. É também significativo os impactos que a decisão pode trazer para outros terrenos do direito administrativo sancionador, inclusive a defesa da concorrência, pois os fundamentos jurídicos são gerais e aplicáveis indistintamente ao ramo do direito administrativo sancionador. As sanções impostas a práticas anticompetitivas, por exemplo em casos de cartel, costumam incidir sob a mesma conduta – um acordo ilícito entre concorrentes. É por esta razão que as autoridades da concorrência da União Europeia estão acompanhando, com especial atenção, os impactos da decisão do caso “Grande Stevens” na esfera de suas competências. De acordo com a atual linha de entendimento do TEDH, bastará a caracterização das sanções administrativas como sendo de natureza penal para que o todo sistema secular da cumulação de sanções administrativas e criminais seja posto em xeque.

No Brasil, o debate também merece atenção especial, considerando o diálogo necessário entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Ademais, parece evidente a influência dos sistemas da Europa continental no desenho da responsabilidade administrativa brasileiro, pelo que qualquer transformação no modelo europeu pode gerar desdobramento, em menor ou maior prazo, no regime adotado no Brasil. Ademais, o caso também é provocativo no sentido que traz digressões importantes a respeito de outros aspectos dos sistemas administrativos tradicionais na Europa continental e presente no Brasil. Apesar de ter sido voto vencido, dois membros do Tribunal de Strasbourg manifestaram preocupações sobre o desenho institucional de

alguns países, onde existiria acumulo das funções de instrução, de acusação e de julgamento, em particular na França através da figura do *juge d'instruction*.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Cf. votos apartados dos juízes Isil Karakas e Paulo Pinto de Albuquerque, p. 57 e ss. Ver também: Olivia Dufour: “L’affaire Grande Stevens sonne la fin de la double répression des abus de marché”. *Petites affiches*. n.º 86. Paris, abril de 2014.

O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE:  
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência

## 6. Referências Bibliográficas

ATHERTON, Laura; e COSTA, Gabriela da. “Double jeopardy: ECHR findings in market manipulation case Grande Stevens and others v. Italy”. *Thomson Reuters Accelus*. Londres, 15 de agosto de 2014. Disponível em: [www.klgates.com](http://www.klgates.com) (acessado em 20.08.2014).

CHACORNAC, Jérôme. “Interprétation du principe *non bis in idem* confirmée par la Cour de Strasbourg : la fin annoncée de la double répression des infractions boursières”. *Bulletin Joly Bourse*. Paris, abril de 2014.

DUFOUR, Olivia. “L’affaire Grande Stevens sonne la fin de la double répression des abus de marché”. *Petites affiches*. nº 86. Paris, abril de 2014.

GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2008.

LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PETRONIO, Francesca; HYERACI, Marilena; e CONTESSO, Massimo. “The ‘*ne bis in idem*’ principle among international treaties and domestic rules: the recent case law of the European Court of Human Rights on Italy”. *Paul Hastings - Stay Current*, 2014. Disponível em: <http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=1943e169-2334-6428-811c-ff00004cbded> (acessado em 20.08.2014).

RHEE, June. “European Court of Human Rights Shakes Insider Trading Rules”. *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*. Cambridge, 2014. Disponível em: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2014/04/13/european-court-of-human-rights-shakes-insider-trading-rules> (acessado em 20.08.2014).

TORCK, Stéphane. “Chronique d’une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation : cumul des sanctions pénales et administratives”. *Droit des sociétés*. n.º 5, commentaire 87. Paris, maio de 2014

VIGANO, Francesco. “Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva”. *Diritto Penale Contemporaneo*. Milão, 8 de julho de 2014. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (acessado em 20.08.2014)

**Complementaridade entre agente regulador e autoridade da concorrência: o caso do sistema financeiro.**

Priscilla Tardelli Tollini<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente artigo analisa como evoluiu o debate sobre o conflito positivo de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – autoridade da concorrência – e o Banco Central do Brasil (Bacen) – autoridade reguladora do sistema financeiro – no que tange a fusões entre instituições financeiras. Partindo da relação existente entre a regulação antitruste e a regulação do sistema financeiro, passa-se a uma perspectiva do caso concreto que alavancou a discussão no Brasil, para depois analisar e comparar os modelos adotados por diversas jurisdições.

Palavras-chave: concorrência; fusões; bancos; sistema financeiro nacional; conflito de competência; agência reguladora.

**ABSTRACT**

This article analyzes the development of the debate on the conflict of jurisdiction between the Administrative Council for Economic Defense (Cade) – Brazilian antitrust authority – and the Brazilian Central Bank (Bacen) – banking regulatory agency – regarding mergers between banks. Starting from the perspective of the existing interface between antitrust and financial regulation, the article then explores the concrete case that gave rise to the discussion in Brazil, and subsequently compares the models adopted by a variety of jurisdictions.

Key-words: competition; mergers; banks; financial system; conflict of jurisdiction; regulatory agency.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Estagiária do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Email: [pttollini@gmail.com](mailto:pttollini@gmail.com).

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. A interface entre regulação antitruste e regulação do sistema financeiro 3. A evolução do debate no Brasil e a recente decisão do STF 4. O controle das fusões bancárias em outras jurisdições 5. Considerações finais 6. Referências Bibliográficas

## **1. Introdução**

Há mais de dez anos perdura na justiça brasileira controvérsia sobre quem possui a competência para analisar atos de concentração que envolvam instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN): o Cade, o Banco Central ou ambos. Em 09.06.2014, decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que negou seguimento ao Recurso Extraordinário nº 664.189/DF interposto pelo Cade gerou um impasse para a autarquia. Em vista dessa decisão, o presente artigo visa abordar inicialmente a interface entre regulação bancária e regulação antitruste, para depois fazer uma retrospectiva do caso concreto que alavancou essa discussão no Brasil. Numa abordagem de direito comparado, passa-se a analisar como outras jurisdições ao redor do mundo lidam com esse imbróglio, buscando, ao final, eleger uma solução que atenda tanto às exigências concorrenciais e quanto às regulatórias.

## **2. A interface entre regulação antitruste e regulação do sistema financeiro**

Ao final dos anos 1990, em decorrência do processo de privatização de determinados serviços básicos, antes sob o comando exclusivo do Estado, surgiram as agências reguladoras, entidades cujas principais funções – fiscalização, edição de normas, aplicação de sanções e resolução de disputas entre empresas – são típicas de Estado. Diante de tais transformações vividas pelo Estado, houve a necessidade de mudança de paradigma administrativista e, conseqüentemente, a substituição dos princípios que o constituíam.

Até então, a atividade regulatória se pautava mais pelos interesses do ente estatal – incumbido de prestar serviços em regime de monopólio – do que pelos interesses gerais da coletividade ou dos consumidores<sup>2</sup>. Com a mudança de paradigma, novos princípios passaram a ganhar destaque, como o da modicidade das contraprestações

---

<sup>2</sup> MARQUES NETO, 2000, p. 77.

devidas pelos usuários na fruição de um serviço público e o da universalidade do serviço público, nítida manifestação do princípio da igualdade.

A privatização, além de transferir a titularidade para exploração de certos serviços e atividades das pessoas de Direito Público para as de Direito Privado, criou um ambiente de concorrência nos setores privatizados, fazendo com que as agências reguladoras, paralelamente à atribuição de regular e fiscalizar atividades, tivessem também a atribuição de implementar e promover a concorrência, limitadas pelas competências do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)<sup>3</sup>. Carlos Ari Sunfeld destaca, contudo, que agência reguladora não é sinônimo de privatização ou vice-versa<sup>4</sup>, tanto é que existem autoridades com poderes de regulação para todos os setores, e não somente os privatizados, a exemplo dos órgãos de defesa da concorrência e os órgãos voltados ao mercado financeiro.

A partir disso, regulação e concorrência passaram a se comunicar com mais intensidade, desdobrando-se em diversas questões de cunho jurídico. O conflito de interesses entre agências reguladoras, por um lado, e autoridades antitruste, por outro, pode fazer com que, em determinadas situações, para garantir preceitos regulatórios, como a universalização do serviço público ou a higidez do sistema financeiro, se tenha que mitigar preceitos de concorrência.

A Lei Antitruste, Lei nº 12.529, de 30.11.2011, deu corpo ao princípio contido no art. 170, IV, e à determinação do art. 173, §4º, ambos da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>. A legislação antitruste contém tanto regras destinadas a disciplinar condutas dos agentes do mercado como regras voltadas ao controle das estruturas dos mercados. O Cade, autoridade antitruste brasileira, possui competência para fiscalizar se fusões e aquisições (i) implicam na eliminação da concorrência em parte substancial de um mercado relevante e (ii) criam ou reforçam uma posição dominante ou resultam na dominação de um mercado relevante de bens ou serviços<sup>6</sup>. Ao analisar um ato de

---

<sup>3</sup> NUSDEO, 2000, p. 160.

<sup>4</sup> SUNDFELD, 2000, p. 19.

<sup>5</sup> Constituição Federal de 1988. “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.” e “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 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.”

<sup>6</sup> Art. 88, §5º da Lei nº 12.529/11.

concentração, deve o Cade avaliar se a operação se adequa às normas de proteção da ordem econômica<sup>7</sup>.

A Lei nº 4.595, de 31.12.1964, além de criar o Bacen, dispôs sobre o funcionamento e competências das instituições integrantes do SFN. O Bacen, além de exercer função de autoridade monetária, também é órgão regulador do SFN. Como órgão regulador, cabe ao Bacen desempenhar tanto uma regulação prudencial, visando a proteção dos depositantes, quanto uma regulação sistêmica, garantindo a estabilidade do sistema financeiro. Portanto, diante de uma análise de ato de concentração entre bancos, o Bacen é responsável por fiscalizar se as normas reguladoras estão sendo cumpridas e, também, por verificar se existe risco sistêmico ou prudencial para a higidez do sistema financeiro e das instituições que o integram.

A diferença preponderante entre a atuação de autoridades da concorrência e de agências reguladoras é de escopo – enquanto aquelas agem sobre diversos setores da economia com um enfoque transversal, fazendo uso, por exemplo, do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal<sup>8</sup>, estas se limitam a realizar uma análise regulatória e específica sobre o seu respectivo setor. Portanto, se ambos os órgãos analisassem um mesmo ato de concentração, essas análises seriam feitas sob diferentes perspectivas – o Cade sob o enfoque concorrencial e o Bacen sob a perspectiva da higidez do sistema financeiro. A respeito disso, Sidnei Turczyn<sup>9</sup> constata que as regulações antitruste e bancária se entrelaçam, sem perderem suas identidades próprias.

O sistema financeiro, contudo, apresenta diversas peculiaridades quando comparado a outros setores, haja vista sua essencialidade na economia de um país. Por se tratar de um segmento basilar da economia, naturalmente existem mais preocupações quanto à sua preservação, exigindo-se uma criteriosa regulação desse setor pelo Estado. Segundo relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a segurança e a estabilidade do setor financeiro são cruciais para a economia,

---

<sup>7</sup> No Brasil, atualmente, devem ser submetidas à aprovação prévia da autoridade antitruste operações de concentração de empresas nas quais, no ano anterior à operação, o faturamento bruto anual no país de um dos grupos envolvidos tenha sido de R\$750 milhões e de outro grupo envolvido tenha sido de R\$75 milhões.

<sup>8</sup> Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01.08.2001. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.

<sup>9</sup> TURCZYN, 2008, p. 382.

já que o setor financeiro “está no coração de todo sistema de mercado em bom funcionamento”<sup>10</sup>.

A fim de atingir o seu principal objetivo – a preservação da solidez do sistema financeiro – a regulação bancária busca reduzir o risco sistêmico e afastar crises de confiança. Falhas no sistema financeiro podem repercutir negativamente em toda a cadeia produtiva, tornando-se indispensável uma regulação mais forte que garanta a higidez desse setor. Uma eventual falência de um banco pode envolver custos sociais maiores e mais difundidos pela sociedade do que a falência de uma empresa não financeira, afetando a economia como um todo e levando ao chamado “efeito dominó”<sup>11</sup>.

A função elementar da atividade financeira é a captação e a intermediação do crédito, aproximando investidores de tomadores. A confiança por parte dos depositantes é, portanto, fator indispensável. Segundo Sidnei Turczyn<sup>12</sup>,

"a atividade financeira se manifesta por uma série de atos distintos que, no entanto, convergem para um único objetivo: aproximar os detentores de poupança dos que necessitem de crédito, de modo a propiciar a utilização econômica dessa poupança e possibilitar o atingimento das metas de política econômica do Estado."

Assim sendo, deve o Estado, além da regulação concorrencial, realizar uma regulação prudencial, visando assegurar a credibilidade e a solidez do sistema financeiro. Cassiano Alves Negrão, citando Jairo Saddi<sup>13</sup>, aponta três razões em prol da regulação da atividade financeira: (i) proteger o consumidor do risco desmedido de uma crise bancária; (ii) garantir a eficiência, higidez e solidez do sistema financeiro ao aumentar a transparência nas operações bancárias e reduzir custos de transação e informação; e (iii) garantir que não haja competição predatória ou monopolística. Dessa forma, são defendidos três pontos de vista – o do consumidor, o sistêmico e o da concorrência.

---

<sup>10</sup> OCDE, 2011, p. 9.

<sup>11</sup> “O colapso de um banco fundamental pode ter um efeito dominó que leva a uma perda generalizada de confiança no sistema financeiro. Os riscos tornam-se sistêmicos, colocando em perigo todo o sistema bancário e criando a possibilidade de uma recessão severa.” (OCDE, 2011, p. 10), tradução livre de “*The collapse of one key bank may have a domino effect that leads to widespread loss of confidence in the financial system. The risks become systemic, endangering the whole banking system, and creating the possibility of a severe recession*”.

<sup>12</sup> TURCZYN, 2005, p. 57.

<sup>13</sup> SADDI, Jairo. *Crise e regulação bancária: navegando mares revoltos*. São Paulo: Textonovo, 2001.

Antes de o conflito positivo de competência entre Cade e Bacen surgir no mundo jurídico, ao menos quatro casos<sup>14</sup> relativos a aspectos concorrenciais no sistema financeiro foram analisados e julgados pelo Cade, sendo que em nenhum deles foi decidido pela desconstituição de ato de concentração aprovado pelo Bacen.

### 3. A evolução do debate no Brasil e a recente decisão do STF

O debate sobre o conflito positivo de competência entre o Cade e o Bacen surgiu com a compra do Banco de Crédito Nacional (BCN) pelo Banco Bradesco, em dezembro de 1997. Por envolver a aquisição de controle de uma instituição do SFN, as Requerentes, conforme os arts. 10 e 18 da Lei nº 4.595/64, submeteram o negócio jurídico à análise do Bacen<sup>15</sup>, que aprovou a operação. As Requerentes, contudo, não apresentaram a operação ao Cade.

A aquisição de controle acionário do BCN pelo Bradesco fez com que o grupo Bradesco passasse a ter participação na *joint venture* BCN Alliance Capital Management S.A. (BCN Alliance), constituída em 02.06.1997 pelo BCN e pela Alliance Capital Management Corporation of Delaware com o intuito de gerenciar fundos de investimentos e carteiras administradas. A participação do grupo Bradesco na BCN Alliance, por meio do BCN, levou a uma concentração horizontal nos mercados onde a *joint venture* atuava.

Em 20.10.2000, o Ministro da Fazenda solicitou a audiência do Advogado-Geral da União sobre parecer da Procuradoria-Geral do Bacen acerca do conflito de competência entre o Cade e o Bacen. Após o encaminhamento de tal solicitação pelo Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, o então Consultor-Geral da União, Dr. Luiz Alberto da Silva, lavrou Parecer nº AGU/LA-01/2001, de 07.02.2001, sendo adotado posteriormente pela AGU, em 05.04.2001, no Parecer nº GM-20<sup>16</sup>, e

---

<sup>14</sup> De acordo com CAMPILONGO, 2002, *apud* NEGRÃO, 2008, no acervo da jurisprudencial do Cade constam pelo menos quatro julgamentos concernentes a aspectos concorrenciais do setor financeiro: (i) Caso Banco Francês Brasileiro S/A e Américas Finance Company Limited (Grupo Itaú); (ii) Caso Daimlerchrysler Administradora de Consórcios S/C Ltda, Starexport Trading S/A e Cim Comercial e Importação Ltda; (iii) Caso BNY International Financing Corporation e Banco Credibanco S/A e (iv) Caso Banco Santander Central Hispano S/A.

<sup>15</sup> O negócio jurídico foi submetido para análise do Bacen em 03.12.1997, e aprovado em 20.01.1998.

<sup>16</sup> Ementa do Parecer GM-20/AGU: “1. Consulta sobre conflito de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. 2. As posições conflitantes: Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, de um lado, e Pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e da Procuradoria do CADE e estudo do Dr. Gesner Oliveira, de outro. 3. O cerne da controvérsia.

aprovado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso na mesma data. O entendimento da AGU foi que,

“[...] à luz da legislação vigente, a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o Cade.”<sup>17</sup>

O referido Parecer, que respaldou a tese de que só o Bacen tem competência para analisar esse tipo de operação, é dotado de efeito vinculante para toda a Administração Federal – nesta incluídos Cade e Bacen, conforme a Lei Complementar nº 73/93<sup>18</sup>.

Em 12.04.2001, foi apresentado ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) ato de concentração<sup>19</sup> de desfazimento da *joint venture* BCN Alliance. Por meio dessa operação, tomou-se conhecimento, pela análise dos autos, da operação de aquisição de controle do BCN pelo Bradesco, que não fora até então apresentada ao SBDC. Apesar de constatar que, na prática, tal aquisição não gerou impactos anticoncorrenciais no mercado analisado pela operação de desfazimento da *joint venture*, o Cade entendeu que a aquisição poderia repercutir em diversos outros mercados, devendo, portanto, a operação ser apreciada por meio de submissão aos órgãos de defesa da concorrência. Dessa forma, o Cade determinou, em 29.05.2002, a apresentação da operação de aquisição de controle acionário do BCN pelo grupo Bradesco, e aplicou multa de R\$127.692,00 por intempestividade.

O BCN e o Bradesco ingressaram, então, com mandado de segurança contra suposto ato ilegal do Presidente do Cade. Na visão dos impetrantes, compartilhada pelo juiz de primeira instância, a análise de operações de aquisição de controle acionário de instituições financeiras é de competência privativa do Bacen. O Cade recorreu, e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a sentença, com base no argumento de

---

4 . Conclusão pela competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis.”

<sup>17</sup> Parecer nº AGU/LA-01/2001 (Anexo ao Parecer GM-020). Processo nº 00001.006908/2000-25. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>, Acesso em: 26.02.2014.

<sup>18</sup> Lei Complementar 73/93: “Art. 40. *Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.*”

<sup>19</sup> Ato de Concentração nº 08012.002381/2001-23.

que a Lei nº 4.595/64 (Lei Bancária) e a Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste à época) deveriam ser interpretadas e aplicadas de forma complementar<sup>20</sup>.

O BCN e o Bradesco ingressaram, então, com Recurso Especial<sup>21</sup> no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o argumento de que o Cade não poderia ter determinado, retroativamente, que a operação de aquisição fosse submetida à sua análise, visto que ela já teria sido aprovada previamente pelo Bacen.

Enquanto o caso ainda tramitava no STJ, o Cade e o Bacen propuseram de forma conjunta, em 09.12.2008, um modelo que conciliasse as competências de ambas as autarquias, no pedido de revisão administrativa do Parecer nº GM-20 da AGU. De acordo com a proposta,

“(i) os atos de concentração realizados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional devem ser submetidos inicialmente ao BCB, para apreciar, além dos demais aspectos de sua competência, se o ato de concentração afeta a confiabilidade e a segurança do sistema financeiro;  
(ii) Caso o BCB decida fundamentadamente que o ato de concentração, ou parte dele, afeta a confiabilidade e a segurança do sistema financeiro, sua decisão será terminativa, obstando-se a análise do CADE;  
(iii) Se o BCB entender que o ato de concentração não afeta a confiabilidade e a segurança do sistema financeiro, o processo, instruído com o devido parecer, será encaminhado ao CADE;  
(iv) Compete ao CADE aplicar as sanções previstas na Lei 8.884/94 por práticas que configurem infração contra a ordem econômica, inclusive no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.”<sup>22</sup>

Em 25.08.2010, os Ministros da Primeira Seção do STJ, por maioria, deram provimento ao recurso das instituições financeiras, nos termos do voto da Ministra Relatora Eliana Calmon. A argumentação da decisão foi no sentido de assegurar o princípio da legalidade em todo e em qualquer ato governamental, de forma que a decisão do administrador se pautasse sempre no que está previsto em lei.

O STJ concluiu que: (i) o SFN não pode se subordinar a dois organismos regulatórios; (ii) deve-se observar o Parecer GM-20 da AGU, que permanece em vigor e adota solução hermenêutica, vinculando toda a Administração; (iii) a competência para

---

<sup>20</sup> Trecho da ementa do acórdão: “A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira [...]”

<sup>21</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.094.218/DF*. Relatora Ministra Eliana Calmon.

<sup>22</sup> *Petição da União, Bacen e Cade no Recurso Especial nº 1094218/DF* (STJ). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/00000001.pdf>>, Acesso em: 03.04.2014.

apreciar atos de concentração envolvendo instituições integrantes do SFN é do Bacen, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei nº 4.594/64; e (iv) pelo princípio da especialidade, o conflito de atribuições deve ser resolvido a favor da norma especial – neste caso as normas relativas à regulamentação da concorrência da Lei nº 4.595/64, visto que tratam apenas do setor bancário, diferentemente da Lei nº 8.884/94.

A questão de fundo, no entanto, referente à competência para analisar atos de concentração bancários, ficou empatada – três dos ministros presentes entenderam que a competência do Bacen era exclusiva e outros três ministros entenderam que a competência deveria ser repartida entre o Bacen e o Cade, de acordo com a *expertise* de cada autarquia.

De acordo com o Ministro Mauro Campbell Marques,

“No caso que ora se analisa, penso que é possível, em tese, harmonizar a atuação de cada entidade, em deferência ao princípio da complementariedade, conforme sustentado pelo Min. Castro Meira. Dessa forma, de um lado, o Bacen investir-se-ia da competência para controlar atos de concentração de instituições financeiras na perspectiva da saúde do sistema financeiro nacional; de outro lado, o Cade ficaria responsável pela avaliação da concentração sob o aspecto concorrencial. Nada obstante, entendo que, existindo parecer normativo que deferia, à época dos fatos (e ainda hoje), a competência exclusiva para o Bacen funcionar nos atos de concentração controversos, seria no mínimo de duvidosa boa-fé por parte da Administração para com os administrados, a esta altura, impor uma *multa* em razão de condutas tomadas à revelia do Cade. Aqui, não há como deixar de acolher as conclusões da Min. Eliana Calmon, relatora.”

Diante disso, o Cade interpôs Recurso Extraordinário<sup>23</sup> no STF. A decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, contudo, negou-lhe seguimento, alegando a suposta falta de questão constitucional a ser dirimida pela Suprema Corte, na medida em que as questões deduzidas no recurso interposto referiam-se tão somente a disposições contidas na legislação infraconstitucional, cuja reapreciação é inadmissível na via extraordinária.

Em agosto de 2014, o Cade interpôs Agravo Regimental com o intuito de reformar a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso, argumentando que o debate deve ter solução lastreada em princípios e regras da Constituição.

Ao longo do trâmite do conflito positivo de competência entre Cade e Bacen na justiça brasileira, houve alguns casos de concentração entre instituições financeiras. A

---

<sup>23</sup> Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 664.189. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento 09 de junho de 2014.

exemplo disso, destaca-se o Caso Finasa<sup>24</sup>, que consistiu na aquisição, em 22.11.2000, de 26% do total de ações do capital social da Brasmetal Industrial S/A, empresa holding do Grupo Finasa, pela Zurich Brasil Seguros S/A. Em 20.06.2001, a Conselheira Relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva votou pela incompetência do Cade de analisar operações de concentração entre instituições financeiras, com respaldo no Parecer nº AGU/LA-01/2001, remetendo, assim, os autos ao Bacen. O Conselheiro Celso Campilongo pediu vista, e votou pela aprovação da operação sem restrições, sendo acompanhado pela maioria do Conselho, que decidiu pela competência do Cade para apreciar atos de concentração conduzidos no mercado de serviços de seguros, no âmbito de instituições financeiras.

O então Conselheiro Campilongo pronunciou-se no sentido de que

“a competência do BACEN para autorização das instituições financeiras “a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas” (artigo 10, inciso X, letra “c”, da Lei 4.595/64), não pode ser confundida com a competência do CADE de apreciar tais atos, com fundamento no artigo 54 da Lei 8.884/94, posteriormente à aprovação pelo BACEN, sendo que a primeira forma de controle (exercida pelo BACEN) se dá com base em aspectos específicos do setor financeiro, e a segunda forma de controle (exercida pelo CADE) se dá sob o prisma da defesa da concorrência.”<sup>25</sup>

Destaca-se também, dentre outros casos, a fusão entre os bancos Itaú e Unibanco. Tendo em vista que a fusão ocorreu em meio ao conflito de competência entre Cade e Bacen, as instituições financeiras apresentaram a operação para ambas as autarquias. A operação foi aprovada pela Diretoria Colegiada do Bacen em 18.02.2009, sob o argumento de que a iniciativa contribuía para a solidez do SFN na conjuntura do mercado financeiro internacional à época. O Bacen, contudo, sob a ótica da concentração no SFN, entendeu necessário vincular a aprovação da operação à observância de compromissos de desempenho, a fim de que se compartilhasse com a sociedade os ganhos de eficiência gerados pela operação.

A operação foi apresentada ao SBDC em 24.10.2008<sup>26</sup>, com a ressalva feita pelas Requerentes de que apenas os aspectos concorrenciais relativos aos serviços não-financeiros prestados por essas instituições deveriam ser analisados pelo SBDC, haja visto que o impacto da operação, inclusive concorrencial, estava sob análise no Bacen.

---

<sup>24</sup> *Ato de concentração nº 08012.006762/2000-09.*

<sup>25</sup> *Voto do Conselheiro Celso Campilongo no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09.*

<sup>26</sup> *Ato de concentração nº 08012.011303/2008-96.*

A Secretaria de Acompanhamento Econômico, em Parecer de 18.12.2009, ressaltou que a operação estava condicionada à aprovação do Bacen, em virtude da legislação aplicável às instituições financeiras, conforme Parecer nº GM-20 da AGU. Ao final da análise, a fusão entre Itaú e Unibanco foi aprovada sem restrições pelo Cade, à luz do voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan.

#### **4. O controle das fusões bancárias em outras jurisdições**

A interação entre regulação bancária e regulação antitruste pode se concretizar através de diversos modelos, a depender do posicionamento político do legislador em cada ordenamento estatal. De acordo com Gesner de Oliveira<sup>27</sup>, a interação entre as autoridades antitruste e os órgãos reguladores de cada setor ocorre em um dos seguintes modelos: (i) isenção antitruste, no qual não há interferência dos órgãos antitruste, e as normas concorrenciais, quando cabíveis, são aplicadas exclusivamente por órgãos de regulação setorial; (ii) competências concorrentes, no qual tanto a autoridade reguladora como a autoridade da concorrência opinam sobre questões concorrenciais; e (iii) competências complementares, no qual o controle técnico e prudencial é feito com exclusividade pelos órgãos reguladores e a defesa da concorrência é feita pela autoridade da concorrência.

Na maioria dos países desenvolvidos, fusões que envolvem instituições financeiras estão sujeitas ao aval tanto da autoridade da concorrência quanto da autoridade de regulação financeira<sup>28</sup>. Cada país possui as suas peculiaridades quanto ao escopo de atuação e quanto à influência da decisão de cada uma dessas agências para o resultado final da operação. A tese de competências complementares tem sido a mais adotada mundialmente<sup>29</sup>, porquanto visa harmonizar as funções a serem exercidas por ambas as autoridades.

A fim de melhor explorar a temática no âmbito do direito comparado, apresenta-se tabela no Anexo I, elaborada por meio de estudo direto na legislação e em contato com autoridades estrangeiras, a fim de exemplificar como ocorre a interação

---

<sup>27</sup> OLIVEIRA, 2002.

<sup>28</sup> OCDE (2000). *Mergers in Financial Services*. p. 10.

<sup>29</sup> De acordo com uma tabela apresentada por Oliveira (2002), p. 153, de um total de 22 jurisdições analisadas, 10 adotam o modelo de competências complementares entre a autoridade da concorrência e os reguladores bancários.

entre a autoridade da concorrência e o órgão regulador financeiro em dez diferentes jurisdições. Destaca-se que, de todas as jurisdições aqui analisadas, apenas a Costa Rica adota um regime semelhante ao proposto pelo STJ, e, em última instância, pelo STF, no qual apenas a decisão do órgão regulador do sistema financeiro é vinculante. Em todas as outras jurisdições sob análise, observa-se que há uma complementaridade entre a atuação da autoridade da concorrência e da autoridade de regulação financeira em operações de concentração entre bancos. Vale lembrar que as autoridades da concorrência detêm competências exclusivas para a aplicação de medidas contra práticas anticoncorrenciais no sistema financeiro.

Nos Estados Unidos, por exemplo, cabe à autoridade antitruste analisar aspectos concorrenciais e ao banco central analisar aspectos tanto concorrenciais como regulatórios<sup>30</sup>. Quando uma instituição bancária deseja adquirir outra instituição bancária, submete-se a operação primeiro à autoridade de regulação financeira, que depois a envia para a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DoJ, uma das autoridades da concorrência) para uma análise mais apurada das questões concorrenciais. Ao proferir a decisão final, a autoridade reguladora deve levar em consideração o posicionamento do DoJ; caso insatisfeito com a decisão final da autoridade reguladora, o DoJ pode recorrer ao Poder Judiciário.

Segundo Robert S. Schlossberg<sup>31</sup>, a legislação de fusões bancárias estadunidense<sup>32</sup> permite que autoridades reguladoras bancárias aprovelem operações mesmo que sejam anticompetitivas, caso acreditem que os efeitos anticompetitivos advindos da operação sejam compensados pelo interesse público, na medida em que a transação possivelmente venha a atender à necessidade e conveniência da comunidade.

No Reino Unido, caso as autoridades de regulação financeira deliberem que determinada fusão no setor bancário possa vir a prejudicar a estabilidade no setor financeiro<sup>33</sup>, há a possibilidade de se emitir um parecer endereçado ao Secretário de Estado a fim de que este tome as devidas providências de acordo com o interesse público. Assim, o Governo britânico possui a prerrogativa de afastar a incidência da

---

<sup>30</sup> *Bank Merger Competitive Review – Introduction and Overview* (1995). Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/6472.htm>>, Acesso em: 18.02.2014.

<sup>31</sup> SCHLOSSBERG, Robert S. *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*. ABA Book Publishing. Section of Antitrust Law.

<sup>32</sup> Conhecido como *The Bank Merger Act* (Seção 18(c) do *Federal Deposit Insurance Act*). Disponível em: <<https://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/1000-2000.html#fdic1000sec.18c>>.

<sup>33</sup> SEELY, Antony. *Takeovers: the public interest test*. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN05374/takeovers-the-public-interest-test>>, Acesso em 20.02.2014.

legislação concorrencial em certos casos, bastando uma fundamentação de interesse público<sup>34</sup>.

Um caso exemplificativo no qual o governo britânico fez uso de sua prerrogativa de afastar preceitos concorrenciais com base no interesse público ocorreu em 2008, em meio à crise financeira mundial, quando o banco Lloyds TSB anunciou que iria comprar o banco HBOS – uma operação que criou o quarto maior banco britânico à época<sup>35</sup>, com 22 milhões de clientes. Nesse caso, o Secretário de Estado afirmou que o interesse público de assegurar a estabilidade no sistema financeiro do Reino Unido ultrapassou qualquer preocupação concorrencial levantada pelas autoridades antitruste<sup>36</sup>. O jornal BBC<sup>37</sup> destacou que uma transação desse porte, em situações normais, não teria sido aprovada pelas autoridades da concorrência, mas que a falência do HBOS teria fortes impactos negativos na economia do Reino Unido.

Na França, por outro lado, a *Autorité de la Concurrence*, autoridade antitruste francesa, ao analisar uma fusão no setor bancário, recebe um parecer não-vinculante da autoridade de regulação financeira, com o intuito de esclarecer determinados aspectos operacionais do mercado envolvido na operação, visto que este mercado é sujeito a uma regulação específica<sup>38</sup>. Portanto, no modelo francês a palavra final sobre fusões entre instituições financeiras compete à autoridade da concorrência.

Já na Costa Rica, apenas a autoridade de regulação financeira é a responsável por analisar atos de concentração entre instituições financeiras. Desde 2008<sup>39</sup>, o regime costarricense fixa uma das poucas exceções – se não a única – ao modelo de competências complementares adotado por diversos países. À autoridade da concorrência, cabe apenas a emissão de um parecer não-vinculante. Contudo, caso a

---

<sup>34</sup> *Explanatory Memorandum to the Enterprise Act 2002 (Specification of Additional Sectional 58 Consideration) Order 2008*. Disponível em:

<[http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/2645/pdfs/ukxiem\\_20082645\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/2645/pdfs/ukxiem_20082645_en.pdf)>, Acesso em: 20.02.2014.

<sup>35</sup> Ver reportagem do *The Telegraph*:

<<http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/2991736/Lloyds-TSB-HBOS-merger-What-it-really-means-for-us-all.html>>. Acesso em: 20.09.2014.

<sup>36</sup> Para mais informações sobre questões concorrenciais concernentes à operação Lloyds TSB/HBOS, ver SMITH, Louise. *The Lloyds-TSB and HBOS Merger: Competition Issues – Commons Library Standards Note*. 2008. Disponível em:

<<http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN04907/the-lloydtsb-and-hbos-merger-competition-issues>>. Acesso em: 20.09.2014.

<sup>37</sup> Ver reportagens do *BBC UK*:

<<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/7622180.stm>>. Acesso em: 20.09.2014.

<sup>38</sup> *Autorité de la concurrence. Merger Control Guidelines*. Disponível em:

<[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld\\_mergers\\_final.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_mergers_final.pdf)>, Acesso em: 21.02.2014.

<sup>39</sup> Na Costa Rica, a Lei Reguladora do Mercado de Seguros, Lei nº 8.653, de 1º de julho de 2008, alterou a Lei nº 7.472, Lei de Defesa da Concorrência, no que tange à relação entre a autoridade antitruste e as autoridades reguladoras financeiras.

autoridade de regulação financeira decida não acolher o parecer da autoridade antitruste, deverá motivar a sua decisão<sup>40</sup>. Desde a implementação desse novo modelo até o ano de 2012, houve cinco concentrações financeiras na Costa Rica<sup>41</sup>.

## 5. Considerações finais

Pode-se extrair que a recente decisão da justiça brasileira abre mais uma exceção no direito comparado quanto à competência para análise de atos de concentração que envolvam instituições do SFN. Caso a tese defendida pelo STJ prevaleça no longo prazo, caberá privativamente ao Bacen – com toda a sua *expertise* de agência reguladora do sistema financeiro – apreciar tais tipos de operação, nos moldes da Lei nº 4.594/64.

Se na maioria dos outros países – e mesmo dentro do Brasil, em outros setores regulados – é adotado um modelo de cooperação entre a autoridade da concorrência e a agência reguladora do sistema financeiro, surge o questionamento sobre quais são os possíveis efeitos advindos de um modelo no qual apenas uma delas possui competência para analisar atos de concentração bancários.

Uma solução que se adequaria tanto às preocupações prudenciais quanto às concorrenciais seria aquela proposta pelo Cade e Bacen no pedido de revisão do Parecer nº GM-20 da AGU, enquanto o caso tramitava no STJ. Nesse modelo, pautado pela repartição de competências, o Bacen preserva a sua atribuição de aprovar atos de concentração que possam afetar a higidez e o bom funcionamento do sistema financeiro. Contudo, em casos que não haja risco de segurança para o sistema financeiro, a matéria deve ser encaminhada ao Cade para que este possa fazer uma adequada análise concorrencial.

---

<sup>40</sup> De acordo com a Lei nº 8.653 da Costa Rica, “Corresponde a las superintendencias la obligación de autorizar, previamente, las cesiones de carteras, fusiones, adquisiciones, cambios de control accionario y demás procesos de concentración definidos en esta Ley, que sean realizados por las entidades bajo su supervisión. Recibida la solicitud de autorización, las superintendencias deberán consultar a la Comisión para Promover la Competencia en relación con los efectos que dichos procesos de concentración puedan tener sobre el nivel de competencia. La opinión de la Comisión deberá ser rendida en un plazo máximo de quince días hábiles, contado a partir de la solicitud de la Superintendencia. Dicha opinión no es vinculante, sin embargo, la Superintendencia deberá motivar su resolución en caso que decida apartarse de tal opinión.”

<sup>41</sup> SAGOT, 2013, p. 29. Em 2008, houve as concentrações entre Cuscatlán/UNO e Citibank/Cuscatlán; em 2010, entre Grupo Aval de Colômbia/BAC Credonatic; em 2012, entre Citibank/CMB de Costa Rica e Davivienda/HSBC.

Entende-se que, nesses moldes, o sistema brasileiro de controle de fusões bancárias possibilitaria que cada autoridade cumprisse a sua função primordial – a do Bacen, de perquirir a estabilidade do sistema financeiro, e a do Cade, de garantir a proteção da ordem econômica.

**Anexo 1**

<b>Controle de Fusões no Sistema Financeiro (2014)*</b>			
<b>Jurisdicção</b>	<b>Autoridade da Concorrência</b>	<b>Autoridade de Regulação Financeira</b>	<b>Comentários</b>
<b>Austrália</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios e concorrenciais	O <i>Reserve Bank of Austrália</i> (Banco Central) e o <i>Australian Prudential Regulation Authority</i> precisam considerar questões concorrenciais em sentido amplo no seu processo decisório.
<b>Costa Rica</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios	Desde 2008, o Banco Central é responsável por analisar fusões entre bancos. A autoridade da concorrência pode emitir um parecer não-vinculante.
<b>EUA</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios e concorrenciais	Em geral, quando uma instituição bancária procura adquirir outra instituição bancária, ela submeterá o pedido à autoridade federal de regulação financeira para aprovação da transação. O pedido é enviado para a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça ( <i>DoJ</i> – autoridade da concorrência) para uma revisão das questões concorrenciais, que devem ser consideradas pela autoridade

			reguladora, em sua decisão de aprovar ou não o pedido de fusão bancária. Não obstante, o DoJ poderá sempre desafiar ( <i>challenge</i> ) a fusão perante o Judiciário, tal como ocorre com fusões em outros setores.
<b>França</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios	Desde 2003, o Banco Central emite um parecer não-vinculante para a autoridade da concorrência.
<b>Índia</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios	O Governo tem a prerrogativa de excluir a aplicação das regras concorrenciais em determinadas fusões de bancos, bastando para tanto uma “avocação” com fundamento no interesse público.
<b>Itália</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios	Em 2005, a autoridade da concorrência obteve poderes para aplicar regras concorrenciais aos bancos. Atualmente, um Memorando de Entendimento definiu os padrões de cooperação entre o Banco Central e a autoridade da concorrência. Na prática, o Banco Central emite um parecer não-vinculante para a autoridade da concorrência.
<b>Portugal</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios	O Banco Central emite um parecer não-vinculante para a autoridade da concorrência.
<b>Rússia</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios e concorrenciais	De acordo com a legislação russa, qualquer autoridade, incluindo o Banco Central, deve observar a legislação concorcencial no curso de suas atividades regulatórias. Contudo, a

			autorização da fusão é responsabilidade da FAS (autoridade da concorrência).
<b>Reino Unido</b>	Aspectos concorrenciais	Aspectos regulatórios	O Governo tem a prerrogativa de excluir a aplicação das regras concorrenciais em determinadas fusões de bancos, bastando para tanto uma “avocação” com fundamento no interesse público.
<b>União Europeia</b>	Aspectos concorrenciais	Não aplicável	A maioria das fusões bancárias recai sobre a competência nacional dos Estados-Membros.

\*Tabela elaborada por meio de estudo direto das legislações e contato com autoridades estrangeiras.

## 6. Referências Bibliográficas

BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário nº 664.189/DF*. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento 09 de junho de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+664189%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cpx9xzc>>, Acesso em 05.08.2014.

BRASIL. STJ. *Recurso Especial nº 1.094.218* (2008/0173677-1 – 12/04/2011). Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=915164&num\\_registro=200801736771&data=20110412&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=915164&num_registro=200801736771&data=20110412&formato=PDF)>.

Acesso em: 30.10.2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

HELLWIG, Guilherme Centenaro. *A relação entre o Direito da Concorrência e a Atividade Bancária no Âmbito da União Européia*. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Volume 2 – Número 2, Dezembro 2008.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

NEGRÃO, Cassiano Luiz Crespo Alves. *Defesa da concorrência e regulação no sistema financeiro*. 2008. Disponível em:

<[http://www.aslegis.org.br/aslegisoriginal/images/Estudos-Academicos-monografias/Monografia\\_versao-ASLEGIS-13092010\\_Cassiano.pdf](http://www.aslegis.org.br/aslegisoriginal/images/Estudos-Academicos-monografias/Monografia_versao-ASLEGIS-13092010_Cassiano.pdf)>. Acesso em: 20.09.2014.

*Complementaridade entre agente regulador e autoridade da concorrência: o caso do sistema financeiro.*

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *A regulação e o direito da concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

OCDE (2011). *Competition Issues in the Financial Sector*.

OCDE e IDB (2010). *Competition Law and Policy in Brazil: A peer review*.

OCDE (2000). *Mergers in financial services*.

OCDE (1998). *Relationship between Regulators and Competition Authorities*.

OCDE (1998). *Enhancing the role of Competition in Regulation of Banks*.

OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da concorrência e regulação no setor bancário*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SAGOT, Miguel A. Loría. *El Sistema Financiero Costarricense en los Últimos 25 años: estructura y desempeño*. San José: Academia de Centroamérica, 2013. Disponível em: <<http://www.academiaca.or.cr/wp-content/uploads/2014/03/MOMOGRAFIA-1-Loria-CARTA2-final.pdf>>, Acesso em: 20.09.2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SCHLOSSBERG, Robert S. *Mergers and Aquisitions: Understanding the Antitrust Issues*. ABA Book Publishing. Section of Antitrust Law.

SILVA, Leandro Novais e. *Direito Bancário: regulação e concorrência*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

TURCZYN, Sidnei. *O sistema financeiro nacional e a regulação bancária*. São Paulo: RT, 2005.

## **Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos**

Simone Maciel Cuiabano<sup>1</sup>  
Tainá Leandro<sup>2</sup>  
Glauco Avelino Sampaio Oliveira<sup>3</sup>  
Paula Bogossian<sup>4</sup>

### **RESUMO**

O objetivo deste trabalho é revisar a literatura corrente sobre aplicação de filtros quantitativos (*screening*) para identificação de cartéis, rever a aplicação para alguns casos no Brasil e fazer proposições para sua implementação. Filtros econômicos podem ser definidos como métodos de análises estatísticas para identificar padrões anômalos ou pouco prováveis em um mercado com equilíbrio competitivo. Portanto, mensuram o risco de colusão de mercados ou setores específicos e detectam comportamentos suspeitos dos agentes desses mercados. A literatura atual aponta para duas abordagens complementares: filtros econômicos estruturais e comportamentais. Os primeiros levam em conta características gerais dos mercados como: i) fatores de demanda (estabilidade, tendência, elasticidade-preço); ii) fatores de oferta (existência de simetria de custo, capacidade ociosa, homogeneidade de produto); e iii) fatores setoriais (concentração e poder de mercado, barreiras regulatórias e naturais, transparência ou opacidade). Já os filtros comportamentais debruçam-se sobre o comportamento de empresas específicas, analisando suas transações. Para o caso brasileiro, destacamos alguns casos de filtros aplicados em averiguações de denúncias feitas pelo Cade, como o filtro econômico aplicado nos casos de denúncias de cartel em revendas de combustíveis, em moagens de trigo, entre os produtores de tijolos para a construção civil, no mercado de pedras britadas e em licitações públicas. Espera-se que essa revisão contribua para o desenvolvimento de estudos aplicados à realidade nacional, com conseqüente melhora na repressão a cartéis.

Palavras-chave: cartel; filtros quantitativos; literatura. JEL: L41; L51; K21.

### **ABSTRACT**

The objective of this paper is to review the current literature on the application of quantitative filters (*screening*) to identify cartels, to present some applications by the Brazilian Competition Authority (Cade) and to make proposals for their effective implementation. Economic filters can be defined as methods of statistical analysis to identify anomalous or unlikely patterns in a competitive market. The current literature points to two complementary approaches: structural and behavioral. The first one takes into account general characteristics of markets such as: i) demand factors (stability, trend, price elasticity); ii) supply-side factors (existence of symmetry of cost, excess of capacity, homogeneity); iii) sector factors (concentration and market power, natural and regulatory barriers, transparency). Behavioral screening is about the behavior of specific companies. We highlight some cases of screening in investigations by Cade, such as:

---

<sup>1</sup> Doutora em Economia pela Universidade de Brasília. Economista-adjunta do Departamento de Estudos Econômicos do Cade. [simone.cuiabano@cade.gov.br](mailto:simone.cuiabano@cade.gov.br).

<sup>2</sup> Doutoranda em Economia pela Universidade de Brasília. Exerceu o cargo de Economista-Chefe do Departamento de Estudos Econômicos do Cade em 2013. Atualmente, atua como Coordenadora de Estudos Regulatórios e Concorrenciais da Ancine. [taina.leandro@ancine.gov.br](mailto:taina.leandro@ancine.gov.br).

<sup>3</sup> Doutor em Economia Política pela University of Southern California. Coordenador do Departamento de Estudos Econômicos do Cade. [glauco.oliveira@cade.gov.br](mailto:glauco.oliveira@cade.gov.br).

<sup>4</sup> Aluna de Graduação em Economia na Universidade de Brasília. Estagiária do Departamento de Estudos Econômicos do Cade. [paula.bogossian@cade.gov.br](mailto:paula.bogossian@cade.gov.br).

fuel reseller; milling wheat; producers of bricks for construction; crushed stone; public tenders. We expect this review contributes to the development of studies applied to the Brazilian reality, with consequent improvement in repression of cartels.

Key-words: cartel; screening; literature.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Revisão da literatura internacional; 2.1. Filtros para fraudes em licitações; 2.2. Filtros baseados em informações de preços e custos; 2.3. Filtros baseados na análise de *market share*; 2.4. Filtros matemáticos; 3. Revisão da literatura no Brasil; 4. Aplicação de filtros em casos concretos; 4.1. Pedra britada; 4.2. Licitações de produtos químicos para o tratamento de água; 4.3. Mercado de farinha de trigo e silicato de sódio; 5. Considerações finais e propostas para aprimorar a aplicação no Brasil; 6. Referências Bibliográfica

## **1. Introdução**

A identificação de cartéis tem sido um desafio para as autoridades de concorrência do mundo todo. Como meio de aumentar as denúncias de cartel, diversas agências antitrustes adotaram programas de leniência, em que os denunciantes recebem imunidade no julgamento do caso ao auxiliarem as autoridades a construir casos promissores. No entanto, os acordos de leniência possuem limitações, pois além de manter as agências em uma posição reativa, costumam delatar cartéis pouco estáveis, que já estão próximos do momento de ruptura. Assim, aqueles cartéis lucrativos e mais bem sucedidos, possivelmente, não serão delatados, pois as empresas beneficiárias teriam menos incentivos a procurar as autoridades. Dessa forma, políticas eficientes de repressão a cartéis precisam considerar métodos proativos de identificação, sendo os filtros econômicos uma opção adicional para as autoridades.

A proposta dos filtros é identificar os mercados nos quais haja suspeita de cartéis para uma posterior análise minuciosa das indústrias envolvidas. De fato, a maior disponibilidade de dados permite que a análise econômica seja útil para discriminar os mercados competitivos dos colusivos. Essa filtragem pode envolver a análise de padrões de preços, custos e fatores que interfiram na demanda, além de outras variáveis que permitam a distinção entre o comportamento concorrencial e o colusivo.

O desenvolvimento da literatura de filtros quantitativos tem contribuído para as autoridades de concorrência a iniciar investigações de cartel, na medida em que fornecem indícios adicionais que podem ser utilizadas para convencer o judiciário da existência de um acordo colusivo. Tal fato é especialmente importante tendo em vista que as operações de busca e apreensão, essenciais para colher evidências concretas sobre o acordo, só podem ser realizadas, caso o judiciário autorize a entrada das autoridades nas empresas investigadas. Destaca-se ainda que, assim como nos Estados Unidos, a condenação de um cartel no Brasil só é possível se houver provas diretas que

apontem a atividade coordenada da indústria, ou se houver o chamado “paralelismo *plus*”- quando os encontros entre concorrentes, somados aos fatos econômicos, são entendidos como evidências de um acordo colusivo. Assim, o uso de técnicas de filtro de cartel pode contribuir para que as autoridades de concorrência iniciem investigações em setores onde não haja denúncias, ou ainda, apresentar evidências econômicas em casos que existam apenas provas indiretas de cartel.

Apesar de já haver uma vasta agenda de pesquisa na literatura internacional, ainda existem poucos exemplos de análise de filtros no Brasil. Destacam-se as pesquisas de Vasconcelos e Vasconcelos (2005), que desenvolvem uma metodologia para obter indícios de atos colusivos no setor petroquímicos; e a metodologia de filtro no mercado de combustíveis, utilizada em casos concretos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade (Ragazzo e Silva, 2006). O Cade tem aplicado alguns filtros em casos concretos; todavia, torna-se crucial o envolvimento da academia para a construção de novos testes para a identificação precoce de cartéis.

Destarte, o objetivo deste trabalho é fazer uma revisão da literatura corrente sobre aplicação de filtros para identificação de cartéis, levantar casos utilizados pelo Conselho e propor sugestões para aplicação. O trabalho está dividido, junto com esta introdução, em cinco partes: a segunda sessão apresenta um resumo sobre a literatura internacional, separando os filtros em dois tipos, os estruturais e os comportamentais; a sessão seguinte faz uma revisão sobre a literatura no Brasil; a quarta sessão apresenta alguns exemplos de filtros usados em casos concretos; a última sessão sugere proposta para aprimorar a aplicação de filtros no Brasil. O anexo apresenta alguns casos aplicados na literatura internacional, que podem ser replicados no Brasil, como agenda futura para pesquisa. Espera-se que este trabalho contribua para o desenvolvimento de estudos de combate a cartéis, com conseqüente melhora no sistema de repressão e prevenção a esse tipo de infração econômica, além de promover uma agenda de pesquisa para que a academia também possa contribuir para a aplicação desses filtros investigativos.

## **2. Revisão da literatura internacional**

Filtros são testes estatísticos desenhado para identificar setores onde existem maior probabilidade de problemas de concorrência e as empresas possivelmente envolvidas em uma conspiração. Esses filtros envolvem a aplicação de ferramentas quantitativas utilizando dados geralmente disponíveis, como preços ou lances em licitações, custos ou reservas de mercado, no intuito de identificar padrões nos dados que são altamente improváveis ou anômalos. De um modo geral, os filtros de conluio podem empregar qualquer uma das duas estratégias.

Há vários tipos de sugestões de filtros utilizados na literatura internacional. Um deles é o que procura por eventos improváveis, como em caso de fraudes em cassinos. Por exemplo, a probabilidade de um jogador em Las Vegas fazer uma aposta vencedora na roleta é de aproximadamente 0,5 por cento. Durante seu turno, um funcionário da roleta pode ver um punhado de jogadores ganhar cinco ou até sete vezes seguidas. No entanto, a probabilidade de ganhar vinte vezes seguidas é de cerca de um em um milhão. Se um supervisor vê isso ocorrer, ele pode não ser capaz de provar que fraude ocorreu, mas ele seria bem aconselhado a acompanhar de perto esse jogador. Para identificar um cartel, tal metodologia pode ser utilizada para observar, por exemplo, lances de empresas em uma licitação. É provável que participantes de um certame apresentem propostas semelhantes. No entanto, dificilmente apresentariam propostas iguais em sete ou oito dígitos, sem que tivessem se coordenado previamente. Esse exemplo serve para ilustrar a ideia de filtros de cartel, que buscam observar eventos que são altamente improváveis no mercado, a menos que as empresas do setor tenham coordenado suas ações.

Outro tipo de filtro usa o conceito de um grupo de controle para identificar padrões anômalos nos dados. O exemplo dado por Abrantes-Metz e Bajari (2009) é o "clube de concreto" nos Estados Unidos. Segundo os autores, na década de 80, o crime organizado em Nova Iorque operou um cartel que fraudava propostas de contratos de mais de US\$2 milhões. Durante este período, o preço do concreto foi 70% maior em Nova Iorque do que em outras cidades do país. O preço do concreto em outras cidades onde não havia suspeita de conluio serviu como grupo de controle para avaliar os preços em Nova Iorque. Embora os preços de muitos bens e serviços sejam sempre maiores em Nova Iorque, comparados à outras regiões dos Estados Unidos, em nenhum dos setores

havia uma diferença tão absurda como nesse mercado. Os preços anômalos em relação aos de mercados de controle sugerem um problema de concorrência.

Harrington Jr. (2005 e 2008) apresenta um trabalho seminal para o entendimento de como detectar os cartéis. O autor divide os métodos de detecção de cartéis em dois: a abordagem estrutural -que identifica mercados com características favoráveis à colusão; e a abordagem comportamental (*behavioral*) - que envolve analisar as formas pelas quais as firmas se coordenam e observar o resultado final da coordenação (por exemplo, movimentos paralelos ou um aumento inexplicável nos preços).

Para fins de organização, separamos essa seção conforme a aplicação de filtros encontrada na literatura internacional.

## **2.1. Filtros para fraudes em licitações**

Há uma gama de testes aplicados na literatura internacional para identificar grupos de cartel em licitações públicas. A facilidade de colusão nessa atividade é maior devido à homogeneidade dos bens/serviços licitados, além de haver uma preocupação adicional pelo fato de que os gastos do governo são uma fonte importante para a manutenção da atividade econômica, alcançando uma média mundial de 15% do Produto Interno Bruto (PIB)<sup>5</sup>.

Parte da literatura é baseada na análise de eventos improváveis, como o caso de filtro foi ilustrado em dois artigos por Robert Porter e Douglas Zona (1999). Os autores examinaram um conjunto de propostas apresentadas pelos processadores e distribuidores aos contratos de fornecimento de leite escolar em Ohio entre 1980 e 1990. Porter e Zona argumentaram que os custos de uma licitante poderia ser facilmente explicado por um pequeno número de variáveis facilmente observáveis, incluindo principalmente o preço do leite cru e os custos de transporte. Reconhecendo que a concorrência neste mercado é localizada, devido aos custos de transporte, os autores construíram modelos econométricos simples de oferta em função dos custos (refletido na distância entre uma escola pública e a localização do licitante, por exemplo) e poder de mercado local (controlado pelo variáveis que medem as localizações das empresas concorrentes).

---

<sup>5</sup> Dados da OCDE, 2008.

Outro exemplo de trabalho que busca identificar comportamentos improváveis é o de Tukiainen (2008), que analisa leilões para serviços de limpeza de neve na Finlândia. Este trabalho procura criar um teste para verificar se a participação de um licitante afeta a decisão de participação de outros licitantes. No cenário competitivo, a identidade dos concorrentes não deve afetar a decisão de participação, uma vez que os contratos leiloados são idênticos e os licitantes são simétricas. O autor observa que, como o serviço é sazonal, ele é tipicamente uma atividade secundária das empresas, que usam esses equipamentos em outras atividades do ano, ou alugam os equipamentos. No caso de uma empresa menos eficiente, o custo de prestação do serviço deveria ser mais alto, gerando um lance que não ganharia o leilão. Observando o comportamento esperado das participantes do leilão, o autor consegue observar a existência de cartel no setor.

Ainda sobre coordenação de agentes em um cartel, há outros exemplos de filtros, baseados em grupos de controle, que pretendem estimar o quanto bem um lance reflete o custo de produção. Atos colusivos, em geral, atenuam a relação entre o valor da proposta e os custos, fazendo com que os vencedores tenham margem de lucro acima da taxa competitiva. Bajari e Yeo (2009) examinaram propostas por parte dos empreiteiros em construção de rodovia na centro-oeste americano durante a década de 90. Três das empresas em sua amostra foram condenadas por conspiração na última década. Assim, os autores utilizaram os lances para um tipo de reparação de estradas conhecido como revestimento de vedação, avaliando a relação entre os preços das propostas vencedoras e as estimativas de custos feitas pelos departamentos de rodovias estaduais antes de ocorrer a licitação. Observou-se que a relação entre as propostas vencedoras e as estimativas de custo, baseadas nas distâncias e na capacidade produtiva, foi de aproximadamente igual a um. Esse padrão sugere que os lances para este tipo de serviço nessa região dos Estados Unidos eram comparáveis às ofertas de outros mercados. Os autores tomaram isso como uma evidência positiva de que a maioria das ofertas no mercado era competitiva.

## **2.2. Filtros baseados em informações de preços e custos**

Outro tipo de exercícios de filtros observados na literatura internacional avalia a variância dos preços, tendo em vista que mercados colusivos costumam ter menor volatilidade e não respondem, na mesma velocidade do que mercados competitivos, a

choques nas variações de custos. Aqui citamos os exercícios feitos para o mercado de varejo de gasolina e de negociações de preço de metais, ambos de Rosa Abrantes (2006 e 2007).

No primeiro trabalho, que visa analisar o comportamento de preços de postos de gasolina na Filadélfia (Abrantes e demais, 2006), os autores propõem um filtro com base em uma busca por regiões (*clusters*) de variações muito altas e/ou muito baixas nos preços entre os postos de gasolina dentro de uma única área metropolitana. A motivação para o filtro surgiu a partir da observação do comportamento dos preços e do custo durante e após a queda de uma ação fraudulenta que envolvia a venda de filetes de peixe congelados para o Centro de Apoio Pessoal da Filadélfia entre 1987 e 1989. Durante a investigação, observou-se que os preços de conluio são menos voláteis e menos sensíveis a choques de custos que os preços competitivos. Dessa forma, um cartel pode ser pensado como um colchão que atenua choques de custos antes de passá-los para o preço, reduzindo assim sua variação.

Os dados revelaram quatro padrões distintos que foram consistentes com os modelos teóricos de cartéis : (i) houve uma quebra estrutural na série de preço quando o cartel desabou, marcada por uma queda brusca; (ii) o preço médio foi maior durante o conluio do que durante a competição; (iii) os preços eram mais estáveis sob conivência do que sob concorrência; e (iv) os preços seguiram as variações nos custos de forma mais próxima sob competição do que em conluio. Os autores sugerem que essas características dos dados também podem ser usadas por autoridades antitrustes para detectar conluio. Por exemplo, a maior variação dos preços no regime concorrencial seria marcada por um filtro de variância bem concebido. A avaliação da menor variação de preço passou a ser utilizada por algumas autoridades de concorrência em todo o mundo para sinalizar o comportamento potencialmente anticompetitivo.

Já o trabalho de Abrantes (2007) busca avaliar a denúncia de conspiração de que um grupo estaria tentando baixar o preço da commodity Y no começo de 2000 e que, após a queda do grupo, os preços passaram a subir constantemente. Era possível observar uma pressão nos preços no dia em que a *commodity* era comercializada e nos dias sem negociação. A ideia do filtro, então, era observar manipulação de preços futuros e “spot” e avaliar a variabilidade e imprevisibilidade desses preços durante o período da acusação. Se houvesse manipulação, a habilidade dos agentes de mercado em prever o preço futuro da commodity estaria amplamente reduzida. Observando as

séries de preços, os picos – ou pontos fora da curva – correspondem ao período da manipulação.

Os autores observaram que a volatilidade nos erros das regressão entre as séries de preços durante o período de conluio e de não conluio eram muito semelhantes, mesmo após a inserção de variáveis de controle, como alteração na oferta e na demanda pelo metal. A tendência de queda geral nos erros foi explicado, pelos economistas das empresas acusadas, devido a uma escassez de mercadoria Y, que induziu aumentos no preço à vista em relação ao preço dos futuros e, de fato, gerou um episódio em que os preços à vista foram maiores que os preços futuros. Essa redução no preço induziu investidores a reporem os estoques pela matéria-prima e, portanto, exercendo pressão sobre os preços em preços à vista. Os autores testaram essa hipótese e observaram que as condições macroeconômicas e específicas do mercado não contribuíam para a explicação dada pelas acusadas.

### **2.3. Filtros baseados na análise de parcela de mercado (*market share*)**

Esse tipo de filtro é classificado, por Harrington (2006), como comportamental, visto que, ao contrário dos demais, que buscam detectar a possibilidade ex-ante de haver um cartel (com base no tipo de produtos, indústria, etc), aqui a preocupação é ex-post, i.e., se o cartel foi formado ou não. Observa-se, então, o impacto dessa coordenação do mercado e se as suspeitas podem emanar do padrão de preços ou das quantidades das empresas ou algum outro aspecto do comportamento do mercado. Por exemplo, se houver um movimento paralelo de preços ou um aumento inexplicável de preços. Um representante de vendas de uma empresa pode se tornar conivente suspeito porque ela é instruída para não concorrer para o negócio de alguns clientes em potencial (como parte de um esquema de repartição de clientes) ou não oferecer concessões de preços razoáveis quando os negócios podem ser perdidos para os concorrentes.

Dois filtros são sugeridos pela literatura: (i) análise de *market share* que parecem ser muito estável ao longo do tempo e (ii) se o *market share* de todas as empresas em um determinado mercado são negativamente correlacionados com o tempo. Exemplos de cartéis com acordos de participação de mercado estáveis incluem cartéis em tubos sanitários de cobre, peróxidos orgânicos, e várias vitaminas (A, E e ácido fólico, em particular). No segundo caso, sugere-se observar modelos dinâmicos de conluio. Nestes modelos, se um membro do cartel é contrária ao acordo de colusão,

ele vai precisar para compensar outros membros do cartel em períodos subsequentes. Como resultado, as ações anormalmente elevadas para uma empresa particular em um período deve ser seguido por uma redução nas ações no seguinte período.

#### **2.4. Filtros matemáticos**

Com base em leis matemáticas, como a lei de Benford<sup>6</sup>, existe uma corrente de literatura que busca avaliar a possibilidade de fraudes e cartéis. O trabalho de Abrantes e outros (2010) resume bem esse tipo de aplicação para verificar cartel em empréstimos bancários. Os autores verificam se houve, por exemplo, manipulação na Libor, durante o período de 2005 a 2008.

A Libor é formada diariamente, com base em pesquisas de taxas de empréstimos de 16 bancos, entrevistados pela *British Bankers Association*. Calculando-se a média de 8 observações medianas, eliminando-se as quatro maiores e as quatro menores taxas, os autores tentam analisar a probabilidade de ocorrência do segundo dígito. Como os bancos membros têm diferentes tamanhos, variando carteiras de ativos conforme os perfis de risco, eles participam em diferentes segmentos de mercado e, portanto, deveriam ter custos de empréstimos diferentes, i.e., as taxas de empréstimo deveriam ter probabilidades de, no máximo, a esperada pela Lei de Benford. Contudo, os autores observaram que em períodos recentes, como em 2007, as taxas da Libor diferem muito da probabilidade esperada, sugerindo uma certa preocupação quanto a sua utilização como indicador não-viesado da economia.

### **3. Revisão da literatura no Brasil**

A literatura sobre filtros de cartel e métodos econômicos para identificação de infrações à ordem econômica, no Brasil, além de pouco extensa, é setorializada. Há vários trabalhos aplicados ao setor de combustíveis, talvez pela disponibilidade de

---

<sup>6</sup> Fórmula matemática que descreve a distribuição de ocorrência de dígitos em muitos conjuntos de dados. Estudos têm demonstrado que a lei se aplica a muitos conjuntos de dados diversos, incluindo as populações das cidades, o uso da eletricidade, frequência de palavras, etc. Como a lei de Benford é um modelo que ocorre naturalmente em muitas séries de dados, violações da lei do Benford podem ser utilizados para detectar irregularidades.

dados, coletados semanalmente pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), responsável pela regulação do setor.

Ragazzo e Silva (2006) analisam diversas metodologias para detecção de cartel e sugerem uma uniformização das metodologias de busca por indícios para a ANP, o SBDC e o Ministério Público. Entre essas estão a aplicação de coeficientes de variação entre: i) os preços e a margem de revenda; ii) os preços de compra e os preços de revenda; iii) entre as margens de revenda da cidade e do Estado onde a gasolina é comercializada.

No campo da literatura empírica sobre cartel de preços de combustíveis no Brasil, Vasconcelos e Vasconcelos (2005) definiram um grupo de métodos que pode ser classificado como estrutural para separação de denúncias. O que os autores propõem é o uso de testes de cointegração para identificar se os preços de longo prazo da indústria se movem juntos; e o uso do teste de causalidade de Granger, para detectar a existência de precedência temporal na determinação dos preços e a evidência de liderança de preços. Apesar das dificuldades listadas pelos próprios autores na condução deste *screening*, seria interessante contar com este procedimento no momento de decidir se deve ou não passar para a etapa processual seguinte, de investigação da conduta<sup>7</sup>.

Os mesmos autores, em trabalho de 2009, buscam expandir a metodologia de verificação de cartel no varejo de gasolina aplicando um filtro com observações no comportamento das firmas, chamado de *ddv* (*directed divergence statistic*), que leva em conta tanto escala quanto dispersão. Este índice mede a diferença entre as distribuições dos preços de duas empresas tal qual uma distribuição  $\chi^2$  e será maior para duas séries de preços com diferentes níveis de preços médios em relação a duas séries de preços com mesmos níveis de preços médios. Associado a isto, o índice será maior para duas empresas com mesma média e diferentes dispersões, do que seria no caso de duas empresas com mesma média e dispersões similares.

---

<sup>7</sup> Harrington Jr. (2005, p.6) indica a literatura aplicada ao mercado de leilões onde são buscadas propriedades que indiquem como os preços das firmas estão relacionados (por exemplo, se são correlacionados ou independentes) ou como o preço da firma responde a choques de demanda e de custos (por exemplo, se preços caem quando custo aumenta). O método descrito pelo autor pode ser relativamente mais difícil de aplicar porque, novamente, são necessárias informações sobre custos.

#### **4. Aplicação de filtros em casos concretos**

Apesar do pouco referencial na literatura acadêmica brasileira, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) vem buscando aplicar filtros quantitativos na análise de denúncias de acordo colusivo. Para além da experiência dos filtros de combustível, apresentada anteriormente, o Cade, recentemente, tem se utilizado de análises econômicas como indícios de um acordo colusivo tanto para subsidiar pedidos de buscas e apreensão no judiciário, como para evitar maiores custos administrativos em casos de denúncias não comprovadas por indícios econômicos. Sobre esse aspecto, foram encontrados 51 processos contendo denúncias de formação de cartel em que os filtros econômicos subsidiaram a decisão final do Conselho. Desses, 47 foram arquivados após verificação econômica de baixa probabilidade de colusão, sendo 43 referentes a denúncias de cartel em revenda de combustíveis. Três casos resultaram em condenação e um em instauração de processo administrativo para investigação de conluio.

##### **4.1. Pedra britada**

Em 2005, O Plenário do Cade condenou 17 empresas de produção de pedras britadas na região metropolitana de São Paulo por comportamento característico de cartel, com multa de 20% do faturamento bruto, além de recomendar aos órgãos públicos a não realização de parcelamento de tributos federais e cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos concedidos às Representadas. A Secretaria de Direito Econômico (SDE), por meio de Nota Técnica<sup>8</sup>, elaborou um estudo contendo filtros estruturais e comportamentais relativos à indústria de britas no Brasil. Além de descrever sobre a estrutura e a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado, averiguar a existência de barreiras à entrada e capacidade ociosa, a SDE recorreu a um exercício econométrico para avaliar se o aumento de preços observado nos preços das britas em 1999 era decorrente ou não de um acordo entre os compradores.

De acordo com as empresas envolvidas, o aumento nos preços decorreu de um reflexo no índice geral de preços ao consumidor. Após deflacionar a série de preços

---

<sup>8</sup>Processo n° 08012.002127/2002-14. Parecer disponível em [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D00000522441296.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000522441296.pdf)

pelo índice nacional de preços da construção civil, mais adequado para esse tipo de produto, procedeu-se a um teste de quebra estrutural utilizando-se um vetor de correção de erros. A ideia por trás do exercício era verificar se o aumento nos preços observado no período da denúncia respondia ou não a choques observados em outras séries econômicas características da economia brasileira, como o Produto Interno Bruto (PIB), o aumento na produção civil e o aumento nos insumos utilizados pela construção civil, que justificassem um aumento na demanda e, por conseguinte, dos preços. A Secretaria observou que, nos períodos de comportamentos colusivos (durante a formação de clientes exclusivos, denominada “Bíblia” em agosto de 1999; quando houve a implantação da PAE – programa de computador onde todas as denunciadas lançavam suas vendas diárias para verificar o cumprimento do preço mínimo de vendas, em dezembro de 1999; e em março de 2000, quando o acordo de vendas combinadas foi concretizado), os aumentos nos preços não corresponderam a nenhuma outra variável econômica que justificasse o comportamento dos preços das britas. Além disso, os testes foram positivos para os períodos descritos acima. Com isso, a SDE concluiu que, além das provas diretas juntadas aos autos, havia prova econômica de que o acordo entre as concorrentes teria implicado significativo aumento de preços.

#### **4.2. Licitações de produtos químicos para o tratamento de água**

A Companhia de Saneamento do Estado do Paraná (SANEPAR) encaminhou, em 1997, representação à SDE contendo denúncia de elevação injustificada do preço do sulfato de alumínio líquido, assim como de irregularidades observadas nos quatro procedimentos licitatórios por ela realizados. As investigações envolveram seis empresas de produtos químicos que participaram de processo licitatório realizado pela Companhia e que verificaram um aumento súbito de preços entre uma licitação para a compra de sulfato de alumínio líquido realizada em 11/08/1994 e compra similar realizada em 29/08/1994 (de R\$64,90 para R\$90,00).<sup>9</sup>

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) elaborou um exercício de filtro comportamental, no qual foi verificado um aumento de 123,29% no preço do sulfato de alumínio ofertado pelas representadas nas licitações promovidas pela SANEPAR, entre os meses de abril a novembro de 1994, vez que o preço médio do

---

<sup>9</sup> Processo nº 08012.001164/97-53.

produto saltou de R\$78,37/tonelada para R\$175,00/tonelada. A questão que se colocava, segundo a SEAE, dizia respeito aos motivos que levaram as representadas a aumentarem seus preços, de forma conjunta, num curto espaço de tempo. A SEAE afirmou que a ausência de mecanismos de mercado que possam ser responsabilizados pelo aumento significativo observado no preço do sulfato de alumínio indicaria, na verdade, a prática de atos anti-concorrenciais por parte das licitantes representadas.

A SEAE concluiu que os dados analisados indicavam prática de ação concertada por parte das empresas representadas e que a elevação das margens de contribuição de todos os fornecedores, concentradas num único mês, não poderia ser considerada fruto de uma coincidência. Ressaltou, ainda, que os reajustes verificados no preço do sulfato de alumínio ofertado pelas representadas não podiam ser explicados pelo aumento dos seus custos de produção.

Com base nos indícios econômicos, a SDE abriu processo administrativo para investigação. Porém, durante a análise da conduta, verificou-se que havia falta de dados referentes aos efetivos preços de aquisição de alguns insumos referentes ao custo de produção, como da bauxita e do enxofre no ano de 1993, assim como faltavam informações acerca do preço cobrado para as referidas matérias-primas nas licitações realizadas pela SANEPAR nesse ano.

Além disso, a sazonalidade da demanda do sulfato de alumínio, alegada pelas representadas em suas defesas, poderia ser considerada um importante fator explicativo da diferença de preços observada nos certames licitatórios realizados pela SANEPAR. Isso porque a variação sazonal do consumo de água influenciaria o consumo de sulfato de alumínio, na medida em que o mesmo é extremamente utilizado no tratamento de água, sendo que, em períodos mais quentes do ano, o consumo de água aumenta e vice-versa.

Em nota, a SDE observou que, para realizar uma análise capaz de determinar o fator sazonal, seria necessária a existência de série de preços do sulfato de alumínio, assim como de dados do comportamento das empresas durante as licitações realizadas pela SANEPAR nos anos anteriores ao ano de 1994. No entanto, diante da falta de dados disponíveis, não seria possível refutar o argumento das representadas de que estariam com estoque acumulado do produto em agosto de 1994 e que o fator sazonal explicaria em grande parte a diferença de preços observada. Portanto, devido à ausência de dados, o Conselho acatou a observação de que não ficou comprovada a prática de conluio em licitação e o caso foi arquivado.

### 4.3. Mercado de farinha de trigo e silicato de sódio

Outros dois exemplos de aplicação de filtros referem-se às investigações sobre a existência de um cartel no mercado de farinha de trigo, no nordeste, e no mercado nacional de silicato de sódio. Em ambos os casos, realizou-se uma análise estrutural do mercado, de acordo com a proposta de análise estabelecida pelo precedente estabelecido Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no Ato de Concentração n.º 08012.011345/2006-65<sup>10</sup>, cuja tabela abaixo sumariza os principais pontos:

**Tabela 2 - Condições para coordenação entre empresas concorrentes**

Motivação	Atributo	Condições		
		Excelente: Cartel ou Coalizão Tácita	Possível: Cartel	Difícil: Rivalidad e
Custo de Negociação	<i>Nº de empresas</i>	Muito poucas	Diversas	Muitas
	<i>Tipo de produto</i>	Padronizado	Comparável	Diferenciado
	<i>Mudança técnica</i>	Nenhuma	Média	Intensa
	<i>Custo de produção</i>	Idênticos	Semelhan tes	Diferentes
	<i>Concentração</i>	Muito alta	Média	Baixa
Possibilidade e de Retaliação (custo de não cooperar)	<i>Frequência de vendas</i>	Alta	Média	Pequena
	<i>Transparência do mercado</i>	Grande	Médio	Ausente
Ganhos de	<i>Crescimento do</i>	Baixo	Médio	Intenso

<sup>10</sup> Envolvendo as empresas Cal Itau Participações S/A, CP Cimento e Participações, e Cia de Cimento Ribeirão Grande; a referida tabela é reproduzida em muitos dos votos emitidos no Conselho, tais como no Ato de Concentração n.º 08012.008947/2008-05.

<b>não cooperar</b>	<i>Mercado</i>			
	<i>Elasticidade preço da demanda</i>	Baixa	Média	Alta

Fonte: Voto Vogal do Conselheiro Furquim no AC 08012.011345/2006-65. Elaboração própria

Entendendo haver, nos dois casos, condições que facilitariam a existência de um cartel, o trabalho foi incorporado no pedido de busca, os quais foram deferidos pelo judiciário. Nesse caso, não apenas realizou-se uma análise estrutural, mas também foram desenvolvidas análises quantitativas no intuito de identificar indícios concretos de cartel. Especificamente, foram analisadas as variações de séries de preços da farinha de trigo no Nordeste e do seu principal insumo, o trigo, responsável por mais de 70% do custo do produto, utilizando-se como grupo de controle, as variações de preços da farinha de trigo da região sul, que apresentava características de mercado competitivo.

Foi observado que, em momentos de choques na oferta (aumento do trigo ou desvalorização cambial), havia uma convergência de preços entre as regiões. No entanto, quando os preços dos insumos voltavam a níveis mais baixos, nas cidades do Nordeste brasileiro, os produtores de farinha de trigo conseguiam manter por períodos mais longo um preço relativamente mais elevado em relação às demais regiões do país em que há reconhecidamente melhor estrutura competitiva. Tal fato poderia ser um indício de que as empresas estavam em conluio.

## **5. Considerações finais e propostas para aprimorar a aplicação no Brasil**

O desenvolvimento da literatura de filtros quantitativos tem contribuído para as autoridades de concorrência iniciarem investigações de cartel, na medida em que fornecem indícios adicionais que podem ser utilizadas para convencer o judiciário da existência de um acordo colusivo. Conforme observado na revisão de literatura, embora já exista uma vasta agenda de pesquisa no meio acadêmico internacional, os exemplos de análise de filtros no Brasil são pouco desenvolvidos no meio acadêmico. Destaca-se que a autoridade nacional de concorrência tem feito um esforço para aplicar grande parte dessa metodologia nos casos domésticos.

Apesar disso, existem grandes desafios para a agenda de pesquisa de filtros, começando pela dificuldade de disponibilização de microdados em uma série razoável de tempo. A atuação preventiva da autoridade de concorrência poderia ser feita com a aplicação de filtros comportamentais, que se utiliza de técnicas econométricas, para averiguar se os preços refletem a variação de custos esperada no setor.

Além disso, um filtro bem calibrado requer controle total de análise de custo comum e de fatores de demanda, que devem se correlacionar positivamente, principalmente no caso das licitações. Um cartel inteligente, por exemplo, pode evitar essa correlação aumentando todas as propostas de oferta em um lance público. Como aponta Friederiszick e Maier-Rigaud (2007), qualquer que seja a metodologia econômica, ou filtro quantitativo, a ser adotado em uma investigação, quatro princípios precisam ser considerados:

i) primeiramente, a metodologia precisa ter, necessariamente, potencial para detectar cartéis e prevenir a sua existência. Uma metodologia baseada em uma simples escolha aleatória, como analisar uma amostra de indústrias por ano, pode não ser eficiente, do ponto de vista de identificação. Em particular, uma metodologia eficiente precisa diminuir a probabilidade de produzir falsos positivos, ou seja, de levar a cabo investigações que não irão identificar a existência de cartéis;

ii) qualquer metodologia adotada pela autoridade de concorrência não deve ser fácil de ser burlada. Por exemplo, uma metodologia que depende de um único indicador, como medida de variação de preço em uma indústria, é mais vulnerável que uma metodologia que dependa de vários indicadores combinados. Em adicional, uma metodologia mais automatizada produz resultados mais previsíveis do que uma metodologia que deixe espaço para a discricionariedade do analista em interpretar os resultados. Por fim, outra implicação desse princípio é que a metodologia aplicada deve ser mantida, na medida do possível, sob sigilo;

iii) a(s) metodologia(s) escolhida(s) precisa considerar as capacidades e recursos da autoridade de concorrência, de uma lado, e a disponibilidade e confiança nos dados de mercado, de outro. Análises econômicas muito complexas requerem uma grande quantidade de mão-de-obra com conhecimento especializado de setores da

indústria, manipulação de grandes bases de dados e softwares rebuscados que acabam por prejudicar a capacidade de monitoramento da autoridade;

iv) qualquer metodologia adotada também precisa considerar as limitações das informações públicas disponíveis. O custo de se obter uma informação marginal com a inclusão de um indicador precisa ser balanceada com a real importância desse indicador para a análise como um todo.

Partindo do segundo item, por exemplo, a metodologia atualmente usada para detecção de cartéis em revendas de combustíveis precisa de uma análise que inclua métodos de séries de tempo e quebras estruturais, como citado em Rosa Abrantes (2006), que propõe um filtro com base em uma busca por regiões (*clusters*) de variações muito altas e/ou muito baixas nos preços entre os postos de gasolina dentro de uma única área metropolitana. A autora sugere que algumas características dos dados (como quebra-estrutural, além da análise do coeficiente de variação) também podem ser usadas por autoridades antitrustes para detectar conluio.

Espera-se, portanto, que esta revisão permita o surgimento de novas contribuições acadêmicas para o desenvolvimento de filtros específicos e análises adaptados à realidade nacional.

## **6. Referências Bibliográficas**

ABRANTES-METZ, R., FROEB, L. M., GEWEKE, J. F., TAYLOR, C. T., A Variance Screen for Collusion. *International Journal of Industrial Organization*. vol. 24, 467, 2006.

ABRANTES-METZ, R. M., SUMANTH, A., *Is the Market being Fooled? An Error-Based Screen for Manipulation*. SSRN Working Paper Series, 2007.

ABRANTES-METZ, Rosa; B A J A R I, Patrick. *Screens for Conspiracies And Their Multiple Applications*. IN Antitrust, Vol. 24, No. 1, Fall 2009; Disponível em <http://www.econ.umn.edu/~bajari/undergradiosp10/screen%5B1%5D.pdf>

ABRANTES-METZ, R., VILLAS-BOAS, SO., JUDGE, G. G., , *Tracking the Libor rate*, No 1108R, CUDARE Working Paper Series, University of California at Berkeley, Department of Agricultural and Resource Economics and Policy, 2010.

BAJARI, P., YE, L., *Competition Versus Collusion in Procurement Auctions: Identification and Testing*. Working Papers, Stanford University, Department of Economics, 2001. Disponível em <http://EconPapers.repec.org/RePEc:wop:stanec:01001>.

BAJARI, P., YEO, J., Auction Design and Tacit Collusion in FCC Spectrum Auctions. *Information Economics and Policy*, volume 21, pág. 90-100, 2009.

CADE, *Processo administrativo nº 08012.001164/97-53*. Consultado em 28/10/2014.

CADE, *Processo administrativo nº 08012.002127/2002-14*. Consultado em 28/10/2014.

CADE, *Ato de Concentração nº 08012.011345/2006-65*. Consultado em 28/10/2014.

FRIEDERISZICK, H., MAIER-RIGAUD, F., The Role of Economics in Cartel Detection in Europe, IN: *The More Economic Approach to European Competition Law*. Mohr Siebeck, 2007.

HARRINGTON JR., J. E. Detecting cartels. *Economics Working Paper, n. 526*. Baltimore: Department of Economics, Johns Hopkins University. 2005. Disponível em: < <http://www.econ.jhu.edu/pdf/papers/WP526harrington.pdf>>.

HARRINGTON, J., *Behavioral Screening and the Detection of Cartels*. EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2006.

HARRINGTON JR., J. E. *Behavioral screening and the detection of cartels*. IN: *EU Competition law and policy Workshop*, 11, 2006, Florence. Florence: Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2006, p. 1-17.

JAKOBSSON, M., *Bid Rigging Swedish Procurement Auctions*. Department of Economics, Stockholm University, Suécia, 2007.

OCDE, *Fighting Cartels in Public Procurement*. Policy Brief, Outubro de 2008.

PORTER, R. H., ZONA, J. D., Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding, 30. *RAND Journal of Economics*, 263, 1999.

RAGAZZO, C.E.J.; SILVA, R.M., *Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações*. Documento de Trabalho n. 40. Brasília: SEAE. 2006.

TUKIAINEN, J., *Participation Screen for Collusion in Auctions*. 2010. Disponível em < <http://sticerd.lse.ac.uk/seminarpapers/EI22112010.pdf>>

VASCONCELOS, S., VASCONCELOS, C., *Investigações e obtenção de provas de cartel: porque e como observa o paralelismo de conduta*. Ensaio FEE, v. 26, no. 2, 2005;

VASCONCELOS, S., VASCONCELOS, C., *Análise do comportamento estratégico em preços no mercado de gasolina brasileiro: modelando volatilidade*. Revista Análise Econômica, Porto Alegre, ano 26, n. 50, p. 207-222 setembro de 2008;

VASCONCELOS, S., VASCONCELOS, C., Ferramentas de detecção dos acordos em preços no mercado de gasolina a varejo. Anais do XXXVII Encontro Nacional da Anpec, 2009

## **The Leniency Programs and the Creation of a One-Stop Shop for Markers**

João Felipe Aranha Lacerda<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

This paper analyses the function of a marker system as well as the advantages of adopting one. Also, the paper briefly describes the Brazilian marker system. Finally, it discusses the possibility of a global “one-stop shop” for leniency markers, given the world-wide spread of leniency programs.

Key words: Marker System, Brazil, one-stop shop for leniency markers.

### **RESUMO**

O presente artigo analisa a função do sistema de senhas (marker system), bem como as vantagens em adotá-lo. Ademais, o trabalho descreve sucintamente o sistema de senhas vigente no Brasil. Por fim, é discutida a possibilidade da criação de um guichê único mundial para “markers”, considerando a difusão global dos programas de leniência.

Palavras-chave: Sistema de senhas, Brasil, guichê único mundial para “markers”.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Email: [joao.alacerda@gmail.com](mailto:joao.alacerda@gmail.com).

CONTENTS: 1. The Function and the Advantages of a Marker System 2. The Marker System in Brazil. 2.1 Brazil's Leniency Program. 2.2 How to Obtain a Marker in Brazil. 2.3 Brazilian Experience with the Marker System 3. One-Stop Shop for Leniency Markers. 3.1 The Spread of Leniency Programs. 3.2 The problems in having too many leniency programs. 3.3 How could a One-Stop Shop for Markers Help and How it Would Work? 4. References

## **1. The Function and the Advantages of a Marker System**

The marker system plays a special role within an enforcement policy to fight cartels, as sometimes a company or individual willing denounce a cartel may not have gathered all the documentation and evidence required for an ordinary leniency application. The function of a marker system is to make possible for them to claim a place in the queue even without all the required documentation for a leniency application. It is a declaration issued by the competition authority stating that someone is the first to offer cooperation and granting a period of time in which the applicant must gather all the evidence and provide all the documentation in order to perfect the marker, i.e. fulfill the requirements of the leniency application.

There are several advantages in having a marker system. First, it makes less burdensome for participants in cartels to self report. It makes the cartel more instable and tends to stimulate the race between the members of the cartel to be “first in the door”, considering that is simpler to apply for immunity or for a lenient treatment. By doing that, it discourages a “wait-and-see” corporate strategy for reporting wrongdoing to authorities. Cartels are inherently unstable and a marker system contributes to make it even more.

On the other hand, it is in the interest of the competition authority to maintain the race between the members of a cartel to apply for immunity. Thus, the time period granted to perfect the market must be short in order to stimulate the company to conduct investigations and gather all the evidences as soon as possible. Usually, competition authorities establish the maximum period of one month.

Another benefit of the marker system is that the applicant can carry out investigations and produce evidences unhurried, given that he has a guarantee from the competition authority that he is the first in the line within the granted time period. Hence,

it may have effect in the quality of the evidence provided by the applicant. In a “race scenario”, especially after a crisis of trust between the cartelists, the companies would rush to gather some evidence and the required documents just to apply for immunity before the others, not being concerned about the quality of the evidence provided. So, a marker system can lead to better evidence for the authority.

In the next section we will detail how the marker system works in Brazil. First we will provide an overview of our leniency program and then address the requirements for a marker request, the conditions and the confidentiality of the marker, as well as the time period granted by the Brazilian Competition Authority for the applicant to perfect the marker.

## **2. The Marker System in Brazil**

### **2.1. Brazil’s Leniency Program**

Since 2000, Brazil has a leniency program. It was inspired by the American program and it adopts the “winner-takes-all approach”. It is an important tool to discover and punish cartels, although the program is not restricted to cartel conduct. The scope of application also includes bid rigging and the crime of participating in a criminal organization connected to antitrust infringements<sup>2</sup>.

The leniency agreement may lead to full immunity both in administrative and criminal prosecution. It is important to note that it does not protect the beneficiary from civil liability actions brought by third parties. The authority’s decision to grant full immunity or just a penalty reduction will depend on the stage of the investigations.

According to the Brazilian Competition Law, in order to benefit from the leniency agreement, the following requirements must be fulfilled<sup>3</sup>:

- (i) The applicant must be the first to come forward and notify the practice;
- (ii) The applicant must completely cease its involvement in the infringement;
- (iii) The investigative body of the competition authority must not have enough evidence yet to ensure the conviction of the offenders and;
- (iv) The applicant must recognize his guilt in the infringement and fully cooperate with the investigation.

---

<sup>2</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Brazil’s Leniency Program: Challenges Ahead. International Bar Association 15<sup>th</sup> Annual Competition Conference. 2011.

<sup>3</sup> The requirements can be found in article 86, § 1, of the Brazilian Competition Law (Act n° 12.529/2011).

If the applicant is not eligible to immunity, either for not being the first one to apply or because the authority has already started investigating the infringement, he may still be granted a lenient treatment, by reduction of fines, depending on the extent of his cooperation. Thus, in Brazil the possibility of subsequent applicants for a lenient treatment is accepted, although it is not formally included in the leniency program, but in a settlement program<sup>4</sup>. It is important to notice that both companies and individuals can benefit from the leniency agreement<sup>5</sup>.

When the CADE's Tribunal adjudicates a case in which a leniency agreement took place, it must verify whether the applicant complied with the terms and conditions of the agreement and, if it is the case, confirm the benefit, which can be full immunity or a fine reduction.

The program has been remarkably successful so far. There are some international cases that have been initiated through a leniency agreement in Brazil, for instance the marine hoses, the refrigerating compressors and the air cargo cases. The last one is really important for CADE because it was the first case of conviction that started with a leniency application. This cartel was carried out from 2003 to 2005 and the air freight companies fixed prices and date of fuel surcharges<sup>6</sup>.

Moreover, a number of cases initiated by a leniency application have led to subsequent settlements requested by other defendants that can offer new evidences<sup>7</sup>.

In the next section we will deal with the details of the Brazilian marker system.

---

<sup>4</sup> Act n° 12.529/2011 - Art. 85. In the administrative proceedings referred to in items I, II and III of Art. 48 of this Law, Cade may obtain from the defendant a cease-and-desist commitment related to the practice under investigation or its harmful effects, if duly grounded, for convenience and at the proper time, and if it understands that it complies with the interests protected by law.

§ 1 The agreement should contain the following elements:

I - the specification of the defendant's obligations not to practice the investigated activity or its harmful effects, as well as obligations deemed applicable;

II – the establishment of the fine to be paid in case of failure to comply, in full or in part, with the undertaken obligations;

III - establishment of the pecuniary contribution to be paid to the Diffuse Rights Defense Fund, whenever applicable.

<sup>5</sup> FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 6ª Edição. Revista dos Tribunais. 2013.

<sup>6</sup> SILVEIRA, Paulo Burnier and TOLLINI, Priscila Tardelli. "International Cartels in Brazil: An Overview and a Look Forward" in International Cooperation and Competition Enforcement: Brazilian and European Experiences from the Enforcers' Perspective. Wolters Kluwer. 2014

<sup>7</sup> CADE's Website: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?15151719e726e643113209>

## **2.2. How to Obtain a Marker in Brazil**

The General Superintendence, which is investigative body of the Brazilian Competition Authority, may issue a marker in benefit of a potential applicant for the leniency program, in order to guarantee its position in the queue. Being the first is very important, given that in Brazil we adopt the “winner-takes-all approach” for the leniency program.

The Brazilian Marker System is not established by our Competition Act (enacted by Congress). Instead, it was created by the authority’s internal regulation<sup>8</sup>. This matter is included in the section concerning the leniency program. The regulation states that if the potential leniency applicant has not gathered all the required information and documentation for a formal leniency application it may request the General Superintendence to issue a declaration (marker) certifying that he is the first in the queue for leniency agreement regarding a particular anticompetitive practice.

The requirements for issuing marker are much less rigid than the ones for the leniency agreement. That is why this system is useful. It gives the possibility of a company willing to self report to do that even without all the documentation that a formal leniency application requires.

The requirements for a marker are the following: the first-in applicant must provide his complete identification and appoint the other participants of the cartel. Also, he must state the products, services and geographical area affected by the anticompetitive practice and, if possible, the duration of the cartel<sup>9</sup>.

After the request, if all requirements are fulfilled, the General Superintendence has three days to issue the marker. It is important to notice that the grant of the marker is automatic upon meeting these requirements. However, the authority has discretion in deciding whether it signs the leniency agreement that will be requested after the marker is granted.

The marker will contain the time period given by the General Superintendence for the applicant to perfect it, i.e. to provide all the documentation and information required for a formal leniency application. According to the CADE’s internal regulation, this period shall never exceed 30 (thirty) days.

---

<sup>8</sup> CADE’s Resolution n° 1/2012 and amended by Resolution n° 5/2013 and by Resolution n° 7/2014.

<sup>9</sup> Article 199 of CADE’s Resolution n° 1/2012 and amended by Resolution n° 5/2013 and by Resolution n° 7/2014.

Regarding the confidentiality of the marker request, Brazilian regime does not have any specific provisions. However, it is regulated by the rules of the leniency program. Hence, according to Brazilian Competition Law (Act n° 12.529/2011)<sup>10</sup> and to the CADE's internal regulation, the leniency application shall be treated confidentially. Only the individuals expressly authorized by the General Superintendent shall have access to the application. Thus, the same applies to the marker system.

### **2.3. Brazilian Experience with the Marker System**

The Brazilian Leniency Program was created in 2000. The first leniency agreement was concluded in 2003, in a private security cartel case. Only in January 2006, with Ordinance of the Ministry of Justice No. 04/2006, a marker system was introduced in Brazil. Nowadays, our marker system is regulated by article 199 of CADE's internal regulation, enacted in 2012.

In 2013, the General Superintendence received 10 leniency applications in total, signed 2 leniency agreements, had 10 second-in requests and concluded 1 second-in agreement<sup>11</sup>.

In conclusion, the Brazilian Leniency Program has evolved significantly in recent years. The creation of a marker system represents an important improvement in CADE's program.

Now we are going to address another important issue concerning marker systems, which is the possibility and the feasibility of creating a global one-stop shop for markers.

## **3. One-Stop Shop for Leniency Markers<sup>12</sup>**

There is a growing consensus among competition lawyers and enforcers that the leniency program is the most effective tool for detection and punishment of hard core cartels. The program helps to avoid cartels even when no agreement is concluded. The mere threat and distrust induced by the program among possible cartelists might have

---

<sup>10</sup> Article 86, § 9 - The agreement proposal referred to in this Article is considered confidential, except in the interest of the investigations and the administrative proceeding.

<sup>11</sup> OECD - 2014 Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil. p.7.

<sup>12</sup> The ideas in this section are based on the suggestion given by John Taladay in the paper "Time for a Global "One-Stop Shop" for Leniency Markers". ANTITRUST, VOL 27, Fall 2012.

helped to deter a number of potential cartels. Even in cases where a cartel already exists, it induces more instability. Cartels are inherently unstable. There are substantial benefits in betraying the other cartelists. It can be explained by “the prisoner’s dilemma”, using game theory. What a leniency program does is to magnify these incentives even more. Thus, it is certainly a very important tool for competition authorities.

### **3.1. The Spread of Leniency Programs**

The positive experience of United States and European countries with their leniency programs, combined with strong encouragement by international organizations, such as OECD and ICN, and by the US Department of Justice, has caused a rapid spread of leniency programs around the world. Today, more than fifty jurisdictions have leniency programs, and a lot of them include a marker system. Most of them are inspired and modeled on the United States’ program, restructured in 1993. Hence, it is now possible and advisable for a cartelist to apply for immunity in various jurisdictions simultaneously, in relation to a single illegal behavior.

The current scenario demands a more active international cooperation policy between competition authorities. Exchanging information and experience is beneficial in the sense that every agency can adjudicate and investigate and adjudicate antitrust infringements better informed. On the other hand, the proliferation of leniency programs raises the risks and the costs of seeking leniency for a particular illegal conduct.

### **3.2. The Problems in Having Too Many Leniency Programs**

The key issue is that investigating and getting comprehensive information about the details of the anticompetitive conduct, its territorial scope and its potential effects in different jurisdictions takes time and the process of requesting a leniency marker is a race against time. Thus, this situation increases the burden of self-reporting. There is always a risk involved in self-reporting in a jurisdiction and being prosecuted in another because it was not possible to foresee the real effects of the conduct by the time of the application. Determining the geographic scope and the real effects of a cartel is hardly ever a black-and-white assessment. Even when adjudicating cartel cases, judges and competition authorities often disagree about the geographic effects of a given conduct. This uncertainty might deter cartelists willing to self report from doing it. Indeed, uncertainty

weakens leniency programs. For instance, the US Department of Justice program became successful only after reducing drastically the prosecutor's discretion in signing the leniency agreement<sup>13</sup>.

Hence, the possibility of having the evidences that you provided in one jurisdiction under a leniency agreement being used against you in other jurisdiction is a risk that weakens the leniency programs around the world.

Another problem partially caused by the wide spread of leniency programs around the globe is the possibility of different leniency beneficiaries in different jurisdictions. This situation may result from the uncertainty by the initial applicant about the actual geographic scope of the cartel or even from the applicant being outmaneuvered by the other cartel member that engaged in a "marker race" around the world.

Regardless of the reason, this scenario spoils the main benefit of a leniency agreement. The concept that underpins the program is to give the applicant immunity so he will feel free to entirely cooperate with the investigation and admit the infringement. When the evidence and information that it provide under the leniency agreement will be used to enhance its exposure to punishment in another country, the incentive framework that underpin the program will be totally defaced. The quality and the extent of the evidence and of the information provided will be undermined. The applicant will cooperate to a minimum extent with the authority, albeit the obligation to fully cooperate.

On the other hand, this scenario may be interesting for enforcers, provided that will be easier to convict the defendants that have participated in the cartel and it may sound fair because all members of the cartel will be punished somewhere in the world. However, the apparent benefits are outweighed by the harm that this situation causes to leniency programs. It weakens the leniency programs, which is the most important tool in detecting, investigating and prosecuting cartels.

A possible solution for this problem is the creation of a global one-stop shop for leniency markers. It is important to note that this is different from a one-stop shop for leniency agreements.

---

<sup>13</sup> LYNCH, Niall E. Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective. p. 3.

### **3.3. How Could a One-Stop Shop for Markers Help and How it Would Work?**

The one-stop shop for markers would simply preserve the applicant's first place in line in all the participating jurisdictions. The formal leniency application is the next step for the applicant and it will continue to be requested independently in every country. Every jurisdiction has its own requirements, conditions and policies regarding leniency agreements, so it would be practically impossible to unify the leniency granting process.

What should be unified is the granting of a marker. The international organization would simply declare that the applicant is the first in the line for cooperation regarding a particular alleged conduct<sup>14</sup>. After that, the applicant will have enough time investigate deeply the conduct, specially its geographic scope and effects and gather all the documentation and evidence required by formal leniency programs. It will be better informed to decide in which jurisdictions apply for leniency. Again, the process of signing a leniency agreement would continue to be conducted nationally, under national law.

The adoption of a one-stop shop for markers is permissible under most laws. National competition authorities would use the declaration issued by the international organization as a valid marker in the case the applicant starts a leniency application proceeding in the country. The authority would always have to check the international agency's database before granting a marker or receiving a leniency application.

No substantive competition law would be modified. This would represent a convergence of process, not of substantive legal provisions about cartels.

There is no sacrifice of sovereignty in recognizing the markers issued by an international agency. In most jurisdictions, the authority has no discretion when issuing a marker. The discretion may exist in signing a leniency agreement. Thus, it would not transfer power or authority to the international agency. Again, it means a convergence of process. The national authority would only have to check if there is a pending marker issued by the international agency when someone requests a marker or wants to apply for leniency.

There is a precedent of this procedural convergence regarding patents. The World Intellectual Property Organization (WIPO) is in charge of administering the Paris

---

<sup>14</sup> Filippo Amato, Leonardo Armati, Massimo Merola and Eric Morgan de Rivery have suggested a similar approach regarding European marker applications in the paper "Relationship Between EC Competition Law and National Competition Law" available on <http://www.concurrences.com/>.

Convention Treaty (PTC). This treaty is signed by 175 countries and it provides a procedural tool that helps to ease the burden of filing a patent request world-wide. It is beneficial to regulators and to inventors seeking patent protection internationally and helps patent offices in many jurisdictions by providing a unified and comprehensive database. With this system, an inventor can file a single patent application and be recognized as the first to file in more than 150 countries. Participating jurisdictions do not sacrifice sovereignty because of this treaty. The process of granting a patent remains under national offices' control. The function of the international agency is to protect the first filer. So, national authorities just have to relate-back to the WIPO data. In fact, the international application can be filed with the national/regional office or directly with the international office. In the former case, the national patent offices would send the application to WIPO's international bureau. After that, WIPO publishes the application on "Patentscope" and communicates to the national authorities from all the participating jurisdictions, which may grant the patent if that is the case<sup>15</sup>. Thus, this system illustrates a procedural convergence among different countries that reduces the bureaucratic burden imposed to companies, although it is not the exactly the same system we are suggesting to leniency markers.

The global one-stop shop for leniency markers would be similar. The system could be implemented and administered by international organizations such as the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) or the International Competition Network (ICN).

The time period that the agency would grant for the applicant to perfect the markers is an issue that must be addressed. It ought to be unified. However, this should not be a problem, considering that the time frame is very similar in most jurisdictions (around a month to perfect the marker).

The agency's discretion in granting a marker, as well as the information required, is another topic that would have to be standardized. In some jurisdictions, the granting of a marker is discretionary, while in others the discretion is limited to the decision to sign the leniency agreement, after the applicant perfects the marker. The second model seems more appropriate to an international agency. This option would give less power to the agency. The national authorities would maintain their discretion in granting immunity. Also, the information required by the one-stop shop should take into account the

---

<sup>15</sup> All the information is available on WIPO's website. <http://www.wipo.int/pct/en/>

requirements of the participating jurisdiction. It should satisfy the jurisdictions' current requirements, such as the applicant's name and address, the participants of the alleged cartel, the affected product, the geographic scope and the duration of the alleged conduct. These requirements satisfy most of jurisdictions, including Brazil.

In conclusion, a One-Stop Shop for leniency markers is feasible and would not represent a substantial sacrifice of sovereignty by participating jurisdictions. Leniency programs must be framed taking into account the international scenario. To keep the incentives that make it so efficient in deterring cartels, a procedural mechanism should be created to align marker systems and ease the burden on parties when applying for leniency markers. A possible solution is the creation of a One-Stop shop for markers, which could be administered by an international organization such as the OECD or the ICN. This would be the next step in international cooperation for competition enforcement.

#### **4. References**

AMATO, Filippo; ARMATI, Leonardo; MEROLA, Massimo; and RIVERY, Eric Morgan de. *Relationship Between EC Competition Law and National Competition Law*” available on <http://www.concurrences.com/>

FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6ª Edição. Revista dos Tribunais. 2013.

LYNCH, Niall E. *Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective*.

MARTINEZ, Ana Paula. *Brazil’s Leniency Program: Challenges Ahead*. *International Bar Association 15th Annual Competition Conference*. 2011.

OECD - 2014 *Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil*.

SILVEIRA, Paulo Burnier and TOLLINI, Priscila Tardelli. “*International Cartels in Brazil: An Overview and a Look Forward*” in *International Cooperation and Competition Enforcement: Brazilian and European Experiences from the Enforcers’ Perspective*. Wolters Kluwer. 2014

TALADAY, John. *Time for a Global “One-Stop Shop” for Leniency Markers*. *ANTITRUST*, VOL 27, Fall 2012.

## O Instituto da prova ilícita e o direito concorrencial brasileiro

Hércules Nunes<sup>1</sup>  
Adriano Jayme de Oliveira Muniz<sup>2</sup>  
José Renato Laranjeira de Pereira<sup>3</sup>  
Roberto Inácio de Moraes<sup>4</sup>  
Fábio Henrique Sguei<sup>5</sup>

### RESUMO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, atualmente estruturado pela lei 12.529/2011, tem como função a defesa e a garantia da livre concorrência de mercado. Essa lei, no entanto, ao tratar dos processos administrativos para aplicação de sanções, não abrange, de forma clara, questões atinentes à prova e à prova ilícita. Uma vez existente essa lacuna legislativa, o presente artigo discorre sobre a possibilidade de aplicação das normas previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro na Lei Antitruste, de modo a esclarecer como devem ser tratadas pelo CADE as provas ilícitas e as delas derivadas.

Palavras-chave: prova ilícita, *exclusionary rule*, *fruit of the poisonous tree*, conselho administrativo de defesa econômica, processo administrativo

### ABSTRACT

The Council for Economic Defense (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), structured by the law 12.529/11, and its main objective is defending and guaranteeing the free competition. However, the law does not include clearly the subject of legal or illegal evidence. Because of that, this article studies the possibility of applying the article 157 of the Brazilian Code of Criminal Procedure to the Brazilian Antitrust Law, in order to find a way for CADE to deal with illegal evidences and evidence gathered with the assistance of illegally obtained information.

Key words: illegally obtained evidence, exclusionary rule, fruit of the poisonous tree, council for economic defense, administrative process

---

<sup>1</sup> Graduando em direito pela Universidade de Brasília (UNB); Estagiário de direito da procuradoria federal especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; [hercules93@gmail.com](mailto:hercules93@gmail.com)

<sup>2</sup> Graduando em direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub); Estagiário de direito da procuradoria federal especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; [adriano.jayme@gmail.com](mailto:adriano.jayme@gmail.com)

<sup>3</sup> Graduando em direito pela Universidade de Brasília (UNB); Estagiário de direito da procuradoria federal especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; [josedepereira@gmail.com](mailto:josedepereira@gmail.com)

<sup>4</sup> Graduado em direito na Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO); Pós-graduado em direito público pela Universidade de Brasília (UNB); [roberto.moraes@agu.gov.br](mailto:roberto.moraes@agu.gov.br)

<sup>5</sup> Graduado em direito pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo (USP); Procurador Federal adido a procuradoria federal especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; [fabio.sguei@agu.gov.br](mailto:fabio.sguei@agu.gov.br)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Do Procedimento Administrativo para Apuração de Infrações à Ordem. 3. Das Provas Ilícitas. 3.1 A Exclusionary Rule e a Doutrina do Fruto da Árvore Venenosa. 4. A Admissibilidade das Provas Derivadas da Ilícita no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

## **1. Introdução**

O presente artigo tem por pretensão apontar a viabilidade da aplicação dos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal ao processo antitruste sancionador. Apesar da Lei Antitruste determinar a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei do Processo Administrativo Federal ao processo administrativo concorrencial<sup>6</sup>, a falta de uma atenção maior dada pelo legislador no momento da edição da Lei nº 12.529/11 a questões relativas ao instituto da prova aponta para a necessidade de se buscar proteção para a lacuna em outras esferas do ordenamento jurídico. Nesse sentido, defende-se a noção de que o empréstimo das noções acerca de provas produzidas do processo penal é plenamente possível, apesar da falta de previsão legislativa.

O caráter de uma reflexão dessa espécie não é banal: os processos que tramitam nas dependências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), especialmente os que investigam condutas contrárias à ordem econômica, como cartéis, duram por vezes anos, dada a natureza excepcionalmente complexa das investigações. Nesses casos, a análise de provas é indispensável, e deixar sem proteção legal os atos de investigação e de análise probatória do CADE pode levar a esforços imensuráveis que poderão ser facilmente anulados pelo Judiciário, uma vez provocado.

É por tais motivos que se defende, no presente trabalho, o empréstimo do disposto tanto na doutrina quanto na lei processual penal a esse respeito, sem deixar, claro, de possibilitar que os atores da esfera concorrencial lancem mão de uma visão crítica ao pegar emprestado tais noções. Teorias que tratam da prova ilícita terão uma atenção especial, uma vez que é a partir de noções como a da *fruit of the poisonous tree* que nosso judiciário tem tido elementos para debater questões acerca da forma de

---

<sup>6</sup> Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

obtenção de provas e decidir de forma mais justa casos que levem a licitude das provas coletadas em conta.

Nesse sentido, será tratado, como ponto inicial, o processo administrativo sancionador, no qual se percebe o maior campo para o CADE exercer sua função inquisitorial. A seguir, trabalharemos a noção de prova ilícita e a aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada, emprestada do direito norte-americano por nossa jurisprudência e doutrina, para que, assim, seja possível tratar da possibilidade de se sanar a ilicitude de uma prova ilícita com base na legislação vigente, no prezado pela doutrina e nos julgados tanto brasileiros quanto também internacionais sobre o tema. Só assim, acreditamos, será possível gerar um argumento sólido.

## **2. Do procedimento administrativo para apuração de infrações à ordem econômica**

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia brasileira cuja função primordial é a defesa dos interesses econômicos que permeiam o cenário concorrencial do país. Estruturado atualmente pela Lei 12.529/11, o órgão estatal tem como objetivo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, o que inclui uma série de atividades de fiscalização e apuração de condutas econômicas realizadas tanto por pessoas jurídicas quanto físicas, e que se tornam objeto dos processos levados ao conselho.

O trabalho realizado pelo CADE busca regular a ordem econômica no sentido de levá-la à sua forma mais apta a realizar a função social a que é destinada. Isso quer dizer, de certa forma, que o objetivo da autarquia é defender a sociedade de atos de agentes econômicos que, com vistas à geração de um lucro cada vez maior, acabam por prejudicar a entrada de novos atores no campo concorrencial, acarretando em consequências ao próprio consumidor. Nesse sentido, um sistema de defesa da concorrência surge como um limitador da livre iniciativa cujo intuito é, surpreendentemente, protegê-la, em um paradoxo que dá forças aos sujeitos que se encontram no polo mais frágil da relação econômica. Walter Nunes da Silva Junior, ao tocar nesse ponto, acerta ao dizer que:

“O princípio fundamental a ser defendido pelo CADE não é o da livre iniciativa em si, porém o da função social, que é a razão de ser do desempenho da atividade econômica. A livre iniciativa é um princípio que tem como suporte a satisfação, em sentido amplo, das necessidades sociais. Não é ele previsto em prol do agente econômico, como erroneamente, a maioria dos doutos supõem, mas do grupo social.”<sup>7</sup>

No que se refere à função do CADE de defesa da ordem econômica, a autarquia possui um procedimento administrativo próprio para fazer suas investigações<sup>8</sup>, que têm por intuito principalmente conceder a possibilidade de exercício dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório aos acusados investigados pelo órgão estatal, como afirma o art. 69 da Lei nº 12.529/11<sup>9</sup>. Nesse sentido é que teceremos, no presente tópico, algumas considerações a respeito do processo administrativo do CADE, com especial ênfase no que diz respeito ao colhimento de provas pelo Conselho. O processo administrativo do CADE se ramifica ainda em diferentes espécies de procedimentos listados abaixo, com base no art. 48 da Lei de Proteção à Concorrência (Lei nº 12.529/11):

- I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;
- IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
- V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e
- VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Cada um dos procedimentos administrativos listados acima tem natureza e mecanismo próprios. No entanto, uma vez sendo o presente estudo relacionado ao instituto da prova, a análise se estenderá mais aos pontos II e III, uma vez que a repressão às atividades anticoncorrenciais precisa, indubitavelmente, de provas para que seja possível impor qualquer sanção a um acusado: o *inquérito administrativo para*

---

<sup>7</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. A força judicante do CADE. Disponível em: <http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina103.doc>. Acesso em 12 de agosto de 2014.

<sup>8</sup>Validado pelo disposto no art. 69 da Lei que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal (nº 9.784/99), que assim dispoe:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

<sup>9</sup> Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.

*apuração de infrações à ordem econômica e o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica.*

O *inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica* é um procedimento preparatório, anterior à instauração do processo administrativo, cuja natureza inquisitorial se destina ao estudo de um cenário suspeito de praticar atos que prejudiquem a concorrência. Pode ser instaurado de ofício, em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. Em seu bojo, a Superintendência-Geral (SG), responsável por conduzir o inquérito, sai à busca de evidências e provas que levem à possibilidade de ocorrência de uma infração. Para tanto, a SG emite ofícios a entidades ou mesmo a pessoas físicas concorrentes do acusado ou que de alguma forma com ele se relacionem. Tanto o representante (no caso de uma representação) quanto o indiciado podem requerer qualquer diligência a ser realizada, que depende da aprovação, por sua vez, da Superintendência-Geral.

De todo modo, por qualquer das formas pelas quais é iniciado, seja de ofício ou a partir de reclamação, o inquérito administrativo será instaurado pela Superintendência-Geral, a quem cabe a decisão, depois de um período de busca por evidências, de arquivá-lo ou, caso as evidências apontem para uma suposta infração à concorrência, transformá-lo em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Vale ressaltar que tal decisão pode ser revista pelo Tribunal da Autarquia<sup>10</sup>.

A presença da Superintendência-Geral do CADE é marcante no que diz respeito à tarefa de coletar provas e evidências para instruir as investigações levadas ao CADE. É também dela o papel de, no procedimento de inquérito, decidir se a matéria em discussão é realmente competência do CADE<sup>11</sup> (art. 66, §2º da Lei nº 12.529/11). O arquivamento é recorrível por qualquer interessado no processo, diga-se de passagem.

Já por meio do *processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica*, a Autarquia garante ao acusado o

---

<sup>10</sup> Art. 67 da Lei 12.529/11: Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

§ 1º O Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

<sup>11</sup> O arquivamento é recorrível para qualquer interessado em relação ao processo.

direito à ampla defesa em relação às conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Conselho, constituirá peça inaugural do processo administrativo.

A decisão que define pela instauração do processo administrativo já determina, com fulcro no art. 70 da Lei de Defesa da Concorrência<sup>12</sup>, a notificação do representado para, no prazo de 30 dias (prorrogável por mais 10 dias), apresentar defesa e especificar as provas que pretende que sejam produzidas, podendo declinar a qualificação completa de até três testemunhas.

Em até 30 dias úteis após o decurso do prazo previsto para a apresentação de defesa pelo acusado, a Superintendência-Geral (SG) determina, em despacho, a produção de provas que julgar pertinentes. Nessa fase, SG tem o poder de definir quais provas considera oportunas que sejam apresentadas no processo, responsabilidade que, inclusive, poderá determinar o sucesso da investigação. Em seguida, a Superintendência abre novo prazo ao representado, dessa vez para que apresente novas alegações, no prazo de cinco dias úteis.

Com o encerramento dessa fase instrutória, os autos são remetidos ao Presidente do Tribunal para que os distribua, por sorteio, a um Conselheiro-Relator, que, por sua vez, pode solicitar à Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE que se manifeste. O Relator pode ainda ordenar à Superintendência-Geral que pratique diligências. Após a conclusão destas, o representado é convocado a apresentar alegações finais. Tendo essas sido apresentadas ou não, o processo será incluído em pauta para que o Tribunal possa decidir a respeito da matéria em questionamento.

A Lei nº 12.529/11 claramente reservou à Superintendência-Geral do CADE a tarefa de coletar informações e provas no âmbito dos procedimentos de investigação administrativa que correm na autarquia. A SG tem, dessa forma, papel decisivo na instrução desses processos, cabendo a ela colher o máximo de elementos que possam levar à decisão que busque melhor proteger a ordem econômica brasileira. Nesse sentido, as competências que se referem ao papel da SG na obtenção de provas são elencadas principalmente no art. 13 da Lei de Defesa da Concorrência, que abaixo segue:

---

<sup>12</sup> Art. 70. Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas.

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

(...)

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

- a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;
- b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;
- c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;
- d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;
- e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;
- f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

O art. 13 demonstra como a Superintendência tem ampla liberdade para requisitar informações para instruir da melhor maneira possível os processos que tramitam no CADE, como se vê, por exemplo, em seu poder para requerer mandados de busca e apreensão de objetos ao Judiciário.

Uma vez traçado o caminho pelo qual o CADE faz seguir os processos administrativos inquisitoriais, assim como demonstrado a competência dos principais órgãos pelos quais são investigadas as condutas econômicas, torna-se possível tomar o próximo passo. Nesse sentido, partimos para o exame da prova ilícita e seus institutos frente ao Direito Americano e Brasileiro, resgatando seu teor histórico e evolutivo.

### **3. Das provas ilícitas**

Para que seja possível estender ao processo administrativo do CADE a aplicação do disposto no Código de Processo Penal a respeito do instituto da prova ilícita, cabe levantar algumas considerações sobre em que consiste uma prova. Segundo Araken de Assis e Carlos Alberto Molinaro,

“Prova pode ser conceituada tanto como meio de representação dos fatos que geraram a lide no processo como, também, um meio de afirmação ou confirmação (ou não) de uma hipótese ou de um juízo de valor a ser (re)produzido no curso da demanda; nesse passo, a prova, portanto, revela-se como o intento de demonstração objetiva das alegações acerca dos fatos controvertidos no processo e que pode (e/ou deve) ser utilizada como estímulo para o convencimento do julgador”<sup>13</sup>.

Conceituado o que é prova, passa-se agora a tecer as considerações sobre o que seria uma prova ilícita em nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal Brasileira, cujo artigo 5º, inciso LVI, dispõe sobre a intolerância de nosso ordenamento em aceitar que provas obtidas a partir de ações ilícitas sejam utilizadas em quaisquer processos:

Art. 5º

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Quanto a este dispositivo, cabe a interpretação de que, em regra, tais provas, para que sejam consideradas ilícitas violam direitos de ordem material ou direitos constitucionais<sup>14</sup>, quais sejam o direito à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio, das correspondências e etc., como se pode entender dos incisos X, XI, XII do mesmo artigo 5º<sup>15</sup>. Essas provas, sem poderem ter sua ilicitude sanada e poder produzir efeitos processuais aproveitáveis no processo já que o ilícito é a sua causa e sua forma de obtenção

No mesmo sentido, assim dispõe o Código de Processo Penal brasileiro em seu art. 157, concordando com o previsto na Carta Magna:

---

<sup>13</sup> DE ASSIS, Araken e MOLINARO, Carlos Alberto. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1ª edição, Editora Saraiva, p. 437 a 440

<sup>14</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva. 2009, p. 331.

<sup>15</sup> Art. 5º: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Art. 157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

Já a respeito do artigo acima, cabe entender que as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais deverão ser desentranhadas dos autos do processo, não sendo elas válidas para agrupar o teor probatório da lide. Mesmo que se preceitue a defesa da integridade da verdade, elas não têm nenhuma serventia.

Estando presentes os pressupostos de caracterização da prova como ilícita, cabe passar agora para as situações nas quais as evidências oriundas da matriz ilícita podem ser aceitas no processo. Para tanto, serão trabalhadas teorias cujo escopo é determinar quando uma prova derivada de evidência ilícita não é contaminada por aquela que a originou. Sendo para isso necessário, rememorar o contexto histórico no qual as teorias estão inseridas.

### 3.1. A Exclusionary Rule e a Doutrina do Fruto da Árvore Venenosa

A *exclusionary rule* (regra de exclusão) é a doutrina regente no direito estadunidense que impede que sejam usadas provas adquiridas em violação dos direitos individuais garantidos pela constituição deste país. Por definição, essa regra abrange provas que violem as quarta, quinta e sexta emendas dessa constituição<sup>16</sup>. A partir desse sistema de garantia de direitos individuais e do réu, surgiu a doutrina do fruto da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*). Essa teoria compreende que qualquer evidência que seja abrangida pelo escopo da *exclusionary rule*, ou seja, que infrinja garantias constitucionais, que dê origem a novas provas, deve ser desconsiderada em julgamento.

---

<sup>16</sup> **Fourth Amendment to the United States Constitution:** The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

**Fifth Amendment to the United States Constitution:** No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

**Sixth Amendment to the United States Constitution:** In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

Assim, a teoria do fruto da árvore venenosa surge como uma extensão da aplicação da regra de exclusão, criando-se um sistema onde, salvo algumas exceções, provas derivadas de fonte ilícita – ou árvore venenosa – serão também ilícitas.

O entendimento de que provas obtidas a partir de fontes maculadas devem ser excluídas do processo surgiu em 1920, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S 385<sup>17</sup>. No caso em questão, houve a apreensão ilegal de livros fiscais, que foram copiados e utilizados como prova para o julgamento. A busca sem mandado é uma violação grave e direta da quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos, emenda que garante o direito dos indivíduos à inviolabilidade de suas casas, documentos e de suas próprias pessoas. O entendimento da Suprema Corte foi o de que aceitar prova apreendida de maneira ilegal seria reduzir a quarta emenda a meras palavras.

“The proposition could not be presented more nakedly. It is that although of course its seizure was an outrage which the Government now regrets, it may study the papers before it returns them, copy them, and then may use the knowledge that it has gained to call upon the owners in a more regular form to produce them [...] In our opinion such is not the law. It reduces the Fourth Amendment to a form of words.”<sup>18</sup>

Apesar de a aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa surgir no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, a nomenclatura dada à extensão da aplicação da *exclusionary rule* surgiu no caso *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, de 1939. Nesse caso, o réu teve de provar que parte substancial da prova utilizada no caso foi proveniente de escuta telefônica ilegal e, portanto, que as evidências derivadas da referida escuta seriam, também ilícitas.

“The burden is, of course, on the accused in the first instance to prove to the trial court’s satisfaction that wiretapping was unlawfully employed. Once that is established – as was plainly done here – the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree”<sup>19</sup>

Apesar de ter uso registrado na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1939, o primeiro uso no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal da teoria de

---

<sup>17</sup> *Silverthorne Lumber Co., Inc v. United States* 251 U.S. 285 (1920). Disponível em: <supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html> Acesso em: 6 de agosto de 2014

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> *Nardone v. United States* 308 U.S. 338 (1939). Disponível em: <supreme.justia.com/cases/federal/us/308/385/case.html> Acesso em: 6 de agosto de 2014.

*fruits of the poisonous tree* data de 1993, no Habeas Corpus N° 69912-0 – RS. Assim como no caso *Nardone v. United States*, trata-se de escuta telefônica que, realizada de maneira ilegal, contaminou outras provas do caso, oriundas de informações adquiridas através da interceptação telefônica. Assim exposto na ementa do Acórdão do STF:

“[...] Consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente”.<sup>20</sup>

Entende-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal é adepto da prática consolidada no Direito norte-americano de que prova obtida através de meio ilícito contaminará eventuais provas derivadas da inicial. No caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em que a opinião da Suprema Corte Americana, apresentada por *Justice Holmes*, nos mostra que a admissão de informações provenientes de buscas ou escutas ilegais acabariam por burlar os direitos constitucionais e também incentivariam a atividade ilícita para obtenção de provas. Este também é o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do julgamento do *habeas corpus* em questão.

“Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”.<sup>21</sup>

Tendo-se falado na teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), imediatamente se deve falar de provas derivadas da ilícita, já que essas duas ideias são completamente indissociáveis quando se pretende entender o tema.

A teoria do fruto da árvore venenosa está sujeita, na jurisprudência norte-americana, a duas exceções principais. A primeira é a de que a evidência pudesse vir de uma fonte independente, lícita. Essa é chamada de **teoria do descobrimento independente** (*hypothetical independent source rule*), usada pela primeira vez na

<sup>20</sup> STF, HC 69.912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>21</sup> STF, HC 69.912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Suprema Corte Estadunidense no caso *Wong Sun v. United States*, de 1963<sup>22</sup>. A segunda exceção, chamada de **teoria do descobrimento do inevitável** (*inevitable discovery exception*), é aquela na qual a prova seria obtida inevitavelmente, mesmo sem a conduta ilegal que a gerou. Esta, por sua vez, surgiu em 1984, no caso *Nix v. Williams*<sup>23</sup>. Em ambos os casos, a serem analisados mais abaixo, entende-se que a prova poderá ser admitida em julgamento, mesmo derivando, inicialmente, de prova ilícita

#### **4. Admissibilidade das provas derivadas da ilícita no ordenamento jurídico brasileiro**

Entendido isso, passa-se agora para a avaliação da aplicabilidade dessas teorias no Brasil. Precipuamente, deve-se dizer que a prova considerada ilícita será sempre ilícita<sup>24</sup>. No entanto, isso nem sempre significará que as provas dela derivadas também o serão<sup>25</sup>, como destaca o Código de Processo Penal nos parágrafos 1º e 2º do artigo 157 ao assinalar ressalvas à impossibilidade de serem aceitas provas derivadas de outras consideradas ilícitas:

Art. 157:

(...)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

O artigo 157 demonstra como é possível não ser caracterizada como ilícita a prova que tem sua origem em uma fonte contaminada. Isso porque, pelo exposto do dispositivo legal, assume-se não ser eivada de ilicitude a prova quando não há relação de causa e efeito entre a prova ilícita e a dela derivada, assim como não se considera ilícita se puder ser obtida por uma fonte independente da primeira.

---

<sup>22</sup> *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963). Disponível em:

<[supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html](http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html)> Acesso em 25 de outubro de 2014.

<sup>23</sup> *Nix v. Williams* 467 U.S. 431 (1984). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>> Acesso em 25 de outubro de 2014.

<sup>24</sup> Ver julgado STF, HC 80948-1/ES, Rel. Min. José Néri da Silveira

<sup>25</sup> Ver julgado STF, RHC 90376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello

Dessa forma, para que se considere admissível uma prova derivada da ilícita, tem-se primeiro que dissociar quando uma prova está ligada a outra de modo a se contaminar por sua ilicitude (quando o acessório segue o principal) e quando não<sup>26</sup>.

Vale lembrar que nada é obstado caso se comprovem as mesmas evidências autuadas na prova obtida ilicitamente e em outra prova que foi corretamente deferida pelo juízo, como se entende do inciso XII do artigo 5º da constituição. Cabendo ressaltar que não foi à ilicitude da prova que foi sanada/superada, mas sim a realização de uma produção probatória nova, só que dessa vez de forma apropriada.

Sendo assim, pode-se então encontrar as mesmas duas exceções à contaminação da prova ilícita por derivação que se encontram no direito americano, tendo sofrido apenas poucas modificações: a **teoria do descobrimento do inevitável** (*inevitable discovery exception*) e a **teoria da fonte independente** (*hypothetical independent source rule*).

A primeira teoria trata da descoberta que seria inevitável, ou seja, que a prova derivada da ilícita teria sua matéria descoberta inevitavelmente mais cedo ou mais tarde. Com isso, não se isenta de responsabilidade aquele que atua de forma ilícita, mas se evita que a violação da lei possa negar um fato de inexorável evidenciação. Por esse motivo, considera-se que *a prova gerada a partir da ilícita pode, sim, produzir efeitos*. Para tanto, cabe citar as conclusões de Luiz Guilherme Marinoni:

“A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar a eficácia de uma prova que trouxe uma descoberta que inevitavelmente seria obtida. Dessa forma, seria possível que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns deles podem ser aproveitados.”<sup>27</sup>

Já a teoria seguinte, a da fonte independente, se aplica ao caso em que a segunda prova não é uma derivação apenas da prova originária que é ilícita, mas também de uma outra fonte, por sua vez, lícita. Deve-se ressaltar que a avaliação da licitude de uma fonte secundária deverá ser feita conforme o caso em que a teoria será aplicada, vez que tem de se saber se os trâmites típicos e de praxe estipulados no artigo ou instrução criminal levarão a descoberta da mesma prova oriunda da ilicitamente obtida<sup>28</sup>. Nesse

<sup>26</sup> Ver julgado STF, HC 93050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Prova*, 1ª Edição, São Paulo, Editora RT, 2009, p.256

<sup>28</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva. 2009, p. 333

sentido, a segunda prova, por também se ligar a uma fonte lícita, pode ser aceita como meio probatório.

Abaixo, segue tabela em que se podem resumir as ideias aqui trabalhadas:



Tabela 1<sup>29</sup>

## 5. Conclusão

Uma vez expostas as noções acima, que abrangem o processo administrativo do CADE e o instituto da prova ilícita, torna-se possível direcionar o presente estudo para uma ligação de ambos os pontos.

Primeiramente, é necessário reconhecer que a Lei nº 12.529/11 tratou apenas de maneira superficial dos pontos relativos à fase probatória de seus procedimentos administrativos. Como exposto acima, o diploma legal fala do rol de testemunhas, aponta os agentes dentro do CADE responsáveis por solicitar a especificação de provas e de realizar investigações inquisitoriais. No entanto, em momento algum a lei trata diretamente do assunto “prova”, esclarecendo quais são cabíveis ou não no processo administrativo.

O vazio deixado, no entanto, acaba por gerar uma via de mão dupla: por um lado, realmente impede que exista uma regulação específica no direito antitruste brasileiro do universo probatório dos processos; em outro sentido, por sua vez, permite que sejam coletadas e utilizadas provas das mais diversas naturezas para direcionar as investigações realizadas pelo CADE em sua luta contra cartéis e outras formas de abuso

<sup>29</sup> Tabela adaptada a partir de: [http://nationalparalegal.edu/conlawcrimproc\\_public/ProtectionFromSearches&Seizures/ExclusionaryRule.asp](http://nationalparalegal.edu/conlawcrimproc_public/ProtectionFromSearches&Seizures/ExclusionaryRule.asp). Acesso em 12 de agosto de 2014.

do poder econômico, já que a obtenção de provas quanto a esse tipo de prática é sempre tão complexa.

Nesse sentido, André Marques Gilberto se posiciona de maneira bem lúcida a respeito da situação:

“No Brasil, a obtenção de provas quanto à prática de violações à ordem econômica não é tarefa simples. Seja em cartéis objetivando fixação de preços, divisão de mercado, alocação de preços ou fraudes em licitações, seja em práticas verticais referentes, por exemplo, a restrições a distribuidores, não é comum que empresários e funcionários em geral sejam descuidados o suficiente a ponto de disponibilizar provas quanto à existência de atos ilícitos”<sup>30</sup>

Uma vez configurado um lapso silencioso relativo ao tema na lei antitruste, torna-se necessário ao aplicador do direito suprir, com elementos próprios de nosso ordenamento jurídico, a lacuna existente. Isto, vale dizer, especialmente no que tange à possibilidade de serem aproveitadas, em um processo, provas derivadas de outras consideradas ilícitas, já que vários dos processos administrativos dependem muito de suas fases probatórias.

Com vistas a suprir o vazio deixado pelo legislador é que se considera extremamente plausível o aproveitamento do disposto no Código de Processo Penal a respeito do tema, especialmente por serem muitas das infrações à ordem econômica consideradas crime por nosso sistema penal<sup>31</sup>. Dessa forma, a matéria relativa às provas ilícitas nos procedimentos administrativos passa a ser devidamente instruída pelo que já foi trabalhado no processo penal, possibilitando o preenchimento da lacuna existente no direito antitruste.

---

<sup>30</sup> GILBERTO, André Marques. O processo Antitruste Sancionador: Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 202.

<sup>31</sup> Vide Lei n° 8.137/90, art. 4°, I, II.

## **6. Referências bibliográficas**

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. A força judicante do CADE.

Disponível em:

<<http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina103.doc>>.

Acessado em 12/08/2014.

DE ASSIS, Araken e MOLINARO, Carlos Alberto. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1ª edição, Editora Saraiva, 2013, p. 437 a 440.

BONFIM, Edilson Mougenot, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva. 2009, p. 331 a 333.

Silverthorne Lumber Co., Inc v. United States 251 U.S. 285 (1920).

Disponível em: <[supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html](http://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html)>

Acesso em: 6 de agosto de 2014.

Nardone v. United States 308 U.S. 338 (1939).

Disponível em: <[supreme.justia.com/cases/federal/us/308/385/case.html](http://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/385/case.html)>

Acesso em: 6 de agosto de 2014.

STF, HC 69.912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Wong Sun v. United States 371 U.S. 471 (1963).

Disponível em: <[supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html](http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html)>

Acesso em 25 de outubro de 2014.

Nix v. Williams 467 U.S. 431 (1984).

Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>

Acesso em 25 de outubro de 2014.

STF, HC 80948-1/ES, Rel. Min. José Néri da Silveira.

STF, RHC 90376/EJ, Rel. Min. Celso de Mello.

STF, HC 93050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Prova*, 1ª Edição, São Paulo, Editora RT, 2009, p.256

GILBERTO, André Marques. *O processo Antitruste Sancionador: Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

DE ASSIS, Araken e MOLINARO, Carlos Alberto. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1ª edição, Editora Saraiva, 2013, p. 437 a 440.

**O regime de prescrição da ação punitiva e da análise do mérito concorrencial  
no controle de estruturas do Cade**

Rafael Szmid<sup>1</sup>

**RESUMO**

Este artigo analisa como o decurso do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, disposto na Lei n.º 9.873/1999, se relaciona com o regime de controle de estruturas (procedimentos de análise de Atos de Concentração) previsto na legislação concorrencial pátria vigente até 28 de maio de 2012 (“Lei n.º 8.884/1994” ou “Antiga Lei”) e na Nova Lei de Defesa da Concorrência (“Lei n.º 12.529/2011” ou “Nova Lei”).

Palavras-chave: Direito da Concorrência – Controle de estruturas – Multa – Prescrição

**ABSTRACT**

This paper reviews how the course of the 05 (five) years statute of limitation period for the exercise of the punitive action by the Federal Public Administration referred by Law no. 9.873/1999 relates to the merger control regime in the Brazilian Competition Law in force until May 28, 2012 ("Law no. 8.884/1994") and in the New Competition Law ("Law no. 12.529/2011).

Keywords: Antitrust – Merger Review – Fine – Statute of Limitation

---

<sup>1</sup> Estudante visitante na Universidad de Barcelona. Participante do Programa de Intercâmbio do CADE. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestrando do Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo - USP. E-mail: rszmid@levysalomao.com.br

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. O Controle de Estruturas da Lei N.º 8.884/98 3. O Controle de Estruturas da Lei N.º 12.529/11 4. A Prescrição no Âmbito do CADE 5. A Prescrição no Controle de Estruturas 6. A Análise de Mérito nos Casos Avaliados Após Longo Período de Tempo 7. Conclusão 8. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC atua de três formas distintas: (i) preventiva, por meio do controle de estruturas; (ii) repressiva, por meio da investigação e repressão de condutas anticoncorrenciais; e (iii) educativa, por meio da promoção da cultura da concorrência (também chamada por alguns de “advocacia da concorrência”). Segundo a Constituição Federal, esta atuação é orientada pelos ditames de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, contidos no que a doutrina ordo liberal conceitua como Constituição Econômica<sup>2</sup>.

No âmbito de sua atuação preventiva, o CADE analisa uma série de operações que seriam de notificação obrigatória à autoridade concorrencial por possuírem algum potencial lesivo ao ambiente concorrencial, nos termos da legislação aplicável e conforme os precedentes emitidos pela autoridade concorrencial. Parte dessas operações é notificada tempestivamente pelas partes, em observância à legislação antitruste, ao passo que outras são notificadas por requisição do CADE a partir do momento em que a autoridade identifica que foram indevidamente não notificadas<sup>3</sup>.

Quando uma operação de notificação obrigatória não era submetida tempestivamente à apreciação do CADE na Antiga Lei ou quando é consumada antes da aprovação da autoridade na Nova Lei, os seguintes questionamentos surgem: (i) até quando poderia o CADE aplicar multa administrativa?; (ii) até quando poderia o CADE requerer que as partes recolham a taxa processual, no valor de R\$ 45 mil<sup>4</sup>, e notifiquem

<sup>2</sup> SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 3ª Ed. 2002. p. 19.

<sup>3</sup> As autoridades concorrenciais possuem diferentes mecanismos de monitoramento de operações não notificadas. A autoridade identifica a existência de operações não notificadas das mais variadas maneiras, incluindo por meio de informações públicas disponibilizadas nos sites das empresas, em fatos relevantes, formulários de referência, indicações de operações pretéritas quando da notificação de outra operação perante a autoridade concorrencial e inclusive por meio de ofícios enviados a determinadas empresas solicitando informações sobre eventuais operações realizadas.

<sup>4</sup> O recolhimento da taxa processual é uma exigência aplicável a qualquer operação a ser analisada pelo CADE, seja ela notificada tempestivamente ou intempestivamente, não possuindo caráter de sanção. Segundo a prática do CADE, esta taxa é devida na medida em que os agentes econômicos deram causa para a movimentação da “máquina pública” quando da celebração da operação. Inclusive, os precedentes

à operação ao CADE para que o mérito concorrencial da operação seja avaliado?; e (iii) até quando a não notificação da operação iria contaminar o negócio jurídico, de modo que ele seria eventualmente nulo e/ou ineficaz<sup>5</sup>?

Nesse contexto, o objetivo é investigar se o decurso do prazo de 5 (cinco) anos poderia gerar (i) a prescrição da pretensão punitiva do CADE em relação à multa pecuniária por notificação intempestiva na Antiga Lei e/ou por descumprimento do regime de “*bar on closing*”<sup>6</sup> da Nova Lei; (ii) se seria possível falar em eventual ocorrência da prescrição em relação à própria atribuição do CADE de analisar o mérito concorrencial da operação; e, finalmente, (iii) se os atos indevidamente não notificados poderiam se tornar plenamente válidos e eficazes caso não sejam avaliados pelo CADE dentro do prazo quinquenal.

Apesar de pouco explorado na literatura especializada, o tema é inegavelmente relevante, pois gera efeitos diretos na capacidade de a autoridade concorrencial impor restrições a operações de concentração econômica, bem como de aplicar sanções às partes. Há ainda impactos relevantes sobre a validade e eficácia da operação.

O estudo do assunto também é relevante para operações realizadas no passado, sob a vigência da Antiga Lei, e não notificadas perante a autoridade concorrencial, pois o CADE já aplicou, sob a égide da Nova Lei, multa por intempestividade em relação à operação pretérita (vide decisão do Plenário do CADE no Ato de Concentração n.º 08700.004373/2013-05)<sup>7</sup>. Isso vale tanto para operações realizadas no Brasil, quanto

---

do CADE são uníssonos ao indicar que o recolhimento dessa taxa se faz devido mesmo quando a operação não for conhecida pelo CADE (cf. Atos de Concentração n.º 08012.008877/2008-87, 08012.1103504/2011-15 e 08012.080101/2012-03). Esse entendimento ainda é objeto da Súmula n.º 6/2009: “*O fato gerador das taxas processuais previstas na Lei 9.781/99 é o protocolo do ato de concentração ou da consulta, sendo devidas ainda que a parte venha desistir do pedido em momento posterior*”. O valor da taxa processual segue inalterado na Nova Lei, inclusive em relação ao seu valor.

<sup>5</sup> Existência, validade e eficácia são três dimensões distintas dos negócios jurídicos. Em relação à questão da validade e da eficácia, que são relevantes do ponto de vista da obrigatoriedade de notificar a operação à autoridade concorrencial, vale trazer a lição do Professor Erasmo Valadão: “*O ato nulo é também, de regra, ineficaz. Mas o contrário não é sempre verdadeiro, pois o ato pode ser válido e, ao mesmo tempo, ineficaz, por depender da concretização de uma condição de eficácia para produzir efeitos, exterior ao próprio ato*” (NOVAES FRANÇA. Erasmo Valadão Azevedo. *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*. In Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. 112. São Paulo: Malheiro Editores. Outubro-dezembro. 1998. p. 20).

<sup>6</sup> O “*bar on closing regime*”, instituído pela Nova Lei, refere-se à vedação de que as partes implementem a operação antes da aprovação definitiva da autoridade concorrencial.

<sup>7</sup> Apesar de não ser o objeto deste estudo, parece-nos importante a análise detalhada sobre a possibilidade jurídica de o CADE aplicar multas por intempestividade com base na Lei n.º 8.884/94 após a entrada em vigência da Lei n.º 12.529/2011. Argumentos como a eventual aplicação do princípio da *Retroatividade da Lei Mais Benéfica* e eventual “abolição” da infração de notificar intempestivamente ainda não foram, segundo o que é de nosso conhecimento, exaustivamente analisados pelo CADE. Questão também interessante é o caso de operação que seria de notificação obrigatória segundo os critérios da Lei n.º

para realizadas no exterior e que seriam de notificação obrigatória ao CADE por produzirem efeitos no território nacional, de modo que a compreensão do tema é relevante para o estudo da defesa da concorrência no Brasil e no mundo.

## **2. O controle de estruturas da Lei n.º 8.884/94**

Até 28 de maio de 2012, quando estava vigente a Lei de Defesa da Concorrência n.º 8.884/1994, o SBDC era composto por três autoridades distintas: Secretaria de Direito Econômico – SDE, Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e o CADE.

A SDE era órgão integrante do Ministério da Justiça e possuía a função predominantemente instrutória. No exercício de suas atribuições, a SDE investigava e emitia pareceres não vinculativos em atos de concentração e processos administrativos, atuava em programas de disseminação da cultura da concorrência, sendo ainda o órgão responsável pela coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

A SEAE, por sua vez, é uma secretaria vinculada ao Ministério da Fazenda que segue existindo. Esta secretaria tinha como atribuição emitir pareceres técnicos não vinculativos relacionados a aspectos econômicos envolvidos nos processos a serem julgados pelo CADE.

Devido à celebração de um acordo de cooperação, a SDE acabou por focar sua atuação na investigação de condutas anticoncorrenciais, ao passo que a SEAE na emissão de pareceres no âmbito da análise concorrencial de atos de concentração<sup>8</sup>.

Por fim, o CADE tinha e tem a função judicante, sendo a Corte Concorrencial brasileira, que atua na esfera administrativa. É ele quem decide se houve ou não infração à livre concorrência por parte das empresas ou seus administradores nos casos de conduta, julgando também o potencial lesivo ao ambiente concorrencial dos atos de concentração submetidos à sua aprovação.

---

8.884/1994, mas não sujeita ao controle concorrencial segundo a Lei n.º 12.529/2011. Nosso objetivo, ao destacar esses pontos, é chamar a atenção para questões que, por seguirem obscuras, deverão ser enfrentadas pelos operadores do Direito Antitruste com vistas a atribuir segurança jurídica e um refinamento do tema.

<sup>8</sup> Trata-se do Termo de Cooperação Técnico-Operacional firmado entre a Procuradoria do CADE e a Secretaria de Direito Econômico e publicado no Diário Oficial da União em 20 de agosto de 2008.

Em relação à atuação preventiva do SBDC, foco deste estudo, vigorava no Brasil um regime de controle de estruturas profundamente distinto do atualmente previsto na Lei n.º 12.529/2011.

Segundo a Antiga Lei, as partes de uma operação de notificação obrigatória tinham o prazo de 15 (quinze) dias úteis a partir da assinatura do primeiro documento vinculante para submeter a operação perante a autoridade concorrencial<sup>9</sup>.

Salvo casos excepcionais, em que um perigo concorrencial fosse vislumbrado *prima facie*, era lícito às partes implementar a operação antes da aprovação final do CADE, o que tornava a reversão da operação bastante mais complicada.

Assim, os atos sujeitos ao controle de estruturas pelo CADE poderiam ser implementados antes da aprovação do CADE, mas teriam sua eficácia condicionada à aprovação da autoridade concorrencial, nos termos do artigo 54, §7º da Lei n.º 8.884/1994<sup>10</sup>. Em razão disso, na prática, o espaço de tempo entre *signing* (assinatura) e *closing* (fechamento) de operações era em regra fruto da intenção das partes, salvo quando outras condições ou autorizações governamentais eram necessárias<sup>11</sup>; a proibição de fechar a operação antes da aprovação do CADE não era uma imposição

---

<sup>9</sup> “Art. 54. (...) § 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 Regimento Interno do Conselho sob a Antiga Lei esclarecia que o “momento da realização do ato” é considerado como a “data da celebração do primeiro documento vinculativo”. O conceito jurídico de “documento vinculante” era polêmico no regime da Lei n.º 8.884/1994 mas, de forma geral, pode ser considerada como qualquer instrumento que imponha às partes a obrigação de implementar o negócio jurídico pretendido, ainda que sob condição suspensiva. Esse entendimento estava em consonância com a Súmula do CADE de n.º 8/2010, que dispõe que “Para fins da contagem do prazo [...] considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva.” Nessa linha, o negócio jurídico deveria gerar direitos e obrigações às partes em relação à específica “concretização” da operação sob pena de responsabilização por perdas e danos. Questões laterais, como a previsão de elementos no contrato como objeto plenamente definido, preço e etc. eram também considerados nessa análise.

<sup>10</sup> “Art. 54. (...) § 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”.

<sup>11</sup> Apesar de que o regime da Lei antiga permitia que as partes notificassem operações após sua implementação dentro do prazo de 15 (quinze) dias, em alguns casos outras condições eram precedentes ao fechamento como, por exemplo, a autorização da Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC ou da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. No caso de operações envolvendo mercados regulados pela ANATEL, a operação deveria ser notificada perante esta autoridade, e não perante a SDE (cf. artigo 54, § 3º, da Lei n.º 8.884/94, do art. 7º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.472/97, do art. 3º da Norma 4/98, anexa à Resolução Anatel n.º 76/1998, e do art. 61 da Norma 7/99, anexa à Resolução Anatel n.º 195/99). Se a operação envolvia mercados regulados e não regulados, a Operação era notificada ao SBDC em dois feitos: um por meio da ANATEL; outro por meio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça –SDE, tendo em vista os serviços não regulados envolvidos. Na Nova Lei, contudo, a avaliação concorrencial de operações no setor de TELECOM é realizada exclusivamente perante o CADE.

legal a todas as operações, tal como ocorre sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011).

A não submissão de operações de notificação obrigatória ao CADE no prazo legal poderia gerar a imposição da obrigação de as partes recolherem a taxa processual e de notificarem a operação para que o seu mérito concorrencial fosse avaliado, sem prejuízo da eventual instauração de processo administrativo e da aplicação de multa pecuniária por intempestividade, de valor não inferior a 60 mil Ufir nem superior a 6 milhões de Ufir (vide artigo 54, §5º da Lei n.º 8.884/1994)<sup>12</sup>.

O valor de multa efetivamente aplicado levava em conta os seguintes elementos: (i) faturamento das partes envolvidas; (ii) tempo de atraso (dias/multa); (iii) reincidência<sup>13</sup>; e (iv) imposição de restrições ou rejeição à Operação. Por outro lado, a notificação voluntária gerava um desconto de 30% no valor da multa (vide Resolução CADE n.º 44/2007).

Sob a Antiga Lei, eram considerados como de notificação obrigatória os atos, sob qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, nos termos do artigo 54 da Lei n.º 8.884/1994.

No rol desses atos, o §3º do artigo 54, conforme redação dada pela Medida Provisória n.º 1.950-70, de 2000, mencionava que, em se tratando de *“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*

---

<sup>12</sup> “Art. 54. (...) § 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.” A Unidade de Referência Fiscal - UFIR foi extinta em decorrência do §3º do Art. 29 da Medida Provisória 2095-76, mas o valor da Ufir, quando de sua extinção em 2000, era de R\$1,0641.

<sup>13</sup> No que se refere à reincidência, o CADE adotou o entendimento de que, por força do princípio de que a pena não pode passar da pessoa do infrator (*cf.* artigo 5º, XLV, da Constituição Federal), a reincidência deve ser da própria pessoa jurídica que cometeu nova infração e que, portanto, a existência de infração pretérita por outra empresa do grupo não é capaz de gerar a aplicação de reincidência em relação à outra empresa, só por pertencer ao mesmo grupo econômico (vide Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado nos autos do Ato de Concentração n.º 08012.012246/2007-81). Essa decisão é um importante precedente a também sugerir a aplicação de princípios típicos do Direito Penal ao campo Antitruste, inclusive quando a prática é uma infração administrativa e não penal, como ocorre no caso de notificação intempestiva. Com efeito, a utilização de princípios de Direito Penal ao Antitruste é comum e, ao mesmo tempo, determinante em diversas situações, na medida em que princípios como a “Retroatividade da Lei Mais Benéfica” e “Presunção de Inocência” são vitais para garantir uma atuação do CADE condizente com o ordenamento jurídico pátrio. Esta é ainda uma demonstração da importância de que os atores que atuam na seara antitruste conheçam em detalhes uma grande variedade de conceitos, princípios e teorias pertencentes tradicionalmente a outras áreas do conhecimento.

*agrupamento societário*”, seriam de notificação obrigatória todos aqueles que implicassem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos (grupos econômicos) participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400 milhões.

Assim, eram considerados como de notificação obrigatória todas as operações que, nos termos da Lei, tinham potencial lesivo<sup>14</sup>, inclusive acordos de *cooperação empresarial*, bem como as operações de *concentração econômica* que atingissem qualquer um dos critérios acima (participação de mercado resultante igual ou superior a 20% ou R\$400 milhões de faturamento bruto no último exercício), por serem potencialmente lesivas por presunção<sup>15</sup>. Esse era, inclusive, o entendimento doutrinário predominante, a saber:

*“Há, portanto, dois contextos onde a notificação às autoridades concorrenciais torna-se compulsória, fundamentados cada um deles em dispositivos legais diferentes: (a) atos de cooperação empresarial que excluam, limitem ou prejudiquem a concorrência nos mercados relevantes, a serem comunicados por força do art. 54m caput, da Lei 8.884/1994; e (b) operações de concentração econômica que atingem algum dos critérios objetivos de faturamento ou participação resultante, como manda o art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94 (nesse sentido, cf. FORGIONI, 2005, p. 493-496, GRAU, 2005, p. 264-266, e FORGIONI, 2007, p. 125, nota de rodapé 56, que distinguem estas duas hipóteses normativas como acordos entre concorrentes e operações de concentração econômica, respectivamente. Cf. também SALOMÃO FILHO, 2007, p. 293-299, e 2002, p. 93, que associa essas hipóteses normativas às noções genéricas de cooperação e concentração empresariais, respectivamente)”*<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> A análise do potencial lesivo leva em conta as características do mercado e a posição de mercado das partes. Ou seja, operações envolvendo agentes com participações de mercado reduzidas eram consideradas, em regra, sem potencial de lesar a livre concorrência. Por conta de uma interpretação analógica do disposto no § 3º do Artigo 20 da Lei n.º 8.884/1994, a posição dominante seria presumida quando houvesse o controle de 20% ou mais do mercado relevante. Contudo, como esse próprio artigo indicava, este percentual poderia ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Em relação a operações envolvendo exclusivamente integrações verticais, a existência de cláusulas de exclusividade, raio ou não concorrência, eram consideradas como um elemento relevante para identificar eventual “potencial lesivo”.

<sup>15</sup> Diferente dos *atos de cooperação econômica*, os *atos de concentração econômica* pressupõem alteração nos centros decisórios das empresas. Sobre o tema, vale trazer a lição de Calixto Salomão Filho: “Como já visto, para que ocorra uma concentração, fundamental é que se trate de uma operação que implique mudanças duradouras na estrutura das empresas envolvidas. É necessário ainda que a mudança estrutural torne possível presumir que essas empresas atuarão como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações econômicas por elas realizadas. Esse é o traço característico das concentrações, que permite distingui-las da cooperação empresarial, onde existe apenas unicidade de certos comportamentos nos mercados” (SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007. p. 294).

<sup>16</sup> Vide PRADO FILHO. José Inácio Ferraz de Almeida. *Controle Concorrencial Preventivo de Negócios Jurídicos Verticais: A experiência recente do CADE no controle estrutural de contratos de fornecimento*. In Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - RIBRAC - ANO 18-19 - Janeiro-Junho 2011. Os entendimentos mencionados pelo autor referem-se às seguintes obras: (i)

Nada obstante, a jurisprudência do SBDC acabou por desconsiderar em muitos casos a distinção entre Operações de *cooperação empresarial*, notificáveis com base no potencial lesivo, das de *concentração empresarial*, considerando os critérios de faturamento e participação de mercado como suficientes para conhecer de operações de *cooperação empresarial*<sup>17</sup>.

### 3. O controle de estruturas da Lei n.º 12.529/2011

Com a entrada em vigor da Nova Lei de Defesa da Concorrência, em 29 de maio de 2012, o SBDC foi reformulado, de modo que o “Novo CADE” passou a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral<sup>18</sup> e pelo Departamento de Estudos Econômicos<sup>19</sup>. Como resultado, a SDE deixou

---

FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005; (ii) GRAU. Eros Roberto; FORGIONI. Paula A. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005; (iii) FORGIONI. Paula A. *Direito Concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007; e (iv) SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

<sup>17</sup> Essa distinção, apesar de decorrer claramente da Lei, era mais comum em casos mais antigos, como pode ser observado pelo trecho que segue do Parecer Técnico da SEAE que segue: “*para os casos de cooperação econômica, como é o caso de ‘codeshares’, não há qualquer presunção de lesividade na lei, aplicando-se a regra geral do caput do artigo 54*” (cf. § 8, Nota Técnica da Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) no Ato de Concentração n.º 08012.011750/2007-64; TAM e LAN Airlines S.A., grifos nossos). De todo modo, o CADE acabou desconsiderando, em muitos casos e gradativamente ao longo dos anos, o “potencial lesivo” como um elemento relacionado com a necessidade de notificar a operação, focando nos critérios objetivos de participação de mercado e faturamento dos grupos econômicos para conhecer a operação. Nada obstante, existem argumentos jurídicos sólidos para justificar a não notificação de *cooperação empresarial* sem potencial lesivo. O primeiro deles é o próprio teor da Lei, conforme mencionado acima. Adicionalmente, a patente insegurança jurídica sobre o tema torna mais do que justificável a não notificação dessas operações, como pode ser visto pelos precedentes que seguem, *in verbis*: “*As cooperações empresariais são particularmente delicadas em casos que envolvem compartilhamento de capacidade produtiva, como no caso dos sistemas de Code Share, ou em mecanismos de cooperação para compra ou venda. É meu entendimento que a cooperação econômica não é de comunicação obrigatória*” (Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Ato de Concentração n.º 08012.002442/2004-03. Requerentes Líder Táxi Aéreo S/A – Air Brasil, Helicópteros do Brasil S/A. DJ 15/12/2004). No mesmo sentido: “*Ainda que a apresentação de acordos de code share ao SBDC não seja obrigatória atualmente, ela é, no mínimo, recomendável.*” (cf. § 27 do Parecer n.º 06638/2007/RJ, emitido pela SEAE nos autos do Ato de Concentração n.º 08012.011318/2007-73; Requerentes TAM e TAP – Transportes Aéreos Portugueses). Ou seja, ao aplicar uma sanção pela não notificação de uma operação que não seria de submissão obrigatória por força de Lei, a autoridade acaba por descumprir a Constituição Federal que dispõe que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (vide artigo 5º, inc. II, da Constituição Federal).

<sup>18</sup> A Superintendência-Geral desempenha no novo sistema grande parte das funções que eram realizadas pela SDE e pela SEAE, como a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e de análise atos de concentração. Casos mais simples que receberem pareceres da Superintendência-Geral pela aprovação, sem restrição, podem ser encerrados sem passar pelo Tribunal do CADE.

<sup>19</sup> Ao Departamento de Estudos Econômicos cabe a tarefa de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do CADE no mercado.

de existir e as funções da SEAE foram modificadas para que ela se transforme primariamente num órgão de promoção da cultura da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (*advocacy*).

A Nova Lei alterou de forma profunda o regime de controle de estruturas ao introduzir um regime que exige a submissão prévia ao CADE dos atos de notificação obrigatória, com um prazo máximo de 240 dias para que a análise concorrencial seja realizada, salvo no caso de pedido de prorrogação pelo CADE, em prazo não superior a 90 dias (cf. Art. 88, §2º cc/ §9º da Lei n.º 12.529/2012).

Como é cediço, a implementação de um sistema de controle prévio impôs profundas mudanças na dinâmica das operações de notificação obrigatória no Brasil. Com efeito, o regime de “*bar on closing*” impede que as partes implementem a operação antes da aprovação final da autoridade concorrencial ou que realizem atos que possam alterar a dinâmica concorrencial, como a troca direta de informações concorrencialmente sensíveis<sup>20</sup> e ingerência nas atividades comerciais da outra.

A consumação de atos de concentração de notificação compulsória, antes da sua aprovação pelo CADE, acarreta no cometimento da prática denominada de “*gun jumping*” (ou seja, “queima da largada”). Essa prática pode gerar, nos termos da Lei, além da nulidade<sup>21</sup> dos atos de implementação e outras sanções acessórias, multa pecuniária que varia de R\$60 mil a R\$60 milhões, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para imposição das sanções por infração da ordem econômica. Nos termos da Lei, as multas podem variar entre 0,1% e 20% do faturamento da empresa investigada, incluindo seu grupo ou conglomerado, no exercício anterior ao do início

---

<sup>20</sup> Não existe uma lista exaustiva ou um conceito fechado do que seriam informações concorrencialmente sensíveis e, inclusive, o contexto e a forma como são trocadas impactam a eventual caracterização de prática anticoncorrencial. Em regra, a troca injustificada de informações sobre preços (especialmente presentes e futuros), margens, lista de clientes, estratégias comerciais, pode gerar questionamentos do ponto de vista antitruste, mas é importante que a autoridade concorrencial analise com muito cuidado quando a troca de informações é necessária no âmbito da operação e inofensiva ao ambiente concorrencial.

<sup>21</sup> Ao seu turno, o artigo 61 da Lei n.º 12.529/2011 indica que a observância das eventuais restrições impostas pelo Tribunal do CADE é uma condição para a validade e eficácia do ato. Contudo, parece existir uma inconsistência no Regimento Interno do CADE, que diz em ato anulável, vide § 4º do Art. 112: “A imposição da multa prevista neste artigo não impede a adoção pelo Cade de quaisquer medidas judiciais e administrativas para anulação dos atos já consumados e para garantir que os efeitos da operação permaneçam sobrestados até a sua apreciação final, sem prejuízo de apuração de eventual infração à ordem econômica.”

das investigações, no ramo de atividades em que a infração ocorrer (vide artigo 88, §3º da Lei n.º 12.529<sup>22</sup>).

Por esse motivo, é fundamental que as partes redijam os instrumentos contratuais de forma a assegurar que efeitos concorrenciais só serão produzidos após a aprovação final do CADE, incluindo a aprovação do CADE como condição precedente ao fechamento<sup>23</sup>.

Os critérios a ensejar a obrigatoriedade de notificar ao CADE também foram alterados, de modo que uma operação só é considerada de notificação compulsória na Nova Lei de Defesa da Concorrência se ao menos um dos grupos envolvidos tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, equivalente ou superior a R\$750 milhões e, cumulativamente, pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no Brasil, durante esse mesmo período, um faturamento equivalente ou superior a R\$75 milhões, conforme redação dada pela Portaria Interministerial n.º 994, de 31 de maio de 2012<sup>24</sup>.

No que se refere aos tipos de contratos sujeitos ao controle de estruturas, a Nova Lei dispõe da seguinte forma:

*“Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:*  
*I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;*  
*II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;*

<sup>22</sup> “Art. 88 (...) § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.”

<sup>23</sup> A primeira discussão sobre a prática de “gun jumping” no Brasil se deu no Ato de Concentração n.º 08700.005775/2013-19, envolvendo a OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A.. É interessante notar que as investigações se iniciaram por conta de cláusulas contratuais a indicar a implementação antes da aprovação do CADE. Nesse caso, houve a aplicação de multa pecuniária no valor de R\$3 milhões, mas os atos não foram considerados nulos. Diversos outros casos analisaram a ocorrência de “gun jumping”, a saber: Ato de Concentração n.º 08700.002285/2014-41 (Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC); Ato de Concentração n.º 08700.008292/2013-76 (Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.); Ato de Concentração n.º 08700.008289/2013-52 (UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A.).

<sup>24</sup> Antes da edição dessa Portaria, a Nova Lei previa que devam ser notificadas as operações nas quais as partes envolvidas atendam, cumulativamente, aos seguintes critérios: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$400 milhões; e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$30 milhões.

*III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou  
IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio  
ou joint venture.*

*Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”*

A questão dos contratos associativos segue ainda pouco clara<sup>25</sup>, e espera-se que esta questão seja regulamentada em um futuro próximo.

#### **4. A prescrição no âmbito do CADE**

A prescrição é um instituto extremamente relevante nos mais diferentes regimes jurídicos, sendo aplicável às diferentes áreas do Direito.

A prescrição não visa apenas resguardar os administrados em relação à inércia do Estado, mas também o contrário, uma vez que as demandas das centenas de milhões de administrados em face da administração também estão sujeitas à prescrição<sup>26</sup>.

Ensina o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, arrimado em lição de Câmara Leal, que a prescrição é “*a perda da ação judicial, vale dizer, do meio de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la*”<sup>27</sup>. Esse instituto teria a função de garantir a estabilidade das relações e segurança jurídica.

---

<sup>25</sup> Como dito, ainda não há plena clareza sobre o conceito de cooperações empresariais que seriam de notificação obrigatória. Nesse sentido é o Parecer n.º 394/2012 da Procuradoria do CADE, emitido nos autos do Ato de Concentração n.º 08700.008736/2012-92: “*É bem verdade que não existe uma definição legal do que venha a ser ‘contratos associativos’*”.

<sup>26</sup> A doutrina administrativa costuma distinguir o interesse público, de um lado, do interesse individual e particular do Estado, do outro. Nesse sentido, a prescrição atinge ambos os interesses. O interesse público é geralmente classificado como “*interesse primário*”, ao passo que os últimos são classificados como “*interesse secundário*”, que só poderiam ser buscados quando não colidirem com o interesse público. Nesse sentido: BANDEIRA DE MELO. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 22ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2006. p. 63.

<sup>27</sup> Vide BANDEIRA DE MELO. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 22ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2006. p. 1005. Nessa obra, o Professor Celso Antonio ainda explica que a prescrição representa a extinção do direito de ação, e não do direito em si, como ocorre no caso da decadência. Ao seu turno, Clovis Beviláqua ensina que “*prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo*” (BEVILÁQUA. Clovis. Comentários ao Código Civil, 13ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1993, p. 476). Ainda sobre o tema, o Professor Nelson Nery Jr. esclarece que a afirmação de que a prescrição extingue a ação e a decadência extingue o direito é insuficiente para distinguir os dois institutos, pelos seguintes motivos: “*(...) somente as pretensões exercitáveis por meio de ação condenatória é que estariam sujeitas, sempre, à prescrição, porque somente os direitos à prestação é que podem ser*

Outras questões de ordem mais prática, como o teórico desaparecimento dos rastros e efeitos, a futura boa conduta e o esquecimento pela sociedade são também usados para justificar a adoção de um regime de prescrição, especialmente sob a ótica penal<sup>28</sup>. Os Tribunais Superiores também tratam da matéria de maneira semelhante, *in verbis*:

*“A prescrição da pretensão punitiva refere-se à perda do direito do Estado de punir ou de executar a pena pelo decurso do tempo, extinguindo a punibilidade do acusado ou condenado”* (STF. Glossário Jurídico);

*“(...) a prescrição (tal como a decadência) é um instituto concebido em favor da estabilidade e da segurança jurídicas, não se pode admitir que o litigante em processo administrativo disciplinar aguardasse, indefinidamente, o exercício do poder punitivo do Estado”* (STJ. 5ª Turma. Min. Relatora Laurita Vaz. RMS n.º 25076/RS. DJ. 18/08/2011).

Especificamente em relação à prescrição administrativa<sup>29</sup>, relevante para o presente estudo, esta *“designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas”*<sup>30</sup>. Cada uma dessas situações teria um prazo prescricional distinto e, considerando o objetivo deste trabalho, apresentaremos abaixo apenas o prazo exclusivo para a pretensão punitiva da administração pública federal, que seria relevante para a atuação do CADE.

---

*violados. Que haja, quer não exista prazo previsto em lei para o exercício da pretensão condenatória, ele é sempre sujeita à extinção por meio da prescrição”* (NERY JUNIOR. Nelson e NERY. Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007. p. 517).

<sup>28</sup> Nesse sentido: *“La prescripción tiene, teóricamente, diversos fundamentos: el simple transcurso del tiempo, la desaparición de los rastros y efectos del delito, la presunción de buena conducta, el olvido social del hecho, etc. En nuestro derecho vemos funcionar como base del sistema un doble motivo: el transcurso del tiempo y la conducta observada por el sujeto”* (SOLER. S. Derecho Penal Argentino. 10ª ed., Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 541).

<sup>29</sup> *“A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação (...). O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores. Transcorrido o prazo prescricional fica a Administração ou o servidor impedido de praticar o ato prescrito, sendo inoperante o extemporâneo”* (MEIRELLES. Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pág. 577).

<sup>30</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª Edição. São Paulo: Editora Jurídico Atlas, 2006. p. 704.

A questão sobre o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, vem disposta na Lei n.º 9.873/99<sup>31</sup> que, assim dispõe:

*“Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*

*§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.*

*§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.”*

Desse modo, a prescrição a que se refere à multa por não notificação das operações ou por consumação sem aprovação do CADE é a indicada no *caput* do artigo acima. Como resultado, os dois prazos possíveis seriam os seguintes: (i) prazo de 5 (cinco) anos, caso a data da infração seja considerada como o primeiro dia útil após o decurso do prazo de 15 (quinze) dias úteis para notificar, na Antiga Lei, ou do primeiro ato de implementação da operação, na Nova Lei; ou (ii) prazo de 5 (cinco) anos a partir do “cessamento dos efeitos” da Operação caso a não notificação, na Antiga Lei, ou o fechamento sem aprovação, na Nova Lei, seja considerada como uma infração permanente ou continuada.

Uma vez que os prazos acima se referem à aplicação de sanções, uma questão interessante a ser analisada é natureza do controle de estruturas pelo CADE e os efeitos da aprovação sob a validade e/ou eficácia do negócio jurídico.

De um ponto de vista distinto, caso a análise concorrencial feita pelo CADE seja considerada uma sanção, ela estará sujeita a prazo prescricional, nos termos indicados acima. Por outro lado, caso seja vista de maneira diversa, como ocorreu na decisão analisada abaixo, proferida pelo Plenário do CADE durante a Sessão Ordinária de Julgamento de n.º 498, de 31 de agosto de 2011, nos autos do Ato de Concentração n.º 53500.028086/2006 (Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Requerentes: DR Empresas de Distribuição e Recepção de TV Ltda. e Antenas

---

<sup>31</sup> A Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999, estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela administração pública federal, direta e indireta, e dá outras providências. Essa lei se aplica ao CADE.

Comunitárias Brasileiras Ltda.), não seria o caso de se falar em prescrição. Mesma situação ocorre em relação aos efeitos gerados pela não aprovação da Operação na Antiga Lei, ou pela consumação antes da aprovação do CADE na Nova Lei.

## **5. A prescrição no controle de estruturas**

A questão sobre a prescrição no controle de estruturas da Antiga Lei foi analisada em detalhes pelo CADE nos autos do Ato de Concentração n.º 53500.028086/2006, de relatoria do então Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (Requerentes DR Empresas de Distribuição e Recepção de TV Ltda. e Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda. dj. 31.08.2011). Como será detalhado a seguir, esta decisão fornece indicativos importantes sobre o entendimento esperado do CADE no tocante aos efeitos do decurso do prazo quinquenal em relação ao controle concorrencial previsto na Nova Lei.

Como foi possível notar dessa decisão, existem diferentes possíveis naturezas jurídicas que podem ser atribuídas (i) ao controle de estruturas pelo CADE; (ii) à infração decorrente da não notificação tempestiva das operações; e (iii) aos efeitos gerados ao negócio jurídico de notificação obrigatória que carecer de aprovação pelo CADE ou que tiver sido fechado antes de ter sido aprovado pela autoridade.

A depender do entendimento adotado para cada uma dessas questões, o decurso de prazo prescricional de 5 (cinco) anos geraria efeitos distintos (ou nenhum), a extinguir apenas a pretensão de aplicar a multa e/ou de o CADE requisitar a notificação compulsória da operação para a análise concorrencial e/ou arguir que a operação seria nula ou carente de eficácia.

Ao analisar essas questões, a decisão do Plenário do CADE no Ato de Concentração mencionado, apesar de não ser a primeira que tratou do tema<sup>32</sup>, indicou

---

<sup>32</sup> Cite-se, a título de exemplo, a decisão do CADE no Ato de Concentração n.º 08012.003315/2004-13. Requerentes E.I. Du Pont de Nemours and Company, Du Pont do Brasil S.A. e Griffin Corporation of Valdosta, Geórgia. dj. 22/2/2006). Nessa ocasião, o Plenário, por unanimidade, aprovou a operação, sem restrições, considerando, também por unanimidade, como sendo intempestiva a apresentação da operação, porém, por maioria, deixando de aplicar multa por intempestividade, tendo em vista verificação de prescrição da ação punitiva da administração pública, nos termos dos votos do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e Luis Fernando Schuartz, vencidos o Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos e o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva apenas no que tange a aplicação de multa por intempestividade, tendo ambos votado pela aplicação de multa por intempestividade.

que as operações não notificadas sob a Lei antiga terão suas multas administrativas consideradas como prescritas após 5 (cinco) anos do fim do prazo de 15 (quinze) dias úteis para notificação, nos termos do artigo 1º da Lei n.º 9.873/1999<sup>33</sup>, sem prejuízo de seguirem, *ad eternum*, sujeitas ao controle de estruturas pelo CADE.

Esse precedente confirma, de forma cristalina, que a não notificação tempestiva seria uma infração instantânea<sup>34</sup>, a alterar o entendimento defendido no passado no sentido de que as multas administrativas por não notificação dentro do prazo seriam imprescritíveis (vide decisões do CADE nos Atos de Concentração n.º 08012.000304/1998-81 e 08012.003315/2004-1335).

---

<sup>33</sup> Vale indicar que a ProCADE já havia editado parecer a reconhecer a prescrição da multa administrativa: “No caso do processo administrativo para aprovação de ato de concentração, a multa por intempestividade prescreve em cinco anos, contados da data em que deveria ter sido submetido ao SBDC, salvo se, neste íterim, (i) forem as partes notificadas ou intimadas da instauração de um procedimento para apuração de AC (art. 45 da Portaria MJ 04/06) ou (ii) o AC for apresentado, voluntariamente, por qualquer das partes. Nesse último caso, obviamente, não há necessidade de notificação ou intimação inicial, pois a instauração do processo administrativo para aprovação de ato de concentração – no bojo do qual se apura eventual ilícito relativo à intempestividade e se aplica a sanção correspondente - é automática em decorrência da iniciativa das próprias partes interessadas. Assim, a finalidade dos atos formais de notificação ou intimação pessoal no processo administrativo para aprovação de ato de concentração (qual seja, a ciência às partes de sua instauração) é atingida no momento em que protocolam voluntariamente o pedido de aprovação” (Despacho n.º 129/2006/PG/CADE do então Procurador Geral, Dr. Arthur Sanchez Badin, datado de 20 de dezembro de 2006).

<sup>34</sup> Essa questão foi analisada de forma precisa pelo Conselheiro Luís Fernando Schuartz, *in verbis*: “É certo que a finalidade que se buscou alcançar por meio dos §§ 4º e 5º do art. 54 foi a de desincentivar agentes envolvidos em atos possivelmente prejudiciais à concorrência, a subtrair da autoridade competente o exame dos seus efeitos econômicos reais ou esperados. Dada a redação das mencionadas normas, entretanto, a permanência desse estado de coisas (i.e., o estado de coisas consistente na subtração) não retira o caráter instantâneo da infração, pois esse estado não é constitutivo do tipo legal. Nesse sentido, a consumação do ilícito se esgota com o ato da não notificação, que se verifica após o término do referido prazo. O estado da ausência de notificação, que perdura após o momento em que ocorre o ato da não notificação tempestiva e com ela, a infração, não mais deixa-se alcançar pela norma do §5º, podendo servir, a partir daí, exclusivamente como fator para a quantificação da sanção aplicável- Isso implica que o intervalo de tempo compreendido entre o instante em que findou o prazo para apresentação tempestiva do ato, de um lado, e o instante da sua apresentação efetiva ao CADE, de outro lado, não pode ser tratado juridicamente enquanto período de consumação da infração” (Voto-Vista no Ato de Concentração n.º 08012.003315/2004-13. Requerentes E.I. Du Pont de Nemours and Company, Du Pont do Brasil S.A. e Griffin Corporation of Valdosta, Geórgia dj. 22/2/2006).

<sup>35</sup> À época, os seguintes argumentos foram apresentados para arguir que se trataria de uma infração permanente: “Observa-se que a não apresentação do Ato de Concentração às autoridades antitrustes brasileiras configura-se descumprimento de dever legal, que se perpetua no tempo. Há uma obrigação imposta pela lei, de apresentação do Ato de Concentração às autoridades, e tal obrigação não foi cumprida. As partes poderiam, a qualquer momento, por livre e espontânea vontade, apresentarem tal operação, mas se recusaram a submeterem tal/ ato ao SBDC, mantendo-se assim o descumprimento, a infração à legislação em vigor” (cf. Voto do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos). Similarmente foi o voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, a saber: “(...) O dever de comunicar o ato de concentração às autoridades subsiste ainda que descumprido o prazo legalmente estipulado de 15 (quinze) dias, o que consubstancia infração de caráter permanente, vez que se encontra sob a exclusiva autonomia da vontade do agente a cessação da conduta juridicamente apenada, qual seja, a não apresentação de operação no prazo previsto”.

Para tanto, o CADE adotou a interpretação de que a prescrição prevista na Lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta (Lei n.º 9.873/99), trata exclusivamente de ações destinadas à aplicação de punições, o que não seria o objeto do controle de atos de concentração pelo CADE.

Segundo essa decisão, o controle de estruturas pelo CADE destina-se a verificar se a operação poderá ou não prejudicar a livre concorrência<sup>36</sup>. Assim, segundo o Parecer da ProCADE, utilizado pelo Conselheiro Relator como fundamento da decisão, “[N]este caso não há ilícito e, portanto, não há ação punitiva da Administração. Ainda que ocorra a não aprovação do ato de concentração ou sua aprovação com restrições, não se está aplicando sanção alguma. O que há é mero condicionamento ou restrições de direitos”. Como resultado, o artigo 1º da Lei n.º 9.873/99 não seria aplicável para obstar a análise antitruste do CADE.

Ao longo dessa decisão, foi citado o Voto do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, proferido no Ato de Concentração de n.º 08012.003315/2001-13, julgado em 13 de outubro de 2005. Segundo essa decisão, a única hipótese em que um ato de concentração pode ser aprovado sem a apreciação de seu mérito é a prevista no já revogado artigo 54, § 7º da Lei n.º 8.884/94, que equivale à aprovação no de a análise do CADE tardar mais do que os prazos máximos. Dispositivo análogo está previsto no artigo 88 da Nova Lei (240 dias prorrogáveis por mais 60 a pedido das partes, ou 90 a pedido do Tribunal), conforme analisado pelo Parecer ProCADE n.º 17/2012/PROCADE/AGU. De toda sorte, evidentemente os prazos têm efeitos diversos quando comparamos um regime de análise prévia com um regime de análise a posteriori.

O Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer ainda destacou nessa oportunidade que, segundo a Lei n.º 8.884/1994, a não apresentação da operação ao CADE traz também a ineficácia da Operação, a gerar a pendência de condição de eficácia do negócio jurídico, nos termos do § 7º do artigo 54 da mencionada Lei. Seria

---

<sup>36</sup> Apesar de não ter sido expressamente utilizado pelo CADE como fundamento, esse argumento é semelhante ao utilizado por alguns Tribunais para sustentar que “o exercício de atividade econômica de forma irregular não gera direito adquirido” (cf. decisão do TJ-SP, na APL 0141656-38.2006.8.26.0000 SP. 5ª Turma. Des. Rel. Francisco Bianco. DOU 23/07/2011). No mesmo sentido, a doutrina também reconhece que não se extinguem as pretensões constitutivas sem prazo de exercício previsto em lei, como quanto às pretensões declaratórias, “razão pela qual se falam que são perpétuas” (NERY JUNIOR. Nelson e ANDRADE. Rosa Maria Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007. p. 517).

esse outro argumento a justificar a não prescrição, a possibilitar o desfazimento ou ajuste da operação caso prejuízos à ordem econômica sejam identificadas<sup>37</sup>.

Na linha desse raciocínio, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo entendeu, ao julgar o Ato de Concentração n.º 53500.028086/2006 analisado, que “*tem-se como imprescritível a obrigatoriedade de notificação de atos de concentração ao SBDC, o que significa que, no presente caso, o CADE pode e deve conhecer deste ato de concentração, analisá-lo e, se for o caso, impor-lhe restrições, ou mesmo reprová-lo*”.

A partir da análise dessa decisão, é possível inferir que a multa prevista na Nova Lei pela consumação antes da aprovação do CADE, bem como as outras sanções previstas na legislação concorrencial, também seriam prescritíveis após o prazo de 5 (cinco) anos do fechamento, por se tratarem de sanções aplicadas pela Administração Pública.

Nada obstante, a questão sobre a eventual nulidade dos atos consumados sem a aprovação do CADE, prevista no §3º do artigo 88 da Nova Lei, é, na nossa visão, bastante complexa<sup>38</sup>.

De um lado, caso a nulidade do ato não seja uma sanção, e decorra automaticamente da Nova Lei, seria possível arguir que não haveria prescrição, por ser matéria de ordem pública, que penderia apenas de ser declarada<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> No mesmo sentido, o artigo 199, inc. I, do Código Civil, diz que não ocorre a prescrição quando pender condição suspensiva. Apenas para fins de completude, vale indicar o conteúdo do artigo 125 do Código Civil: “Art. 125. *Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.*”

<sup>38</sup> “Art. 88 (...) § 3º *Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.*”

<sup>39</sup> Por exemplo, o reconhecimento da nulidade pode ser interpretado como um direito potestativo da administração pública. É possível identificar lições interessantes vindas da doutrina por meio da consulta a precedente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, *in verbis*: “Agnelo Amorim Filho, apoiado no mestre italiano Chiovenda, ensina que, ao propor uma ação para exercer um direito potestativo, o autor/titular “não pleiteia do réu qualquer prestação de dar, fazer, de não fazer, de abster-se, ou de outra espécie”, mas visa apenas “criar, extinguir, ou modificar determinada situação jurídica, e isso é feito independentemente da vontade, ou mesmo contra a vontade da pessoa ou pessoas que ficam sujeitas aos efeitos do ato”, de modo que o “réu da ação, embora não fique obrigado a uma prestação, sofre uma sujeição” (Critério Científico Para Distinguir a Prescrição da Decadência e Para Identificar as Ações Imprescritíveis, RT 744/732, outubro de 1987). Nesse passo, Agnelo Amorim esclarece que os direitos potestativos são insuscetíveis de violação. Porém, o exercício desses direitos, judicial ou extrajudicial, pode ou não estar condicionado a um prazo de decadência, dependendo do grau de perturbação social que o não exercício pode causar. Por consequência, para os direitos potestativos subordinados a prazo, o seu decurso sem o exercício implica a extinção do próprio direito; já para aqueles não vinculados a prazo, prevalece o princípio geral da inextinguibilidade ou da perpetuidade, ou seja, direitos que não se

Por outro lado, poder-se-ia também cogitar, em tese, que os atos não notificados sob a Nova Lei não teriam sua validade ou eficácia comprometida pela ausência de notificação, pois a nulidade a que se refere à Nova Lei é incluída no § 3º do artigo 88 da Nova Lei como uma sanção à consumação antes da aprovação do CADE, e não como uma condição para a validade do negócio jurídico.

Assim, o ato seria plenamente válido e eficaz até a aplicação da sanção de “nulidade”, o que só poderia ocorrer dentro do prazo quinquenal. Caso contrário, a Administração pública estaria por tardiamente desconstituir situação de “forte aparência de legalidade”<sup>40</sup>, que já seria imutável<sup>41</sup>. De mais a mais, a própria nulidade seria questionável, na medida em que, se produziu efeitos, a decisão teria que ser anulada, a tornar relativamente incerto como se dará a aplicação da Lei nesse particular<sup>42</sup>.

---

*extinguem pelo não uso”* (STF. 1ª Turma. Ministra Denise Arruda REsp. n.º 526015 / SC Recurso Especial 2003/0047965-8. DJ. 07/02/2006). No mesmo sentido, “*reconhecimento da nulidade é matéria de ordem pública, não estando sujeito à prescrição, decadência ou preclusão. A nulidade prescinde de ação para ser reconhecida judicialmente, reconhecimento esse que tem de ser feito ex officio pelo juiz, independentemente de provocação da parte ou do interessado, a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive por meio de objeção de executividade no processo de execução*” (NERY JR. Nelson. NERY. e Rosa Maria de Andrade. *Código Civil (LGL\2002\400) Comentado*, 4.ª ed., São Paulo: RT, 2006, coment. 3 CC166, p. 279).

<sup>40</sup> “Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando da inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela (REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. pág. 72).

<sup>41</sup> De fato, existe grande debate sobre os efeitos da nulidade em relação aos atos de particulares e atos da administração pública. Inclusive, para alguns a nulidade seria insanável pelo tempo. Contudo, Mauro Roberto Gomes de Mattos, em seu artigo *Princípio Do Fato Consumado No Direito Administrativo*, traz alguns precedentes interessantes sobre a ocorrência de prescrição para se questionar atos nulos (mesmo que com enfoque nos atos administrativos), *in verbis*: “*Merece destaque, a jurisprudência administrativa baixada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em 25/3/93, que pelo Parecer CJ n.º 074, da lavra da Coordenadora CEP/CJ/MJ, Dra. Rosa Maria de Guimarães Fleury, devidamente aprovado pelo ilustre Consultor Jurídico, Dr. Guilherme Magaldi Netto, ficou assim ementado: “EMENTA: DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INCIDÊNCIA. 1 - A pretensão deduzida perante a Administração Pública para rever ato com vício de nulidade está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto 20.910/32, que não pode ser relevada. 2 - “A orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito, mormente quando a interpretação emanada do Egrégio Supremo Tribunal Federal” (CGR, Pareceres n.º S-011, de 12.02.1986, 261-T, de 30.04.53; C-15, de 13.12.1960; H-76; I-222, de 11.06.73; L-211, de 04.10.1978; P-33, de 14.04.1983). 3 - Sugestão de revisão do Parecer CR/CG n.º 01/92, aprovado pelo Parecer JCF-011, porque conflitante com a Jurisprudência consolidada, a doutrina predominante e o princípio da legalidade insculpido no art. 37, caput, a C.F.” E a Advocacia Geral da União, acatando a sugestão citada anteriormente pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, baixou o parecer n.º CQ-10, de 6 de outubro de 199326: “Ato Nulo – Revisão – Prescrição Quinquenal. - prescrição quinquenal prevista no artigo 1º do Decreto n.º 20.910/32 abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável. - Revisão do Parecer JCF, de 30 de novembro de 1992, da Consultoria Geral da República (RDA 194:307-314)”*. Disponível em [http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/principio\\_do\\_fato\\_consumado\\_no\\_direito\\_administrativo.pdf](http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/principio_do_fato_consumado_no_direito_administrativo.pdf).

<sup>42</sup> É interessante notar que o próprio Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução 1/2012 e alterado pela Resolução n.º 5/2013, fala de “*anulação dos atos já consumados*”, *in verbis*: “*Art. 112 O Cade poderá impor multa às partes que empreendam qualquer ação no sentido de consumação da*

Ainda em relação a este argumento, parece-nos crucial destacar que o CADE recebeu explicitamente a decretação como uma sanção ou um efeito opcional, e não como uma decorrência automática da Lei.

Ademais, segundo o que foi decidido pelo CADE no Ato de Concentração n.º 08700.005775/2013-19, envolvendo a OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A, a decretação da nulidade parece ser passível de não aplicação quando não for conveniente e oportuno, em situações consideradas pela autoridade como excepcionais<sup>43</sup>. Vale o destaque que situação similar ocorreu nos demais casos em que houve a aplicação de multa por “gun jumping” pelo CADE. Ou seja, a partir do momento em que a autoridade pode decidir se um ato será nulo ou não, tendo discricionariedade para tanto, este ato administrativo pode se investir de traços sancionatórios.

De todo modo, a questão sob os efeitos da prescrição em relação ao controle concorrencial na Nova Lei é um tema que certamente levantará profundas discussões, uma vez que se trata de tema extremamente polêmico e sofisticado do ponto de vista dogmático, e só estará definido após a emissão de alguma decisão sobre o tema pelo CADE e, se for o caso, pelo Judiciário, na hipótese de haver contestação em relação ao adotado pelo CADE.

---

*operação de submissão obrigatória, em desacordo com o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 108, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e não superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do art. 88, § 3º, da Lei nº 12.529, de 2011. (...) § 4º A imposição da multa prevista neste artigo não impede a adoção pelo Cade de quaisquer medidas judiciais e administrativas para anulação dos atos já consumados e para garantir que os efeitos da operação permaneçam sobrestados até a sua apreciação final, sem prejuízo de apuração de eventual infração à ordem econômica.”*

<sup>43</sup> Nesse caso, OGX se comprometeu a pagar R\$3 milhões, reconhecendo a prática de “gun jumping”. Contudo, o negócio jurídico não foi declarado nulo, em razão “de um contexto absolutamente excepcional” (operação não gera nenhum efeito anticoncorrencial, o objeto do negócio não está em funcionamento, foram realizados atos meramente operacionais e de mera administração ordinária, e contexto regulatório dúbio). O Parecer da ProCADE nesse caso foi claro ao afirmar que recebido o incidente para investigar a prática de “gun jumping” e distribuído a um Conselheiro Relator, “o Tribunal deverá apreciar a existência da consumação, a eventual decretação de nulidade e aplicação da multa no prazo de 30 (trinta) dias contados do envio do pedido pela Superintendência-Geral” (Vide Parecer 182/2013 – PFE CADE/PGF/AGE, datado de 25 de julho de 2013 e emitido nos autos do Ato de Concentração n.º 08700.005775/2013-19).

## 6. A análise de mérito nos casos avaliados após longo período de tempo

Outra questão bastante interessante do precedente principal analisado neste artigo (Ato de Concentração n.º 53500.028086/2006) diz respeito à análise de mérito procedida.

O primeiro ponto a se destacar é que os dados inicialmente considerados na análise datam de quando a operação foi realizada (2000), e não do momento da análise pelo CADE. Nesse sentido, observa-se um louvável rigor técnico em analisar a operação sob o prisma em que ela foi realizada, evitando que os *market shares* considerados estivessem de alguma forma “contaminados” por eventuais crescimentos regulares ao longo dos anos que careçam denexo de causalidade com a operação. Note-se, nesse especial, que a aquisição de participação de mercado decorrente de maior eficiência é prática absolutamente lícita no ordenamento jurídico brasileiro (vide artigo 36, § 1º da Nova Lei).

Por outro lado, o CADE reconheceu que na hipótese de situações mercadológicas posteriores sirvam para subsidiar a aprovação da operação, esses elementos devem ser considerados na análise realizada pela autoridade. Nesse sentido, vale trazer o trecho do Voto:

*“Em se verificando que, hoje, o mercado de TV por assinatura de Blumenau possui uma estrutura distinta, com novos concorrentes detendo participações de mercado e poder de contestação mais significativos, poderia não mais se fazer necessário aplicar um remédio ao ato de concentração. (...) Dito isso, e no cenário concorrencial atual, algumas razões levam este Relator a pronunciar-se pela aprovação irrestrita da operação”.*

Ou seja, fenômenos posteriores que prejudiquem as Requerentes não devem ser levados em conta para a reprovação da Operação, considerando carecerem de nexode causalidade com a operação. Por outro lado, situações benéficas posteriores devem ser levadas em conta, em prol do próprio princípio da livre concorrência e livre iniciativa. Essa forma de análise é precisa na medida em que tem como premissa implícita que o bloqueio de operações ou a imposição de restrições deve ser excepcional e bem justificado, já que o próprio ordenamento jurídico reprime a intervenção injustificada na atividade econômica e que em muitos casos a aprovação de operações é pró-competitiva.

## **7. Conclusão**

Como destacado ao longo deste estudo, o tema analisado é relevante para as empresas que realizaram operações de notificação obrigatória sob a vigência da Lei n.º 8.884/1994, mas que as deixaram de notificar tempestivamente ao CADE, bem como para as empresas que consumaram ou consumarão as operações antes da aprovação do CADE sob a Nova Lei. Isso seria válido tanto para operações realizadas no Brasil, quanto para realizadas no exterior, mas que geraram efeitos no território nacional.

Desse modo, a decisão do Ato de Concentração de n.º 53500.028086/2006 é um importante indicativo de que as sanções administrativas (multas e outras restrições estruturais ou comportamentais) seriam sujeitas à prescrição após o decurso do prazo quinquenal.

Esse entendimento indicaria que a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública é a regra no Direito brasileiro, devendo ser respeitada pela autoridade concorrencial com vistas a atribuir segurança jurídica e estabilidade às relações jurídicas e evitar que as decisões do CADE sejam contaminadas pela ilegalidade.

Além disso, essa decisão sinalizaria também que a análise concorrencial do CADE seria imprescritível. Esse é um ponto extremamente sensível e relevante, pois ensejaria o reconhecimento de passivos concorrenciais a empresas que indevidamente não notificaram operações ao CADE, já que essas operações pretéritas poderiam ser revistas e implicariam o recolhimento da taxa processual.

Contudo, a análise do mérito concorrencial deve levar em conta as alterações posteriores de mercado que possam justificar a aprovação da operação que, à época, implicava potencial anticompetitivo que inexistia no momento da análise concorrencial futura. Esse entendimento decorre da aplicação racional da legislação concorrencial pátria e do reconhecimento implícito de que o controle estrutural do CADE deve visar a eficiência de mercado e não ser um instrumento para a imposição injustificada de restrições a operações de concentração econômica.

Finalmente, a questão sobre os efeitos da aprovação do CADE sob o negócio jurídico é a que nos parece mais obscura, e argumentos para defender diferentes posições são possíveis e esperados. Basicamente, se a nulidade puder ser considerada como uma sanção a ser aplicada pelo CADE, ela seria prescritível.

De toda sorte, essa decisão corrobora a importância de se submeter ao CADE as operações de notificação obrigatória, de modo que dificilmente será benéfico comercialmente deixar de submeter uma operação de notificação obrigatória, uma vez que esse potencial passivo poderá se prolongar indefinidamente, permitindo ainda o desfazimento da Operação mesmo que décadas depois e eventual questionamento sobre a eficácia do ato não notificado ao CADE. Nesse especial, é importante atentar para a relevância do tema ao longo de auditorias legais e na hora de avaliar os riscos decorrentes da não notificação de operações à autoridade concorrencial.

## **8. Referencias Bibliográficas**

BANDEIRA DE MELO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

BEVILÁQUA. Clóvis. *Comentários ao Código Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1993.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª Edição. São Paulo: Editora Jurídico Atlas, 2006.

MEIRELLES. Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

NERY JUNIOR. Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade. *Código Civil (LGL\2002\400) Comentado*, 4.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR. Nelson. NERY. Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007.

NOVAES FRANÇA. Erasmo Valadão Azevedo. *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*. In Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. 112. São Paulo: Malheiro Editores. Outubro-dezembro. 1998.

PRADO FILHO. José Inacio Ferraz de Almeida. *Controle Concorrencial Preventivo de Negócios Jurídicos Verticais: A experiência recente do CADE no controle estrutural de contratos de fornecimento*. In Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - RIBRAC - ANO 18-19 - Janeiro-Junho 2011.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 3ª Ed. 2002.

SOLER. S. *Derecho Penal Argentino*. 10ª ed., Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

## **O contrato internacional de transferência de tecnologia e o Direito da Concorrência no Brasil: análise à luz da recente jurisprudência do Cade**

Lucas Barrios<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Os contratos internacionais de transferência de tecnologia podem se revestir de aspectos anticoncorrenciais, facilitando a dominação do mercado, e conseqüentemente, obstando a inovação e desenvolvimento tecnológico interno. A atuação estatal, antes intervencionista, cedeu lugar à liberalização econômica e ao controle concorrencial do Cade. Este, por sua vez, consolidou o entendimento pela obrigatoriedade da notificação e vedação de cláusulas de exclusividade. Com a nova Lei 12.529/2011, definiu-se o conceito de ato de concentração, que pôs em dúvida a necessidade de notificação ao Cade. Os recentes julgados mostraram que os contratos de transferência de tecnologia podem trazer graves efeitos anticoncorrenciais em determinados contextos, mesmo expressamente ausentes as cláusulas de exclusividade. Portanto, o Cade deve manter-se atento no controle das estruturas de concentração, em especial, às particularidades do mercado relevante.

Palavras-chave: contrato internacional, transferência de tecnologia, Direito da Concorrência.  
Classificação JEL: K21 – Antitrust law

### **ABSTRACT**

International transfer of technology agreements may often contain anticompetitive clauses, which facilitate market dominance and consequently, may restrain innovation and internal technology development. The Brazilian state, which performed an interventionist role in the past, gave place to economic liberalization and antitrust control by Cade (the Brazilian antitrust authority). In its turn, Cade consolidated the understanding in the need to be notified of the TT agreements, and also, prohibiting exclusivity clauses. With the recent Law 12.529/2011, the definition of act of concentration was objectively given, putting in doubt the need of notifying the TT agreements to the authority. The recent cases appointed that the TT agreements could raise serious anticompetitive effects in determinate contexts. Thus, Cade must remain alert in the control of concentrations, in special attention to the relevant market particularities.

Keywords: international agreements, transfer of technology, antitrust law.  
JEL Code: K21 – Antitrust law

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 4º ano do curso de Direito (UFBA). Foi pesquisador bolsista de iniciação científica (UFBA/FAPESB) no tema "Restrições à autonomia privada na contratação internacional de transferência de tecnologia no Brasil: uma análise à luz do Direito da Concorrência", sob orientação do Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho. É atual membro colaborador da ADV Junior Consultoria Jurídica, empresa júnior da Faculdade de Direito da UFBA. E-mail: lucasgois@gmail.com

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O contrato internacional de transferência de tecnologia: definição e outros aspectos; 3. Breve histórico político-econômico e regulatório no Brasil; 4. O ordenamento jurídico brasileiro de defesa da concorrência e os contratos de transferência de tecnologia; 4.1. O controle preventivo; 4.2. O controle repressivo; 5. A assimetria de informação nos mercados de alta tecnologia; 6. Perspectivas da jurisprudência do Cade nos contratos de transferência de tecnologia; 6.1. Do conhecimento; 6.2. Do mérito; 7. Conclusões; 8. Referências bibliográficas.

## **1. Introdução**

O presente trabalho tem como objeto os contratos internacionais de transferência de tecnologia e o seu controle concorrencial pelo Direito brasileiro.

Os contratos internacionais de transferência de tecnologia sempre foram alvo de intenso debate, tendo em vista o potencial de causarem dependência tecnológica nos países em desenvolvimento, bem como pela forma particular com que a propriedade intelectual se relaciona com o direito antitruste.

O debate é atual e relevante, na medida em que a recente Lei concorrencial n.º 12.529/2011 trouxe novos critérios para o controle de estruturas, que colocaram em cheque a necessidade de submissão dos contratos de transferência de tecnologia ao Cade, ante à objetivização da definição de ato de concentração no art. 90.

Desta forma, buscar-se-á demonstrar a importância do controle do poder econômico nos contratos internacionais de transferência de tecnologia, destacando, em especial, o controle preventivo de estruturas, que deve seguir os critérios da regra da razão, basendo-se nas particularidades que caracterizam o mercado de alta tecnologia em questão, e a realidade estrutural brasileira.

Para tanto, em princípio, será necessário compreender a definição de contrato internacional de transferência de tecnologia, e os principais aspectos que o caracterizam. Esse assunto será tratado no ponto 2.

Em seguida, no ponto 3, percorrer-se-á o histórico político-econômico e regulatório brasileiro dos contratos de transferência de tecnologia. Tal explanação é fundamental para entender os diferentes fundamentos que justificaram o controle mais interventivo do estado na transferência internacional de tecnologia, entre as décadas de

1970 e 1990, e suas consequências no contexto econômico. Também será ressaltado a importância dos acordos internacionais de transferência de tecnologia para permitir a difusão tecnológica no cenário interno, de forma a viabilizar a competitividade a nível internacional.

No ponto 4, será analisada a interface entre direito da concorrência e os contratos de transferência de tecnologia no ordenamento jurídico brasileiro. Revisar-se-ão as formas de controle do poder econômico, isto é, o controle de condutas e o controle de estruturas, e suas correlações com a propriedade intelectual.

No ponto 5, abordar-se-á brevemente a teoria da assimetria de informação, que marca os mercados de tecnologia. Trata-se de um modelo teórico construído por vertentes da análise econômica contemporânea, quais sejam, a teoria do conhecimento e a Escola da Informação.<sup>2</sup> Tal compreensão é necessária para entender o funcionamento particular dos mercados de tecnologia e a mensuração do poder econômico nesse contexto.

A partir de tais pressupostos, no ponto 6 será abordada a jurisprudência do Cade, no que se refere aos contratos de transferência de tecnologia. Dar-se-á destaque aos casos envolvendo o licenciamento de tecnologia e, em especial, aqueles realizados no mercado de biotecnologia de sementes transgênicas de soja. Será analisado o histórico do órgão no que se refere ao conhecimento de tais acordos, e as recentes perspectivas quanto à aplicação da nova lei concorrencial, com ênfase à possibilidade de subsunção aos tipos previstos nos incisos II e IV do art. 90 da lei concorrencial.

Ao final, resumir-se-ão alguns aspectos tratados no trabalho, concluindo-se pela importância do controle de estruturas dos contratos internacionais de transferência de tecnologia, tendo em vista que frequentemente a dominação econômica ou eliminação da concorrência vêm disfarçadas por meio de cláusulas restritivas que sugerem o controle externo, ou mesmo a associação. Caso contrário, a concentração econômica injustificada, instrumentada por meio dos contratos internacionais de transferência de tecnologia, poderia dificultar o desenvolvimento tecnológico e inovação dos agentes nacionais, além de acarretar prejuízos aos consumidores, em última instância.

---

<sup>2</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto . *Direito concorrencial - as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 140.

## 2. O contrato internacional de transferência de tecnologia: definição e outros aspectos

Definir o contrato internacional de transferência de tecnologia perpassa, necessariamente, pela compreensão de *contrato internacional* e de *transferência de tecnologia*.

Baseando-se na definição traçada por Strenger<sup>3</sup>, bem como no conceito eclético predominante na doutrina jurídica, pode-se afirmar que o caractere que distingue o contrato internacional é a presença do *elemento de estraneidade*, o qual vincula a relação jurídica das partes a mais de um ordenamento jurídico estatal<sup>4</sup> – normalmente é o domicílio das partes ou local de execução do contrato.

A legislação brasileira contemplou tanto o critério econômico como o critério jurídico, ao aferir o caráter internacional do contrato, por meio do art. 2º do Decreto-Lei 857/1969.<sup>5</sup> Este dispositivo estabelece as hipóteses excepcionais que permitem a estipulação de contratos internacionais (ainda que a lei não utilize essa denominação) em moeda estrangeira. À luz de tal disposição, Luiz Olavo Baptista chega à seguinte conclusão:

[...] poderíamos dizer que, para o direito brasileiro, é internacional o contrato que, contendo elementos que permitam vinculá-lo a mais de um sistema jurídico, tem por objeto operação que implica no **duplo fluxo de bens pela fronteira, ou que decorre diretamente de contrato dessa natureza**.<sup>6</sup> (grifo nosso).

---

<sup>3</sup>STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: LTR, 1998, p. 84.

<sup>4</sup>BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 26.

<sup>5</sup>Art 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro. Art 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior: I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias; II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior; III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional; V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

<sup>6</sup>BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 26.

A seu turno, no que se refere aos contratos de transferência de tecnologia, estes são assim definidos por Di Blasi:

Os contratos de transferência de tecnologia são acordos verbais ou expressos têm por objeto o desenvolvimento de inovações tecnológicas, a exploração temporária dos direitos da propriedade industrial ou outros bens jurídicos imateriais de natureza tecnológica, bem como o ensinamento de conhecimentos técnicos para terceiros. Em virtude do conceito abrangente da palavra *tecnologia*, entendida como *conjunto de conhecimentos técnicos que se aplicam a um determinado ramo de atividade industrial/comercial*, os contratos de transferência de tecnologia poderiam incluir as parcerias tecnológicas ou de pesquisa e desenvolvimento tecnológico (“Acordo de P&D”), a licença ou mesmo a cessão de direitos de propriedade industrial, a comunicação de informações técnicas comercial/industrial a terceiros por qualquer meio de comunicação [...], a transmissão de assistência técnica, os serviços decorrentes da venda ou arrendamento de máquinas para instalação ou operação das mesmas, a parceria ou o compartilhamento tecnológico, ou mesmo os contratos de transferência de material biológico.<sup>7</sup>

Portanto, é consenso que, mesmo assumindo diferentes estruturas e objetivos, em todos os contratos de transferência de tecnologia “haverá transferência de um conhecimento (registrado ou não em algum órgão patentário) passível de aplicação empresarial e de exploração comercial”<sup>8</sup>.

Importante salientar que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), adota<sup>9</sup> um conceito genérico de contrato de transferência de tecnologia,<sup>10</sup> definindo-os como os contratos de: i) cessão ou exploração de patentes; ii) cessão ou uso de marca; iii) fornecimento de tecnologia (ou contrato do *know-how*); iv) prestação de serviços de assistência técnica e científica; e v) franquia<sup>11</sup>.

Uma distinção se faz necessária. Existem, de um lado, a) contratos que têm por *consequência* a transferência de tecnologia, tais como contratos de compra e venda de

---

<sup>7</sup>DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 360.

<sup>8</sup>TIMM, Luciano Benetti. Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia no Brasil: interseção entre propriedade intelectual com o direito antitruste. [s.l.], [s.n.], 2008, p. 22. In: III Prêmio SEAE. Disponível em <[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/iii-premio-seae/profissionais/premio-seae-monografia.pdf/view](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/profissionais/premio-seae-monografia.pdf/view)> Acesso em: 20 jan. 2014.

<sup>9</sup>Conforme o Ato Normativo n.º 135 de 15 de abril de 1997.

<sup>10</sup>VIEGAS, Juliana L. B. Contratos típicos de Propriedade Industrial: contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias. In: *Contratos de Propriedade Industrial e novas tecnologias*. SANTOS, Manoel J. Pereira dos. JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 11.

<sup>11</sup>Segundo Di Blasi, “O contrato de franquia é típico, complexo e apresenta características diversas dos contratos de transferência de tecnologia. Não obstante as suas peculiaridades que o fazem distanciar dos contratos acima especificados, este foi mantido na lista dos acordos sujeitos à averbação prévia perante o INPI por envolver, de alguma forma, disponibilização tecnológica a terceiros franqueados conforme determina o artigo 211 da Lei n.º 9.279/96 e o supracitado Ato Normativo n.º 135/97.” DI BLASI, *ibidem*, p. 361.

equipamentos, fornecimento de insumos e chave de mão (*turn key*); e b) contratos que têm por *objeto* a transferência de tecnologia, como por exemplo, o licenciamento de patentes e transmissão de *know-how*.<sup>12</sup> O presente trabalho tem como foco a segunda categoria de contratos.

Salienta-se ainda que podemos encontrar, na prática, contratos de transferência de tecnologia exclusivamente protegidos por propriedade industrial (*e.g.* licença ou cessão de marcas e patentes); contratos sem propriedade industrial (*e.g.* contratos de *know-how*, de franquias, engenharia e assistência técnica); e contratos que têm uma conformação semelhante a um “pacote”, envolvendo parte protegida por propriedade industrial, e parte não, possuindo natureza jurídica de *know-how*.<sup>13-14</sup>

Portanto, por contrato internacional de transferência de tecnologia se quer dizer todos aqueles contratos de cessão ou licença de marcas e patentes, *know-how*, engenharia e prestação de serviços de assistência técnica e científica, quando as partes estão em domicílios situados em países distintos ou quando o local de execução for um país distinto daquele sede das empresas contratantes. De especial importância para este trabalho serão os contratos de transferência de tecnologia que precisam ser executados no Brasil por empresa aqui sediada, adquirente de tecnologia de empresa sediada em outro país.<sup>15</sup>

Não se olvide, entretanto, do caráter internacional do contrato, sob o ponto de vista “econômico”, daqueles celebrados por empresas transnacionais pelas suas subsidiárias domiciliadas no Brasil, sobretudo porque as autoridades antitruste consideram, para os fins de determinação de poder de mercado, o grupo econômico ao qual a empresa está inserida.

No que tange ao pagamento e a duração, é importante mencionar que:

De regra, a remuneração nesses casos é via *royalties* – que pode ser em termos percentuais ou fixos. A duração também é variável para cada modelo contratual. Nas patentes, não pode ultrapassar o seu prazo de vigência. No *know-how* existe uma limitação de cinco anos, renováveis por mais cinco, segundo a inexplicável *práxis* do INPL.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup>PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia: patente e know-how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 11-12.

<sup>13</sup>TIMM, Luciano Benetti. *Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia no Brasil: interseção entre propriedade intelectual com o direito antitruste*. [s.l.], [s.n.], 2008, p. 22. In: III Prêmio SEAE. Disponível em <[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/iii-premio-seae/profissionais/premio-seae-monografia.pdf/view](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/profissionais/premio-seae-monografia.pdf/view)> Acesso em: 20 jan. 2014.

<sup>14</sup>PRADO, *ibidem*, p. 12.

<sup>15</sup>No mesmo sentido de TIMM, *ibidem*, p. 22.

<sup>16</sup>TIMM, *ibidem*, p. 22.

O contrato terá de ser averbado perante o INPI, a fim de produzir efeitos perante terceiros, bem como para fins fiscais e para viabilizar as remessas de *royalties* para o exterior.

Algumas cláusulas, ordinariamente inseridas nos contratos de transferência de tecnologia, relacionadas a restrições impostas ao adquirente da tecnologia, são apontadas pela doutrina e pelas autoridades antitruste europeia e americana como especialmente problemáticas para o direito da concorrência, tais como restrições de preço, cláusulas de exclusividade e restrições territoriais, licenças casadas, restrições sobre *royalties*, *grantback*, dentre outras. Foge à possibilidade deste trabalho o exame minucioso das diferentes possibilidades de cláusulas restritivas nos contratos de transferência de tecnologia. Analisar-se-ão algumas cláusulas casuisticamente, no ponto atinente à análise da jurisprudência do Cade.

Faz-se necessária a breve análise histórica, para melhor compreensão da problemática.

### **3. Breve histórico político-econômico e regulatório no Brasil**

O cenário global foi (e de certa forma ainda é) delicado, na medida em que muitos países em desenvolvimento possuem grande dependência tecnológica dos países desenvolvidos. Num mundo onde o valor da tecnologia é muito superior ao bem tangível em si, assistimos ao deslocamento de muitas indústrias para o terceiro mundo, mas a manutenção da tecnologia no primeiro mundo.

A tensão acerca do fluxo de tecnologia entre os então chamados países do primeiro e terceiro mundo também marcou o histórico brasileiro de regulação da matéria. Em 1986, Astrid Berkeimeier, discorrendo sobre as diferentes fases do modelo regulatório brasileiro, observou que:

[...] podemos diferenciar três fases distintas: a) até 1958, negociação e contratação da transferência de tecnologia era apenas de responsabilidade dos contratantes; b) de 1958 até 1970, o Estado intervinha no mercado de tecnologia para controlar as remessas para o exterior; c) a partir de 1970,

especialmente de 75, teve início um controle crescente da negociação do conteúdo dos contratos.<sup>17</sup>

No início dos anos 1970 muitos países em desenvolvimento passaram a concluir – não sem razão – que, com frequência

“os fornecedores de tecnologia (na maioria empresas multinacionais) exploravam as receptoras de tecnologia nos países em desenvolvimento, mediante cobrança excessiva de *royalties*, por períodos longos, por tecnologia obsoleta ou não de ponta, e mediante cláusulas restritivas à liberdade de comercialização das receptoras.”<sup>18</sup>

Por esse motivo, muitos dos países em desenvolvimento passaram a adotar legislações intervencionistas no que se refere aos contratos internacionais de transferência de tecnologia, não raramente combinadas com políticas de substituição de importações.

No Brasil não foi diferente. A intervenção máxima nos contratos internacionais de transferência de tecnologia foi representada pelo Ato Normativo n.º 15 de 1975, que dava amplos poderes a o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) para analisar a conveniência das cláusulas contratuais, sob aspectos econômicos e tecnológicos, com escopo de proteger o adquirente e aprimorar a tecnologia local.

A década de 1980 foi marcada por constantes negociações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento para o estabelecimento de normas internacionais regulatórias para os contratos internacionais de transferência de tecnologia. Entre elas, destacaram-se os esforços para o *Code of Conduct on the Transfer of Technology*,<sup>19</sup> sob os auspícios da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), que não chegou ser implementado, ante a total dissonância de interesses Norte-Sul.

De modo geral, os países em desenvolvimento buscavam estabelecer padrões de equilíbrio contratual, a fim de prevenir abusos, bem como medidas para efetivar a transferência de tecnologia. Já os países em desenvolvimento as viam com suspeita, e que poderiam se tornar excessivamente intervencionistas, dificultando a transferência.

---

<sup>17</sup>Apud CORRÊA. Daniel Rocha. *Contratos de transferência de tecnologia: controle de práticas abusivas e cláusulas restritivas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito do UFMG, 2005.

<sup>18</sup>VIEGAS, Juliana L. B. Contratos típicos de Propriedade Industrial: contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias. In: *Contratos de Propriedade Industrial e novas tecnologias*. SANTOS, Manoel J. Pereira dos. JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 6.

<sup>19</sup>As negociações tiveram início em 1976 e perduraram até meados de 1985, ano em que data o último rascunho do Código.

Uma lista com quatorze cláusulas restritivas chegou a ser elencada, entretanto, houve discordância. Os países em desenvolvimento queriam o tratamento como ilícitos *per se*, enquanto os industrializados desejavam vinculá-las a uma análise baseada em regras de razoabilidade, conforme a tradição concorrencial americana e europeia.<sup>20</sup>

Devido às crises fiscais da década de 1980 (intitulada de “década perdida”), bem como às pressões internacionais e ao fracasso da política de substituição das importações, que não conseguiu alavancar a tecnologia brasileira, tornaram-se necessárias reformas para liberalização econômica, as quais sobrevieram na década de 1990.

Os relatórios do governo apontavam que a indústria brasileira vinha perdendo competitividade desde o início dos anos 1980, devido à falta de desenvolvimento de tecnologia local.<sup>21</sup> Os produtos brasileiros não conseguiam competir no exterior. Outrossim, a excessiva burocracia e regulação das transferências internacionais de tecnologia foram fatores agravantes. Aguardava-se longos meses para a conclusão da análise pelo INPI. As dificuldades impostas à contratação estrangeira ocasionaram a desconfiança do investidor estrangeiro e o descompasso para a efetiva importação tecnológica.<sup>22</sup>

Em 1993, o Ato Normativo n.º 120 retirou o poder de interferência do INPI nos contratos de transferência de tecnologia. Da mesma forma, o Ato Normativo n.º 135 de 1997 adaptou aquelas disposições ao então recente Código de Propriedade Intelectual, de 1996, que dispôs em seu art. 211 que o INPI fará, tão somente, o registro dos contratos de transferência de tecnologia, para que produzam efeitos em relação a terceiros. Não cabe à autarquia, portanto, a análise concorrencial.

Já no plano internacional, assinou-se em 1994 o Acordo TRIPS (em vigor no Brasil desde 1995), no âmbito da OMC, tendo sido um marco para estabelecer padrões mínimos internacionais de proteção à propriedade intelectual, regulando ainda os contratos internacionais de transferência de tecnologia, sob o aspecto concorrencial, ainda que em caráter amplo e vago. As disposições resultaram de concessões feitas

---

<sup>20</sup>LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 95.

<sup>21</sup>TIMM, Luciano Benetti. *Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia no Brasil: interseção entre propriedade intelectual com o direito antitruste*. [s.l.], [s.n.], 2008, p. 18. In: III Prêmio SEAE. Disponível em <[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/iii-premio-seae/profissionais/premio-seae-monografia.pdf/view](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/profissionais/premio-seae-monografia.pdf/view)> Acesso em: 20 jan. 2014.

<sup>22</sup>DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 366.

pelos países em desenvolvimento, em prol da mínima harmonização regulatória internacional.<sup>23</sup>

A liberalização ocorrida no Brasil, no que se refere ao controle substancial dos contratos, antes realizado pelo INPI, não significa a ausência de regulação no mercado. Pelo contrário, tal múnus foi trasladado para o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), que tem como objetivo orientar, fiscalizar e prevenir o abuso de poder econômico, atualmente sob a égide da Lei n.º 12.259/2011.

#### **4. O ordenamento jurídico brasileiro de defesa da concorrência e os contratos de transferência de tecnologia**

O ordenamento jurídico brasileiro, norteado pela Constituição Federal de 1988, instituiu como fundamento da ordem econômica (art. 170, CF/88), a livre iniciativa e o trabalho humano, destacando a observância, dentre outros, dos princípios basilares para o Direito da Concorrência, quais sejam: a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Ainda na Carta Magna, destaca-se o mandamento esculpido no § 4º do art. 173 da CF/88, segundo o qual “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Por outro lado, a propriedade intelectual também ganha proteção fundamental nos incisos XXVII e XXIX do art. 5º da CF/88. Entretanto, a PI não será absoluta, afinal é sistematicamente contrabalanceada pela função social da propriedade (art. 5º XXIII e art. 170, II da CF/88), bem como pelos outros princípios fundamentais que tutelam o interesse público e a ordem econômica (art. 170, CF/88).

Com o papel protagonista de cumprimento ao mandado do § 4º do art. 173 está o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), regido pela Lei de Defesa da Concorrência (LDC), de n.º 12.259/2011, que substituiu o diploma anterior (Lei 8.884/1994). Compõem o SBDC, dentre outros órgãos, o Cade, a quem compete as funções, em sede administrativa, de investigação, instrução processual e o julgamento dos processos, com fins de proteção da ordem econômica.

---

<sup>23</sup>LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 25.

A atuação do Cade no controle do poder econômico pode se dar de duas formas. A primeira delas é o chamado controle *preventivo* ou controle das estruturas de mercado; e a segunda, o controle *repressivo*, também denominado controle de condutas.

Ambas as formas de atuação (que não são sistemas independentes, pelo contrário, devem ser interpretadas sistematicamente, em seu conjunto) serão brevemente analisadas a seguir.

#### **4.1. O controle preventivo**

O controle preventivo (*ex ante*) das estruturas de mercado se dá mediante a análise dos atos de concentração econômica, sejam horizontais ou verticais. O art. 90 da LDC definiu as hipóteses de negócios jurídicos considerados ato de concentração:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se **fundem**;

II - 1 (uma) ou mais empresas **adquirem**, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, **o controle** ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas **incorporam** outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram **contrato associativo, consórcio ou joint venture**.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes. (grifo nosso)

O art. 88 da LDC instituiu a obrigatoriedade de notificação prévia da operação ao Cade, quando pelo menos um dos grupos envolvidos tiver apresentado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País equivalente ou superior a R\$ 750 milhões e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tiver alcançado o valor de R\$ 75 milhões<sup>24</sup>. A não notificação dos atos que se subsumirem à lei poderá levar à nulidade do negócio, além de altíssimas multas. A seu turno, as partes deverão aguardar o pronunciamento do Cade para conclusão do negócio.

A respeito das hipóteses supracitadas pelo art. 90, ainda é alvo de frequente dúvida o conceito vago de “contrato associativo” (inciso IV). Dessa forma, não se sabe se os contratos de transferência de tecnologia poderiam ser caracterizados como uma

---

<sup>24</sup>Valores estes fixados pela Portaria Interministerial nº 994/12 consoante § 1º do art. 88 da Lei 12.529/11.

hipótese de contrato associativo e, portanto, se seriam de notificação obrigatória.<sup>25</sup> Os recentes julgados, que serão analisados adiante, ofereceram importantes critérios interpretativos. Não obstante, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica aos administrados, o Cade abriu a recente Consulta Pública n. 03/2014, entre 19/02/2014 e 22/04/2014, a fim de estabelecer uma tipificação baseada em critérios objetivos para os contratos associativos. Ao que tudo indica, teremos um novo regramento em breve.

Por fim, cabe assinalar que o § 5º do art. 88 da LDC define as hipóteses de proibição do ato de concentração, a saber: (i) quando impliquem eliminação da concorrência em parte *substancial* de mercado relevante, (ii) quando criem ou reforcem uma posição dominante ou (iii) quando possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Excepcionalmente, entretanto, o ato será aprovado, nos termos do § 6º do mesmo dispositivo (as chamadas hipóteses justificativas), quando resultar em eficiências econômicas, melhorias de qualidade de bens e serviços ou propiciar o desenvolvimento tecnológico, desde que repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Nos §§ 5º e 6º, consagrou-se a *regra da razão* ao controle de estruturas. A seu respeito, embora tratando de condutas, Leonor Cordovil assinala que:

Segundo a regra da razão, as infrações [...], não são condenáveis em si, ou seja, não é a mera prática dos dizeres da lei, ou a mera conduta das empresas, capaz de provocar os efeitos deletérios à concorrência.

[...]

No Brasil, diz-se que não se pode considerar uma conduta como ilícita sem antes estudar sua racionalidade, sem antes averiguar e sopesar os benefícios e desvantagens ao mercado.<sup>26</sup>

Importante mencionar, portanto, que “contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição *substancial* e *injustificável* da concorrência”<sup>27</sup>. Essa justificativas requerem uma aplicação seletiva. Tais justificativas indicam como deve proceder a autoridade antitruste, seguindo critérios de razoabilidade, com o objetivo de identificar a existência

---

<sup>25</sup>Nessa sentido, MORAIS, Rafael Pinho Senra de. Cade, licenciamentos e a cesta básica. *Valor Econômico*. São Paulo, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://www8.valor.com.br/legislacao/3235360/Cade-licenciamentos-e-cesta-basica>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

<sup>26</sup>CORDOVIL, Leonor. et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 108.

<sup>27</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 174.

de eficiências econômicas capazes de justificar a aprovação de atos de concentração potencialmente lesivos à concorrência.<sup>28</sup>

#### **4.2. O controle repressivo**

A segunda forma de atuação do Cade é denominada *repressiva*, também conhecido como controle de condutas, a partir da fiscalização e imposição de penalidades sobre condutas anticoncorrenciais em curso ou consumadas (*ex post*), sejam elas oriundas de acordos horizontais ou verticais, ou mesmo unilaterais.

Encontra previsão no art. 36 da Lei Antitruste, segundo o qual:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Para que se configure o ato de infração, é imprescindível que o agente detenha poder de mercado, ou poder econômico.

O § 3º do art. 36 estabelece um rol exemplificativo de condutas que configuram ato de infração. Destacamos aquelas relacionadas aos contratos de transferência de tecnologia: (i) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (inciso V); (ii) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição (inciso VIII); (iii) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (inciso XIV); e (iv) exercer ou

---

<sup>28</sup>LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 269.

explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (inciso XIX). A depender de sua configuração, outras condutas listadas também podem configurar ilícitos anticoncorrenciais relacionados à transferência de tecnologia, tais como condutas colusivas (incisos I e II), recusa de venda (inciso XI) e venda casada (inciso XVIII).<sup>29</sup>

Dentre as penalidades possíveis, a Lei antitruste traz a possibilidade de recomendação aos órgãos públicos competentes para que “seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito”<sup>30</sup>, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. Tal mandamento encontra ressonância nas disposições do art. 68 da Lei de Propriedade Intelectual.<sup>31</sup>

Historicamente, ainda sob a égide da Lei 8.884/94, quando a definição de ato de concentração era mais aberta, o Cade sempre entendeu que os contratos de transferência de tecnologia eram de notificação obrigatória, ou seja, deviam sujeitar-se ao controle preventivo (sem prejuízo de um eventual controle *ex post*). Por essa razão, o estudo do controle das estruturas ganha especial relevância no que tange aos contratos internacionais de transferência de tecnologia.

## **5. A assimetria de informação nos mercados de alta tecnologia**

É importante salientar que o mercado da alta tecnologia é marcado pela assimetria de informação. Segundo tal modelo teórico, o conhecimento encontra-se disperso entre os indivíduos da sociedade e, por exemplo, a cada relação econômica, os diferentes indivíduos detêm informações díspares e assimétricas de informação.<sup>32</sup>

Dessa forma, torna-se evidente o risco do aproveitamento da dispersão de informações para acelerar ou reforçar as assimetrias,<sup>33</sup> sobretudo em nossos dias – na era da informação –, o poder econômico se torna um instrumento para a criação de assimetria de conhecimento na sociedade.

---

<sup>29</sup>LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 265.

<sup>30</sup>Art. 38, inciso IV, alínea a.

<sup>31</sup>Segundo Lilla, “jamais foram concedidas, no Brasil, licenças compulsórias de patentes para remediar práticas que configurem abuso de poder econômico”. LILLA, *ibidem*, p. 274.

<sup>32</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 141.

<sup>33</sup>*Idem, ibidem*, p. 142.

Nesse sentido, “as patentes representam uma intervenção direta do direito sobre o fluxo de informações”.<sup>34</sup> Há garantido o direito do titular da propriedade intelectual de explorar sua tecnologia, bem como ceder ou licenciar a quem bem entender. Ressalta-se, portanto, o fluxo seletivo e condicionado de informação pela sociedade, que pode acentuar as assimetrias.

Por isso, a noção de assimetria de informação ganha suma importância na mensuração do poder econômico do agente, em especial, no contexto tecnológico. A principal contribuição desse modelo teórico seja, talvez, no que se refere ao questionamento da possibilidade de mensurar o poder econômico, tendo em vista as características peculiares do mercado tecnológico que pressupõem a assimetria de informação. Pode-se concluir que, quanto mais dispersas estiverem as informações, menor a concentração econômica. Entretanto, quanto mais distribuídas de forma assimétrica se encontrarem as informações, maior será o poder econômico.<sup>35</sup>

## **6. Perspectivas da jurisprudência do Cade nos contratos de transferência de tecnologia**

Não há, no Cade, sólida jurisprudência no que se refere aos acordos de propriedade intelectual. A maior parte dos julgados se refere à análise da cessão dos direitos de PI no âmbito de fusões e aquisições, bem como à análise de cláusulas restritivas em acordos de licenciamento de tecnologia e franquia.<sup>36</sup>

Sem pretensões de realizar uma análise exaustiva da jurisprudência, concentraremos naqueles casos envolvendo contratos de licenciamento de tecnologia, em específico, naqueles atinentes ao mercado de biotecnologia de sementes de soja, por meio dos quais houve importantes julgados recentes que trouxeram perspectivas para a aplicação da nova lei concorrencial aos contratos internacionais de transferência de tecnologia.

---

<sup>34</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 162.

<sup>35</sup>*Idem, ibidem*, p. 142.

<sup>36</sup>Cf. LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 274.

Vale lembrar que os acordos de licenciamento ora em análise são, quase sempre, firmados pelas subsidiárias brasileiras de grandes transnacionais, conforme já mencionado, para serem executados no Brasil.

Malgrado tais contratos sejam juridicamente internos – seja porque não possuem elementos de estraneidade que os vinculem a mais de um ordenamento jurídico, seja porque não decorrem *diretamente*<sup>37</sup> de operação econômica objeto de contrato internacional –, tais contratos apresentam, se assim se pode dizer, caráter internacional, porque implicam diretamente no apoderamento de grandes grupos econômicos internacionais e, indiretamente, no fluxo internacional de tecnologia.

A compreensão da interpretação do Cade a partir de tais julgados é, portanto, de suma importância para os contratos *internacionais* de transferência de tecnologia, porque refletem de igual modo as preocupações econômicas em relação à proteção do desenvolvimento tecnológico nacional, num cenário internacional.

## **6.1. Do conhecimento**

A respeito da jurisprudência traçada pelo Cade, historicamente e até 2010 – ainda sob a égide da antiga lei de concorrência –, constata-se que os contratos de licenciamento sem cláusula de exclusividade e não-concorrência<sup>38</sup> eram todos aprovados sem restrições.<sup>39</sup>

Convencidos da possibilidade de efeitos anti-concorrenciais nos contratos de transferência de tecnologia, sempre houve deliberação pelo conhecimento de tais atos pelo Cade. Tais cláusulas geralmente têm efeito pró-competitivo. Entretanto, pode ocorrer o contrário. Vale mencionar a lição trazida por Eduardo Lilla:

Por outro lado, essas cláusulas de exclusividade podem prejudicar a concorrência intertecnologias ao provocar o fechamento do mercado a terceiros titulares de direitos de propriedade intelectual sobre tecnologias alternativas ou substitutas. Podem também aumentar os custos de rivais para

---

<sup>37</sup>Conforme a definição de contrato internacional apresentada por Luiz Olavo Baptista, supracitada no ponto 2.

<sup>38</sup>Conforme Lilla: “São aquelas cláusulas que impedem o licenciado de explorar tecnologias concorrentes. Desse modo, o licenciado fica proibido de utilizar tecnologias de terceiros que se encontrariam em concorrência com a tecnologia licenciada.” LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 171.

<sup>39</sup>Nesse sentido, confira-se o levantamento realizado no voto do Conselheiro-relator Alessandro Octaviani Luis no AC nº 08700.004957/2013-72 (*Monsanto e Bayer*, j. 22/01/2014), acerca dos principais embates envolvendo contratos de transferência de tecnologia, desde o ano 2000.

o acesso a importantes insumos de produção e distribuição detidos pelos licenciados, reduzindo suas possibilidades de ingresso no mercado, especialmente quando o licenciante estebelecer redes de licenciados exclusivos. **O grau de fechamento do mercado depende do poder de mercado detido pelo licenciante e da presença de barreiras à entrada de outros licenciados capazes de explorar as tecnologias alternativas de terceiros.** Esses efeitos de fechamento do mercado e aumento dos custos dos rivais podem ocorrer tanto nos acordos de licenciamento horizontais como nos verticais, na medida em que é a exclusão das tecnologias alternativas ou substitutas que constitui o problema concorrencial.<sup>40</sup> (grifo nosso)

Segundo levantamento dos contratos de licenciamento de biotecnologia de sementes realizados entre 2000 e 2009,<sup>41</sup> todos os contratos foram conhecidos (ao total, 19). Ou seja, entendia-se, portanto, que os contratos de transferência de tecnologia eram de notificação obrigatória, quando presentes os requisitos de *market share* ou faturamento bruto anual previstos no § 3º do art. 54 da antiga Lei 8.884/94.

De todos os atos conhecidos até 2009, os que não possuíam cláusula de exclusividade foram aprovados sem restrições (13), e os que possuíam cláusula de exclusividade (6), com exceção de um, foram aprovados com imposição de restrições, a fim de que tais cláusulas fossem removidas ou alteradas.

Portanto, havia uma posição consolidada do Plenário em vetar as cláusulas de exclusividade e não-concorrência. Uma vez ausentes tais estipulações, o contrato era aprovado sem restrições.

Esse histórico de precedentes levou o Cade, em 2010, a modificar seu entendimento acerca do conhecimento.<sup>42</sup> Passou a entender que o contrato de licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade e/ou não-concorrência não deveria mais ser conhecido pelo órgão, portanto, desnecessária seria a notificação. Nesse sentido, foi frisado que o Plenário já havia se manifestado reiteradas vezes no sentido de que os contratos de licenciamento de tecnologia, sem as referidas cláusulas supracitadas, teriam efeito pró-competitivo. A partir de tais decisões, o Cade passou a

---

<sup>40</sup>LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 172.

<sup>41</sup>São eles os AC's de nºs 08012.008359/2005-11, 08012.004808/2000-01, 08012.003711/2000-17, 08012.003997/2003-83, 08012.009265/2005-69, 08012.000766/2006-61, 08012.008656/2006-47, 08012.000311/2007-26, 08012.008725/2007-01, 08012.003296/2007-78, 08012.004091/2007-18, 08012.006198/2008-73, 08012.006556/2008-48, 08012.001558/2009-21, 08012.001559/2009-76, 08012.001560/2009-09, 08012.002976/2009-36, 08012.004517/2009-97 e 08012.006034/2009-27. Baseado no levantamento citado na nota de rodapé 38.

<sup>42</sup>Por ora do AC nº 08012.000344/2010-71 (*Monsanto do Brasil e FTS Sementes S/A*, Conselheiro Rel. Olavo Zago Chinaglia, j. 04/03/2010); e do AC nº 08012.005472/2010-10 (*Bayer S/A e Dow Agrosciences*, Conselheiro Rel. César Costa Alves de Mattos, j. 21/10/2010).

não mais receber notificações do grupo Monsanto, que até então eram “rotineiras”<sup>43</sup>. Os dados revelam que em 2011 não houve notificações do grupo.

Em maio de 2012 entrou em vigência a nova Lei de Defesa da Concorrência (12.529/2011), que objetivou a definição de ato de concentração em seu art. 90, trazendo o dever de notificação acerca dos *contratos associativos*, conforme já citado. Ante a dúvida da subsunção fática ao conceito normativo amplo, e por conseguinte, da necessidade de notificação dos licenciamentos de tecnologia, a Monsanto passou a notificar o órgão novamente,<sup>44</sup> a fim de sujeitar-se ao controle *ex ante* mandatário.

A Superintendência-Geral do Cade – a quem incumbe instruir o procedimento e emitir parecer técnico prévio – até então vinha recomendando a aprovação sem restrições<sup>45</sup>. Entretanto, mudou seu entendimento, por ora do AC n.º 08700.004957/2013-72 (*Monsanto e Bayer*), passando a recomendar o não conhecimento, e assim o fez novamente no AC de n.º 08700.006336/2013-23 (*Monsanto e Emprapa*),<sup>46</sup> ambos já sob a égide da nova Lei Antitruste, sob a justificativa de que:

licenciamentos não-exclusivos de tecnologia, desde que também não carregue consigo acordos de não-concorrência, transferência de ativos, organização comum ou vínculos societários de qualquer natureza, ou qualquer medida que implique em alteração obrigatória dos centros decisórios ou restrição concorrencial, *não são de notificação obrigatória* ao Cade, nos termos da Lei n.º 12.529/2011.<sup>47</sup> (grifo do autor)

O Cade, entretanto, decidiu avocar tais processos, sob o fundamento de que poderiam ter efeitos prejudiciais à concorrência, e que a questão do não-conhecimento não era trivial, merecendo maior aprofundamento por parte do Conselho, haja vista que o Plenário já estava enfrentando discussões (e divergências) em outros acordos de licenciamento de tecnologia, em andamento.<sup>48</sup> Cabia ao Plenário, definir o

<sup>43</sup>MORAIS, Rafael Pinho Senra de. Cade, licenciamentos e a cesta básica. *Valor Econômico*. São Paulo, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://www8.valor.com.br/legislacao/3235360/Cade-licenciamentos-e-cesta-basica>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

<sup>44</sup>Nesse sentido, MORAIS, *Ibid*.

<sup>45</sup>Conforme os Pareceres Técnicos de n.ºs 059, 069 e 077 de 26 de junho de 2013, respectivamente, nos AC's de n.ºs 8700.003937/2012-01, 08012.006706/2012-08 e 08700.003898/2012-34.

<sup>46</sup>Vide, respectivamente, Pareceres Técnicos n.º 171 (2 de julho de 2013) e n.º 197 (19 de julho de 2013) nos autos dos mencionados Atos de Concentração.

<sup>47</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC n.º 08700.004957/2013-72. Plenário. Relator: Alessandro Serafin Octaviani Luis. Sessão de 28/01/2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 12. ago. 2014.

<sup>48</sup> Isto é, nos AC's de n.ºs 08012.002870/2012-38 (*Monsanto e Syngente*); 08012.006706/2012-08 (*Monsanto e Nidera*); 08700.003898/2012-34 (*Monsanto e COODETEC*); e 08700.003937/2012-01 (*Monsanto e Don Mario Sementes*), julgados em conjunto, provavelmente pelo fato de idêntico contrato.

posicionamento acerca do conhecimento (isto é, da necessidade de notificação) dos contratos de licenciamento de tecnologia – especialmente aqueles não-exclusivos – frente à nova legislação, bem como trazer mais critérios objetivos de interpretação.

## **6.2. Do mérito**

No julgamento conjunto realizado na 27ª Sessão Ordinária de Julgamento, em 28 de agosto de 2013, dos AC's n.ºs 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08700.003898/2012-34, e 08700.003937/2012-01, entre a *Monsanto* e, respectivamente, *Syngenta*, *Nidera*, *COODETEC* e *Don Mario Sementes*; bem como no AC n.º 08700.004957/2013-72, entre *Monsanto* e *Bayer*, julgado na 36ª Sessão Ordinária de Julgamento em 22 de janeiro de 2014, o Cade trouxe à evidência importantes perspectivas do posicionamento do órgão concorrencial acerca dos contratos de transferência de tecnologia.

As operações em análise tiveram como objeto o licenciamento a tecnologia *Intacta RR2 PRO* de propriedade da *Monsanto*, que corresponde à tecnologia utilizada em semente de soja geneticamente modificada, cujas plantas apresentariam tolerância ao glifosato e resistência a insetos. As operações em questão envolveram, de um lado, o desenvolvedor de tecnologia transgênica (*Monsanto*) e, de outro, obtentores e multiplicadores (*Don Mario*, *Syngenta*, *COODETEC* e *Nidera*). O licenciamento possibilitaria às licenciadas desenvolver, testar, produzir e comercializar, diretamente ou por intermédio de terceiros, variedades de soja geneticamente modificadas (cultivares<sup>49</sup>) contendo a tecnologia *Intacta RR2 PRO*. Ou seja, a partir das operações, os cultivares dos obtentores com tecnologia *Monsanto* passariam a se sujeitar a regras e condições específicas dos acordos em análise.

Destaca-se que os acordos seriam não-exclusivos, em consonância com o admitido pela jurisprudência do Cade, conforme já analisado acima, o que permitiria às licenciadas obterem licenças de concorrentes da *Monsanto*, bem como a esta conceder licença para concorrentes da licenciada.

A fim de melhor contextualizar a problemática, cumpre resumidamente apresentar o funcionamento da cadeia produtiva do mercado de sementes de soja geneticamente modificadas.

---

<sup>49</sup>Os cultivares possuem legislação específica de propriedade intelectual (Lei de Proteção de Cultivares, n.º 9.456/97).

De modo geral, a cadeia produtiva divide-se em (1) desenvolvimento de tecnologia, (2) desenvolvimento de germoplasma e obtenção de cultivar, (3) multiplicação de sementes e (4) distribuição e comercialização de sementes. A primeira etapa é a mais longa e demorada, na qual situa-se a Monsanto, implicando altos investimentos em P&D até obtenção da patente. Na segunda etapa, buscam-se cruzamentos, para obtenção de cultivares (variedades de soja) com melhoramentos genéticos – a partir daqui situam-se as licenciadas, empresas “obtentoras”. Na terceira etapa, a partir dos cultivares, os multiplicadores (empresas ou cooperativas) fazem a reprodução em escala, para então, na última etapa, distribuir e comercializarem-se as sementes, prestando assistência técnica aos agricultores.<sup>50</sup>

Dessa forma, os desenvolvedores de tecnologia – como a Monsanto – necessitam ter acesso aos bancos de germoplasmas dos obtentores, para poderem inserir sua tecnologia no mercado. Os contratos de licenciamento são uma forma utilizada para integração e colaboração no desenvolvimento de pesquisas conjuntas com empresas nacionais.<sup>51</sup>

No que se refere ao poder de mercado da licenciante, a Monsanto possui amplo domínio, haja vista que as únicas tecnologias transgênicas disponíveis são de sua propriedade (*RR1* e *Intacta RR2 Pro*). Aliás, a patente *RR1* expirou em 2010. Observa-se a tecnologia Monsanto em 99,21% das cultivares de soja registrados no Brasil, sendo que a nova tecnologia *Intacta RR2 PRO* já representa 18,24% dos cultivares registrados. A área plantada com tecnologia Monsanto ocupa cerca de 90% de toda a produção nacional de soja. A Monsoy (subsidiária integral da Monsanto), que atua como obtentora de cultivares, possui o maior poder de mercado na oferta de sementes de soja para o plantio no Brasil, com cerca de 21,2% de participação.<sup>52</sup>

Importante lembrar que o nível de concentração constitui importante critério para a análise concorrencial, sob a regra da razão. Nesse sentido:

Dado estrutural fundamental para avaliar a relevância e o perigo representado por uma determinada participação de um agente econômico é o grau de concentração de cada indústria específica. [...] Parece ser possível afirmar que o tratamento de um ato de concentração entre empresas em um mercado

---

<sup>50</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *AC n.º 08700.003937/2012-01*. Plenário. Relator: Alessandro Serafin Octaviani Luis. Sessão de 28/08/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 12. ago. 2014.

<sup>51</sup>*Ibidem*.

<sup>52</sup>*Ibidem*.

altamente concentrado deve ser substancialmente diferente do tratamento dado ao mesmo ato em um mercado atomizado.<sup>53</sup>

À primeira vista, um contrato que difunde a tecnologia pela cadeia produtiva, especialmente sem exclusividade, poderia parecer pró-competitivo, vez que transfere a outros o direito de explorar a tecnologia, melhorando-a e comercializando. Entretanto, a análise evidenciou que os acordos de licenciamento em questão não se tratavam de um simples “usual” contrato de transferência de tecnologia.

Conforme apontou o voto do Conselheiro Eduardo Pontual,<sup>54</sup> o exame evidenciou que os contratos possuíam arranjos complexos, isto é, envolviam o registro e desenvolvimento de novas variedades, multiplicação com pagamentos de royalties, uso por parte da licenciante e licenciada das informações das variedades desenvolvidas pela obtentora, comercialização e regramentos sobre licenciamentos a terceiros multiplicadores por parte da licenciada, além do uso de marcas da propriedade da licenciante.

Embora não existisse expressa menção à exclusividade, criaram-se mecanismos de prêmios e remuneração à licenciada que possuíam o condão de elevar as barreiras à entrada outros *players*, reduzindo o interesse da licenciada por desenvolver tecnologia concorrente, sem justificativa econômica, com o fulcro único de aumentar-se os lucros, em prejuízo do bem estar da população. Outras cláusulas mostraram a solidariedade na busca do objetivo comum do sucesso da tecnologia *Intacta RR2 PRO*.<sup>55</sup>

Ao discorrer sobre a importância relativa dos vários fatores para identificar uma possível eliminação substancial da concorrência, Calixto Salomão Filho é categórico:

As barreiras à entrada são, de resto, um elemento chave para avaliação de qualquer das situações aqui descritas. Talvez seja o único fator de todos cuja presença é apta, quase que por si só (desde que acompanhada pelo menos dos patamares mínimos de participação no mercado), a caracterizar a ilicitude. Isso porque, existentes as barreiras, toda a concorrência potencial está automaticamente eliminada. Substancial é, portanto, a limitação da concorrência.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto . *Direito concorrencial - as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 179.

<sup>54</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *AC n.º 08700.003937/2012-01*. Plenário. Relator: Alessandro Serafin Octaviani Luis. Sessão de 28/08/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 12. ago. 2014.

<sup>55</sup>*Ibidem*.

<sup>56</sup>SALOMÃO FILHO, *Ibidem*, p. 196.

Portanto, concluiu o Conselheiro Pontual que tais contratos evidenciavam o poder da licenciante de exercer controle externo sobre os negócios da licenciada, aproximando o negócio da hipótese prevista no inciso II do art. 90 da lei concorrencial. Por outro lado, os esforços em um empreendimento em comum aproximaram os negócios à espécie de contratos associativos prevista no inciso IV do mesmo dispositivo.

Conforme voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani, em *Monsanto e Bayer*, percebe-se claramente que, muitas vezes, tais acordos são delineados de forma que tornam-se praticamente “tipos inequívocos” dos contratos associativos descritos no inciso IV do art. 90 da Lei Antitruste, vez que a licenciada e licenciante se entrelaçam na cadeia produtiva, compartilhando riscos e resultados, abrindo caminho para o domínio do mercado pelo grupo licenciante, trazendo sérias preocupações concorrenciais que certamente atingirão os consumidores.

Segundo o Conselheiro Relator Alessandro Octaviani, o contratos previstos no inciso IV do art. 90, trazem, de maneira geral, mas não exclusiva ou exaustivamente, os seguinte caracteres: “(i) *a comunhão de interesses comerciais* e (ii) *o exercício de empreendimento comum* por meio da (iii) *coordenação de atividades empresariais*, com o devido (iv) *compartilhamento de riscos dessa atividade*”<sup>57</sup>. A realidade do caso em análise nitidamente demonstrou a adequação do contrato à associação prevista no inciso IV.

Identificou-se também, no caso, a subsunção ao inciso II do art. 90. No que se refere ao controle exercido pela licenciante, como foi os casos em análise, asseverou o Cons. Alessandro Octaviani:

O regime contratual estipulador do controle ab extra tem a seguinte estrutura: (i) o contrato possibilita o controle indireto por meio de uma particular combinação de obrigações e compensações na qual, num primeiro momento, (ii) as compensações e bônus induzem a atividade empresarial da licenciada, influenciando sua atividade produtiva e alterando seu portfólio, mas, num segundo momento, (iii) o aumento expressivo do produto licenciado no portfólio da licenciada oferece maior peso às obrigações e ônus contratuais, consolidando e expandindo o controle da licenciante, que anteriormente era apenas potencial e indireto.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC n.º 08700.004957/2013-72. Plenário. Relator: Alessandro Serafin Octaviani Luis. Sessão de 28/01/2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 12. ago. 2014.

<sup>58</sup>*Ibidem*.

As decisões do Cade seguirem, portanto, a inteligência apontada pelas *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, da autoridade antitruste nos Estados Unidos – *Federal Trade Commission* – segunda a qual:

Uma licença não-exclusiva de propriedade intelectual que não contém nenhuma restrição à conduta competitiva do licenciante ou licenciado, em geral, não traz preocupações concorrenciais [...]

Uma licença que explicitamente não requer exclusividade pode ter o efeito de exclusividade se for estruturado para aumentar de modo significativo o custo do licenciado quando do uso de tecnologias competidoras.<sup>59</sup> (ESTADOS UNIDOS, 1995, livre tradução)

Conforme voto da Conselheira Ana Frazão, deixa-se claro que, frente às particularidades do mercado da alta tecnologia, o controle concorrencial deve estar atento às cláusulas que extrapolem o objeto usual de um contrato de licença de patente, e que possibilitam

“uma cooperação diferenciada entre as contratantes e, quando analisadas sob uma perspectiva macro, são capazes de criar uma verdadeira rede entre a licenciante e seus inúmeros licenciados, com inúmeras repercussões anticoncorrenciais, sobretudo no mercado de inovação”.<sup>60</sup>

Portanto, ante as manifestações recentes, em que o Tribunal fez inúmeras análises à luz da nova Lei 12.529/2011, pode-se entender que o Cade segue na tendência de que as decisões pelo não conhecimento serão exceção. Nas palavras do Conselheiro Octaviani, decisões pelo não-conhecimento deverão ter um “elevadíssimo ônus argumentativo”<sup>61</sup>, em vista que setores de alta tecnologia, ainda que haja não-exclusividade, são especialmente mais sensíveis aos atos de concentração, pois há acentuada assimetria de informação. Havendo algum grau de dúvida, a missão da autoridade antitruste será pelo conhecimento.<sup>62</sup>

Embora os precedentes recentes evidenciaram alguns critérios (ao menos subjetivos) que permitem identificar o contrato de transferência de tecnologia com um

---

<sup>59</sup>“A non-exclusive license of intellectual property that does not contain any restraints on the competitive conduct of the licensor or the licensee generally does not present antitrust concerns [...] A license that does not explicitly require exclusive dealing may have the effect of exclusive dealing if it is structured to increase significantly a licensee's cost when it uses competing technologies.” ESTADOS UNIDOS. U.S. Department Of Justice & Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. 6 abr. 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

<sup>60</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *AC n.º 08700.003937/2012-01*. Plenário. Relator: Alessandro Serafini Octaviani Luis. Sessão de 28/08/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 12. ago. 2014.

<sup>61</sup>*Idem*.

<sup>62</sup>*Idem*.

viés associativo ou que ocasione controle externo, ressalta-se que nem todo contrato de transferência de tecnologia assim o é.

Por essa razão o Cade abriu a supracitada Consulta Pública 03/2014, a fim de delimitar objetivamente o que seria contrato associativo. O texto da minuta segue a linha das recentes decisões aqui analisadas, e considera contratos associativos: i) qualquer forma de acordo horizontal; e ii) acordos verticais, presente a participação de pelo menos 20% no mercado relevante de qualquer dos agentes envolvidos, e alternativamente: a) o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; ou b) relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.

## **7. Conclusões**

Sendo a propriedade intelectual um mecanismo de proteção dos ativos intangíveis diferenciadores dos agentes econômicos (permitindo que explorem com exclusividade e retornem investimentos necessários à inovação), em geral estimulam, portanto, a competitividade, em benefício final do bem-estar do consumidor, com produtos mais sofisticados e/ou menos custosos.

Por sua vez, a transferência de tecnologia é importante mecanismo para permitir a melhor exploração dos direitos de propriedade intelectual e know-how, facilitando a integração com formas complementares de produção, estimulando a inovação tecnológica do adquirente e permitindo o retorno de investimentos ao transferente.

Nesse sentido, a transferência *internacional* de tecnologia permite ao país manter-se competitivo a nível internacional, com a introdução de conhecimentos que estimulam o desenvolvimento tecnológico interno, fomentando a competitividade internacional dos agentes nacionais.

Por outro lado, levando-se em conta a assimetria de informações no mercado de tecnologia, a autoridade antitruste deve tomar cuidado redobrado quanto à definição do poder econômico do agente. Os contratos internacionais de transferência de tecnologia podem suscitar preocupações sob o ponto de vista concorrencial, no que se refere à possibilidade de facilitar o dominação de mercados, de forma injustificada, por grandes corporações estrangeiras, dificultando o acesso à inovação pelas empresas nacionais, e por conseguinte, obstando o avanço tecnológico do país e promovendo a fechamento dos mercados.

Dessa forma, cumpre ao sistema antitruste brasileiro manter-se atento aos contratos de transferência de tecnologia, dando especial destaque ao controle preventivo, afinal, não raras as vezes, tais contratos se mostram complexos, vindo acompanhados de disposições que sugerem a associação entre as partes, ou mesmo o controle externo (influência dominante por via contratual), trazendo sérios efeitos anticompetitivos, como foram os casos dos recentes julgados pelo Cade.

Do mesmo modo, mostrou-se evidente que, mesmo expressamente ausente a cláusula de exclusividade, tais contratos possuem estipulações que criam relações de exclusividade fáticas, por exemplo, ao dispor acerca de sistemas de remuneração e premiação pelo uso da tecnologia licenciada, elevando as barreiras à entrada de terceiros e promovendo o fechamento do mercado.

Portanto, a autoridade antitruste deve seguir a tradição da aplicação da regra da razão, analisando as particularidades que permeiam o mercado relevante, em especial, no que se refere ao nível de concentração, à natureza dos produtos envolvidos e se a transferência poderá elevar barreiras à entrada de terceiros, prejudicando, assim, o consumidor final, bem como no que se refere à presença das justificativas excepcionais, tais como eficiências econômicas.

Não se deve olvidar, do mesmo modo, as particularidades que envolvem o mercado da inovação, dando-se especial atenção às etapas de pesquisa e desenvolvimento, tendo em vista que o poder econômico do agente pode ser auferido, em parte, pelas produtos que ainda estão em desenvolvimento.

Não obstante a importância das recentes decisões do Cade – que lançaram luz sobre critérios interpretativos no que se refere à adequação dos contratos de transferência de tecnologia à nova lei concorrencial brasileira –, a regulamentação da definição de contrato associativo será de grande valia para a segurança jurídica. O texto normativo proposto por meio da Consulta 03/2014 mostra-se adequada face à jurisprudência traçada pelo órgão. Não se deve restringir demais o conceito de contrato associativo, sob o grave risco de dar-se aval para o cometimento de abusos por meio de contratos de transferência de tecnologia, com sérias implicações para os interesses tutelados pelo Direito da Concorrência brasileiro.

## **8. Referências bibliográficas**

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC n.º 08700.003937/2012-01. Plenário. Relator: Alessandro Serafin Octaviani Luis. Sessão de 28/08/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 12. ago. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC n.º 08700.004957/2013-72. Plenário. Relator: Alessandro Serafin Octaviani Luis. Sessão de 28/01/2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 12. ago. 2014.

CORDOVIL, Leonor. et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORRÊA. Daniel Rocha. *Contratos de transferência de tecnologia: controle de práticas abusivas e cláusulas restritivas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito do UFMG, 2005.

DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Department Of Justice & Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. 6 abr. 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MORAIS, Rafael Pinho Senra de. Cade, licenciamentos e a cesta básica. *Valor Econômico*. São Paulo, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://www8.valor.com.br/legislacao/3235360/Cade-licenciamentos-e-cesta-basica>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia: patente e know-how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SALOMAO FILHO, Calixto . *Direito concorrencial - as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: LTR, 1998.

TIMM, Luciano Benetti. *Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia no Brasil: interseção entre propriedade intelectual com o direito antitruste*. [s.l.], [s.n.], 2008, p. 22. In: III Prêmio SEAE. Disponível em <[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/iii-premio-seae/profissionais/premio-seae-monografia.pdf/view](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/profissionais/premio-seae-monografia.pdf/view)> Acesso em: 20 jan. 2014.

VIEGAS, Juliana L. B. *Contratos típicos de Propriedade Industrial: contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias*. In: *Contratos de Propriedade Industrial e novas tecnologias*. SANTOS, Manoel J. Pereira dos. JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

**O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência:  
estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração**

Igor Voronkoff <sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente artigo tem por escopo analisar as alterações trazidas pela nova lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/11, com enfoque principal na sua estrutura administrativa e no procedimento de análise prévia dos atos de concentração, realizando-se um estudo sob o viés legalista. Com efeito, analisam-se as vantagens e desvantagens que o novo diploma legal acarretou ao direito antitruste e à atuação do principal órgão de defesa da concorrência no país. Neste sentido, são demonstrados dados empíricos do primeiro ano de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e os resultados que as alterações propostas pela Lei nº 12.529/11 trouxeram. Portanto, o presente estudo possibilita uma melhor compreensão da atuação dos órgãos antitruste e do procedimento que envolve as operações de concentração de mercado, além de demonstrar as vantagens e desvantagens que permeiam o sistema antitruste atual.

Palavras-chave: Nova lei de defesa da concorrência. Lei nº 12.529/11. Alterações estruturais administrativas. Procedimento prévio para análise dos atos de concentração. JEL Codes: *K21; L4*.

**ABSTRACT**

The scope of this article is to analyze the changes introduced by the new law of the Brazilian Antitrust System - Law No. 12.529/11, with main focus on its administrative structure changes and in the analysis prior of the merger procedure, performing a study under a legalistic bias. Indeed, it analyzes the advantages and disadvantages that the new law led to the whole antitrust system and to the *modus operandi* of the main Brazilian institution to protect competition in the country. In this sense, empirical data from the first year of operation of the Conselho Administrativo de Defesa Econômica and the results that the proposed amendments by Law No. 12.529/11 brought are demonstrated. Therefore, this study provides a better understanding of the role of antitrust agencies and the procedure that involves the operations of market concentration, as also demonstrate the advantages and disadvantages that permeate the current antitrust system.

Keywords: New Antitrust Law. Law No. 12.529/11. Administrative structural changes. Previous Procedure to mergers analysis.

---

<sup>1</sup> Pós-graduando em Direito Empresarial na GV Direito SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Advogado. E-mail: i.voronkoff@gmail.com

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 2.1. Estrutura administrativa. 2.2. As formas de atuação preventiva e repressiva do CADE. 3. Nova lei de defesa da concorrência: vantagens ou desvantagens? 4. Conclusão. 5. Referências.

*“A creative man is motivated by the desire to achieve, not by the desire to beat others.”*  
(Ayn Rand)

## **1. Introdução**

Com a publicação e entrada em vigor da nova lei de defesa da concorrência brasileira – Lei nº 12.529 de 2011 e revogação da legislação anterior – Lei nº 8.884 de 1994, diversas alterações e inovações foram realizadas a fim de aprimorar, ainda mais, o arcabouço jurídico-normativo do direito da concorrência ou direito antitruste brasileiro. Com efeito, os legisladores tem se esforçado para aperfeiçoar o sistema concorrencial do Brasil, seguindo a linha dos sistemas internacionais.

O direito da concorrência ou direito antitruste, se reveste num conjunto de normas e princípios que se põem como garantias para sustentar o mercado brasileiro interno e mantê-lo escudado de possíveis condutas anticompetitivas, perpetradas pelos agentes econômicos que ali atuam, tendo como suas vigas mestras os preceitos constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. Como veículo motor dessas normas, os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atuam de forma preventiva, repressiva e educativa, em prol do mercado, dos consumidores e da economia nacional.

Com efeito, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é o principal órgão atuante no direito antitruste, acompanhado da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.

É neste sentido que o presente estudo tem por escopo principal estudar a nova estrutura administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o novo procedimento de análise prévia dos atos de concentração e as mudanças implementadas nos requisitos para a notificação das operações concentracionistas.

No tocante à estrutura administrativa, será exposta a sua composição atual e a da lei anterior, traçando um paralelo entre as duas estruturas e apontando as possíveis vantagens e desvantagens advindas das novas alterações. Quanto ao procedimento para análise dos atos de concentração, será estudada a novidade do caráter prévio, imposto a esse procedimento pela nova lei, bem como se apontará as críticas que a doutrina especializada tecia quanto ao sistema antigo. Ademais, serão abordados os novos requisitos valorativos para as notificações das operações de concentração, dentre outras peculiaridades atinentes aquele procedimento.

Por derradeiro, serão abordadas as principais vantagens e desvantagens que surgiram com a realização das modificações trazidas pela Lei nº 12.529/11, mostrando a situação atual da atuação repressiva e preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por meio de dados coletados sobre o primeiro ano de vigência da lei.

## **2. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência**

O presente tópico tem por escopo, num primeiro momento, analisar as alterações estruturais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que ocorreram com a publicação e vigência da Lei nº 12.529/11, limitando-se o estudo a expor as alterações no corpo administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e dos demais órgãos que integram o SBDC.

Em um segundo momento, se procederá ao estudo do novo critério para aplicação das multas e do novo procedimento aplicado aos atos de concentração empresarial, apontando as principais diferenças entre a Lei nº 8.884/94 e a nova lei, dando um maior enfoque nas alterações do sistema de notificação prévia e os valores que lhe foram atribuídos. Por fim, será feita uma exposição acerca do foco de atuação do CADE que vem sendo criticado pela doutrina desde a vigência da lei anterior e que agora tomará novos rumos.

### **2.1 Estrutura administrativa**

A Lei nº 12.529/11 originou-se do Projeto de Lei nº 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, foi sancionada e publicada pela presidenta Dilma Rousseff em 30 de novembro de 2011 e entrou em vigor em 29 de maio de 2012.

Acerca da data inicial de sua eficácia, houve certo dissenso. Isto porque, ocorreu uma retificação formal, que acarretou sua republicação em 02 de dezembro de 2011, assim, alguns doutrinadores afirmam que o início de sua eficácia se deu em 30 de maio de 2012. Contudo, no viés material, nada foi alterado, entendendo-se, desse modo, que a data de sua entrada em vigor, foi, realmente, 29 de maio de 2012.<sup>2</sup>

Com a sua vigência, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi totalmente reestruturado. Seu “esqueleto” administrativo foi modificado, visando o aprimoramento, eficiência e celeridade nas investigações e julgamento das condutas anticompetitivas, e nas análises das operações concernentes à concentração de empresas.

O art. 1º formaliza o uso do termo “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, e tem como objetivo transmitir a ideia de que os órgãos que integram o aparelho antitruste devem formar um “sistema coeso, com mecanismos de articulação institucional bem definidos, de maneira que formem um todo coerente, e não partes desarticuladas entre si”.<sup>3</sup>

Com efeito, unificaram-se as tarefas de investigação e julgamento em uma única autarquia federal (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com vistas a uma atuação mais célere e eficiente do SBDC. Sem embargos, na vigência da lei anterior os processos tramitavam em três órgãos distintos, quais sejam, a Secretaria de Defesa Econômica - SDE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE e o CADE, os chamados “três guichês”, o que acarretava uma “multiplicação de pareceres completamente anacrônica e excessivamente burocrática”.<sup>4</sup> Desta forma, a nova estrutura responde às críticas que eram tecidas contra a Lei nº 8.884/1994, “que previa a existência de três guichês para análise e julgamento – SEAE, SDE e CADE –, o que era visto como desnecessária multiplicação de esforços e ineficiente”.<sup>5</sup>

Num primeiro momento, e sob a égide da lei anterior, a SDE (órgão vinculado ao Ministério da Justiça), em âmbito de antitruste, era a responsável por investigar os

---

<sup>2</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 360.

<sup>3</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 13.

<sup>4</sup> BRASIL, Voto do Relator, Deputado Ciro Gomes no Projeto de Lei nº 3937, de 07 de julho de 2004. p. 21. Disponível em: <  
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>5</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

atos contra a concorrência, sua instrução processual, bem como analisar os atos de concentração que seriam submetidos ao CADE. Isso se dava por meio da instauração de um processo administrativo, juntamente com o parecer respectivo, os quais posteriormente seriam remetidos ao Conselho, instância final e julgadora. Destarte:

Quando há uma denúncia de uma prática anticompetitiva ou representação por parte de qualquer pessoa ou empresa, ou até mesmo a partir de uma suspeita da própria Secretaria (neste caso, uma representação *ex officio*), a SDE pode determinar a abertura de procedimento de averiguação preliminar e/ou de processo administrativo para investigar se a prática denunciada configura-se como infração à ordem econômica. Trata-se basicamente de um procedimento de investigação, onde a SDE recolhe documentos, realiza pesquisas e descreve os fatos.<sup>6</sup>

Por sua vez, a SEAE (órgão do Ministério da Fazenda), quanto aos casos de condutas anticoncorrenciais, era informada pela SDE acerca da investigação que se procedia e querendo, podia emitir parecer, antes de o processo administrativo ser remetido ao CADE. No tocante às operações de concentração, auxiliava a SDE, através da realização de estudos e relatórios, sendo obrigatória a emissão de parecer.<sup>7</sup>

Hoje, com as alterações estruturais introduzidas pela Lei nº 12.529/11, a SDE se tornou a superintendência-geral (SG), órgão integrante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sendo as atribuições de investigação, instrução e decisão, acerca dos processos administrativos, exercidas unicamente pelo mesmo (CADE). Desta forma, “a reestruturação sana as deficiências do sistema anterior, em que havia sobreposição de tarefas entre três agências distintas”.<sup>8</sup> Neste sentido:

[...] o novo modelo institucional adotado pela Lei, ao concentrar as principais funções em um único órgão, o CADE, racionalizará as atividades e trará ganhos de eficiência e escala ao SBDC, evitando-se as repetições de funções anteriormente encontradas na Lei 8.884/1994 entre SEAE, SDE e CADE. É de se esperar, portanto aumentos de intensidade e qualidade na aplicação da Lei a partir dos ganhos que deverão surgir com atuação do “novo-CADE”. Essa é uma das maiores novidades desta Lei.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. rev. e bil. São Paulo: CIEE, 2007, p. 14.

<sup>7</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. rev. e bil. São Paulo: CIEE, 2007, p. 16.

<sup>8</sup> ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. A Lei 12.529/11: nova lei do CADE. *In: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*, ano 4, n. 24, Distrito Federal: ago. 2012. Disponível em: <[http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo\\_Gilvandro1.html](http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo_Gilvandro1.html)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>9</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: MÉTODO, 2012, pág. 15.

Algumas críticas foram tecidas, durante os debates legislativos da nova lei, contra a unificação das funções de investigação, instrução e julgamento em uma única autarquia, pois, concentrou-se uma gama extensa de funções em um mesmo órgão, especialmente as funções inquisitórias e judicantes.<sup>10</sup>

Com efeito, uma vez que o CADE possuiria ambas as funções, argumentou-se que os princípios do devido processo legal e ampla defesa, previstos na Constituição Federal, respectivamente, no artigo 5º, incisos LIV e LV<sup>11</sup>, seriam desrespeitados, correndo-se o risco do CADE “assumir uma postura parcial no julgamento dos casos”.<sup>12</sup>

Em razão dessas críticas, a doutrina especializada aponta que a nova lei cuidou de estruturar o SBDC delineando explicitamente a separação dessas funções.<sup>13</sup> Para isso, dentro do CADE, foram criados o Tribunal de Defesa Administrativa - TDA, a Superintendência-Geral - SG e o Departamento de Estudos Econômicos - DEE, cada qual com suas competências bem traçadas. *Grosso modo*, o TDA possui função judicante, a SG é responsável pela instrução processual e o DEE pela elaboração de estudos e pareceres, com vistas a embasar as decisões do TDA.

Sendo assim:

[...] em princípio não há motivos para crer que essa parcialidade será um resultado da nova estrutura. O regime estabelecido pela nova lei já estabelece e favorece essa separação funcional. [...] Cabe ao Cade, portanto, apenas adotar práticas que respeitem essa separação no dia a dia da aplicação da lei.<sup>14</sup>

O Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência, de acordo com o artigo 3º da nova lei, é composto por dois órgãos, o CADE e a SEAE. Por sua vez, o CADE é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Atuando junto ao mesmo, o Ministério Público e uma procuradoria federal especializada, a PROCADE.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conforme o disposto no art. 4º “é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>11</sup> Art. 5, CF. (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;(...)

<sup>12</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>14</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33 *et seq.*

em autarquia federal, vinculado ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal”. Note-se que, como o CADE é uma autarquia federal, de suas decisões não cabe recurso na esfera administrativa.<sup>15</sup>

Demais disso, é cediço que a atividade jurisdicional é exclusiva do Poder Judiciário, bem como que, é a Constituição Federal que aponta, em seu art. 92, quais são os órgãos judicantes e o CADE não está presente em seu rol taxativo. Dessa forma, a doutrina especializada aponta que o termo “judicante” é tecnicamente impreciso, pois se refere à atividade do juiz, sendo mais adequada a utilização da expressão “órgão jurisdicional”.<sup>16</sup>

No campo das competências, o CADE visa garantir a livre concorrência, em âmbito do Poder Executivo, investigando e decidindo em última instância, sobre matéria concorrencial, como, também, pelo fomento e disseminação da livre concorrência.<sup>17</sup> Nesse sentido, possui três funções, a saber, preventiva, repressiva e educacional ou pedagógica. No seu viés preventivo o CADE analisa e decide, previamente, acerca das operações de concentração realizadas por grandes empresas observando os efeitos nocivos que possam decorrer de tais operações, no mercado e em sua concorrência. No viés repressivo, o CADE investiga e julga os responsáveis por atos e práticas que maculem a livre concorrência, bem como a ordem econômica.<sup>18</sup> Por fim, do ponto de vista educacional o CADE tem por escopo:

Instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas.<sup>19</sup>

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, de acordo com o art. 6º, é órgão judicante composto por um presidente e seis conselheiros, “escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo

---

<sup>15</sup> O STJ no julgamento do MS 10138/DF confirmou o que as decisões do CADE não podem ser recorridas na esfera administrativa.

<sup>16</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al. Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: MÉTODO, 2012, *passim*.

<sup>17</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8bab6cb47b999bbf95/>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>18</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8bab6cb47b999bbf95/>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

Senado Federal”. Dentre as atribuições com maior relevância, destacam-se o poder de decidir sobre a existência de infração contra a ordem econômica e aplicação das penalidades administrativas cabíveis. Além das funções de apreciar os processos administrativos necessários para as operações de concentrações, tais quais fusões, aquisições, incorporações, dentre outros.

Com a vigência da Lei nº 12.529/11 o mandato do presidente e conselheiros foi expandido para o lapso temporal de quatro anos, vedada a recondução, consoante o que dispõe o § 1º do art. 6º. O § 1º do art. 4 do diploma anterior atribuía o período de dois anos, com a possibilidade de recondução. A curta duração do mandato já vinha sendo alvo de críticas pela doutrina e operadores do antitruste. Neste sentido:

O curto mandato de dois anos para os Conselheiros do CADE, com a possibilidade de uma recondução, contribui para a alta rotatividade na autoridade e afeta de maneira adversa sua memória institucional, aumentando, ainda, a oportunidade de exercício de influência política por meio do processo de indicação. O governo tem a capacidade de reformar completamente o Conselho em apenas dois anos. Cria-se também um incentivo para que Conselheiros em exercício ajustem suas decisões de forma a obterem a recondução, caso a desejem.<sup>20</sup>

O aumento do mandato proporciona ao presidente e aos conselheiros uma maior aquisição de experiência quanto aos temas abordados nos processos administrativos e nos atos de concentrações, vez que estes são dos mais variados (tendo em vista que as empresas atuam em diversos setores do mercado), cooperando, assim, para um aperfeiçoamento das decisões proferidas.<sup>21</sup>

Quanto à Superintendência-Geral, há a atuação do Superintendente-Geral auxiliado por dois Superintendentes-Adjuntos. Como visto, a Lei nº 12.529/11 pôs fim à Secretaria de Defesa Econômica – SDE, transferindo suas atribuições para a Superintendência-Geral, incorporando a antiga SDE, sob a forma de Superintendência-Geral ao CADE. Assim:

Concentrando-se o CADE e a SDE em um único órgão, pode-se dar maior autonomia às investigações promovidas pelo CADE, uma vez que toda a

---

<sup>20</sup> ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Lei e política da concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010. p. 83. Disponível em: [portal.mj.gov.br](http://portal.mj.gov.br). Acesso em 21 fev. 2014.

<sup>21</sup> BRASIL, Voto do Relator, Deputado Ciro Gomes no Projeto de Lei nº 3937, de 07 de julho de 2004. p. 23. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

estrutura investigatória é levada para dentro da autarquia – o que não ocorria no sistema anterior, em que os órgãos instrutórios permaneciam vinculados à administração Pública direta, funcionando junto e de acordo com os interesses dos Ministérios da justiça e da Fazenda e do Governo Federal em geral.<sup>22</sup>

A racionalização dessa estrutura de investigação e instrução dos processos administrativos previstos na Lei 12.529/2011 será benéfica ao SBDC, uma vez que tal estrutura estará separada da Administração Pública direta, livre da pressão governamental e política, facilitando a implantação, pelo CADE, de uma política de Estado para a defesa da concorrência.<sup>23</sup>

À SG cabe, dentre outras atribuições previstas na lei, a instauração e instrução de processos administrativos para apurar as infrações contra a ordem econômica, bem como a realização de procedimentos para análise dos atos de concentração.

Em virtude da criação da Superintendência, com a conseqüente unificação das atribuições de investigação, instauração e instrução de processos administrativos, além do poder decisório, o CADE passou a ser chamado de SuperCADE pelas sociedades empresárias e pela mídia.<sup>24</sup>

O Departamento de Estudos Econômicos já havia sido criado quando da aprovação da resolução nº 53, em setembro de 2009, pelo plenário do CADE sob a égide da lei anterior.<sup>25</sup> Todavia, a previsão em lei do DEE conferiu a ele uma maior solidez, evitando que o mesmo continuasse com sua origem pautada em normas infralegais.<sup>26</sup>

Ao DEE cabe, principalmente, a elaboração de estudos e pareceres para subsidiar as decisões proferidas em julgamento pelo Tribunal, como, também, auxiliar o Conselho aliando análises econômicas a essas decisões.

Por derradeiro, a SG incorporou parte das atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico, definidas pela antiga Lei nº 8.884/94, restando a esta o tocante à “Advocacia da Concorrência”. Numa apertada síntese, é ela quem opina, tendo em vista sempre promover a concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos e de consumidores, bem como

---

<sup>22</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 18.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>24</sup> CANÁRIO, Pedro. Começa a valer o novo sistema de defesa da concorrência. *In: Revista Consultor Jurídico*. Mai. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/comeca-valer-sistema-brasileiro-defesa-concorrenca>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

<sup>25</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 53, de 16 de setembro de 2009. Cria o Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Disponível em < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1414141ce03fc199aeaf>>. Acesso em 21 fev. 2014.

<sup>26</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos.** Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 23 fev. 2014.

sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da Administração Pública.

Note-se que essa função não é somente exercida pela SEAE. O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, também possui função semelhante à Advocacia da Concorrência, vez que o inciso XIV do art. 9º lhe atribui a competência para “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”. A promoção da concorrência diz respeito à função de educadores exercidos pelos órgãos antitruste, especialmente pela SEAE, na disseminação da cultura da concorrência, bem como à capacidade de influência desses órgãos quando da formulação de políticas públicas, visando o máximo de incentivo à concorrência.<sup>27</sup> Neste sentido:

Advocacia da Concorrência corresponde à atuação educativa dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), com o objetivo de divulgação de temas relacionados com o direito concorrencial aos setores que ordenam, aplicam e que recebem os efeitos da aplicação concreta das normas antitruste, em especial aqueles Órgãos públicos. Trata-se da difusão da cultura da concorrência e do conhecimento a respeito dos benefícios da livre concorrência (como preços menores, qualidade superior de bens e serviços, além de um maior incentivo à inovação) à sociedade, empresários, juízes, promotores públicos, legisladores e administradores e reguladores.<sup>28</sup>

A título de exemplo, uma das formas de disseminação da cultura da concorrência se dá pelo Programa de Intercâmbio do CADE – PINCADE, criado em 1999. O programa se destina a estudantes da graduação e pós-graduação de diversas áreas, sendo realizado em Brasília/DF. O PinCade “é uma forma de divulgação da cultura da concorrência, pois permite a promoção da cooperação científica e acadêmica, além de contribuir para o fortalecimento institucional do Cade, estimulando a realização de estudos e a participação da sociedade.”<sup>29</sup> Além do programa, há a Revista de Direito Econômico e a Revista de Direito da Concorrência, ambos elaborados pela instituição.

---

<sup>27</sup> BRASIL, Secretária de Acompanhamento Econômico. Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/organizacao/promocao-e-defesa-da-concorrenca](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/organizacao/promocao-e-defesa-da-concorrenca)>. Acesso em 21 fev. 2014.

<sup>28</sup> BRASIL, Programa de Intercâmbio do CADE. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br:8080/pincade/pages/institucional/advocacia\\_concorrenca.jsp](http://www.cade.gov.br:8080/pincade/pages/institucional/advocacia_concorrenca.jsp)>. Acesso em 23 fev. 2014.

<sup>29</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: 2013. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 25 fev. 2014.

## 2.2 As formas de atuação preventiva e repressiva do cade

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica atua de três formas principais: preventivamente, repressivamente e de forma educacional. Diante de uma atuação preventiva, o CADE, por meio do controle de concentrações, analisa as operações que possam ter maior impacto no mercado e que possam afetar a livre concorrência, concedendo a autorização para a realização dessas operações. Por outro lado, quando atua em sua forma repressiva, o Conselho averigua as práticas que visem à dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros, instaura os processos, decide e aplica as penalidades cabíveis.

A atuação repressiva do CADE, especificamente quanto às infrações contra a ordem econômica, não merecerá maiores atenções nesse trabalho em virtude das poucas modificações que surgiram com a nova lei. Contudo, no campo das multas, algumas modificações importantes foram instituídas.

Em linhas gerais, quanto à atuação repressiva, o *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/11 dispõe que qualquer ato, independentemente de sua forma de manifestação, será considerado infração contra a ordem econômica, desde que vise ou possa produzir os efeitos, ainda que não sejam concretizados, de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”; “dominar mercado relevante de bens ou serviços”; “aumentar arbitrariamente os lucros” e “exercer de forma abusiva posição dominante”.

De outro modo, o § 3º do mesmo artigo dispõe um rol exemplificativo de condutas que podem ser caracterizadas como infração à ordem econômica, desde que produzam ou possam produzir os efeitos acima mencionados. Logo, conclui-se que para a caracterização da infração basta que qualquer conduta, ainda que não esteja no rol do § 3º, produza ou possa produzir a dominação de mercado, o aumento arbitrário dos lucros, prejudique, de qualquer forma, a livre concorrência ou livre iniciativa ou exerça abuso de posição dominante.

Isto porque, as infrações definidas naquele parágrafo não são infrações “*per se*”, sendo necessário para a declaração de sua ilicitude a comprovação dos seus “efeitos abusivos ou anticompetitivos”, dispostos no *caput* do art. 36.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133.

Dito isto, o diploma anterior, no que concerne às multas aplicadas aos agentes praticantes das infrações, em seu art. 23 dispunha que a multa seria de 1% a 30% do valor do faturamento bruto do último exercício, quando se tratasse de empresa; de 10% a 50% do valor da multa aplicável à empresa, no caso de administrador, sendo este diretamente ou indiretamente responsável pela infração cometida; e por último, de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR, quando não sendo possível a utilização do primeiro critério, o caso se referisse às “pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito”.<sup>31</sup>

Com a vigência da Lei 12.529/11, a principal mudança trazida, disposta no art. 37, se refere aos critérios valorativos das penalidades pecuniárias. No caso do inciso I, estes foram reduzidos de 1% a 30% do valor do faturamento bruto do último exercício da empresa para 0,1% a 20% desse valor, agora referente ao último exercício anterior à instauração do processo administrativo para apuração da infração. Quanto às demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, que não exerçam atividade empresarial, o valor passou de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) (inciso II da nova lei, e inciso III da antiga lei). Por último, no caso do administrador a multa foi reduzida de 10% a 50% para 1% a 20%.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável; II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador; III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

<sup>32</sup> Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;  
II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);  
III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à

Note-se que no inciso I houve a inclusão do termo “ramo de atividade” como norteador para o cálculo da multa. Na égide da lei anterior, o parâmetro para o cálculo da multa era o faturamento bruto da empresa no seu último exercício, não importando o ramo de atividade. Com a nova lei, esse parâmetro passou a ser o faturamento bruto referente ao exercício anterior à instauração do processo administrativo, observado o ramo de atividade empresarial onde ocorreu a infração.

O acréscimo desse termo tem sido alvo de críticas, vez que não se trata de um “conceito técnico do ponto de vista concorrencial”, além de não ser definido na legislação antitruste, o que contribuirá, conseqüentemente, para o aumento da insegurança jurídica, uma vez que muito abrangente.<sup>33</sup> A doutrina especializada espera que o CADE firme um padrão para a utilização desse conceito, “seja pela via da jurisprudência do CADE, seja por meio de uma resolução com definições sobre a matéria”.<sup>34</sup>

Com efeito, em 29 de maio de 2012, o CADE elaborou a Resolução nº 3, publicada em 31 de maio do mesmo ano, do Diário Oficial da União, contendo uma lista com 144 tipos de ramos de atividades, para fins de aplicação do art. 37, acima mencionado.<sup>35</sup> Com a elaboração dessa resolução, é possível conferir uma maior segurança jurídica, vez que houve um delineamento dos ramos de atividade.

Com a redução dos percentuais fixados, o CADE visou abrandar os valores das multas. A título de exemplo, em 22 de julho de 2009, diante do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, o CADE aplicou a maior multa da história da instituição contra a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV no valor de R\$ 352.000.000,00 (trezentos e cinquenta e dois milhões de reais), correspondentes a 2% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior.<sup>36</sup> O acórdão foi proferido na sessão ordinária de julgamento nº 448.<sup>37</sup>

---

empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

<sup>33</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>35</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 03, de 29 de maio de 2012. Expede a lista de ramos de atividades empresariais. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>36</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, Rel. Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em 21 fev. 2014.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

Uma das grandes e relevantes modificações instituídas pela Lei nº 12.529/11 se refere ao novo procedimento para a realização de atos de concentração. Este, agora, possui o caráter prévio, não mais sendo a análise do CADE, realizada posteriormente à concreção da operação de concentração. Essa mudança já vinha sendo cogitada pela doutrina e pelo ambiente empresarial, à semelhança do que já ocorre, de fato, nos sistemas internacionais, e foi, finalmente, implementada. Além dessa mudança, a legislação nova delimitou melhor os atos de concentração, bem como implantou um sistema de notificação, que serão devidamente abordados adiante.

O controle de concentrações é forma de atuação preventiva do CADE e tem por escopo, proteger o mercado e os consumidores contra os abusos que possam advir da realização de uma operação de concentração, em virtude de aumentar excessivamente o poder de mercado de determinada empresa.<sup>38</sup> Assim, este controle tem por finalidade, “verificar se determinada operação induzirá o desenvolvimento econômico e o fortalecimento da competitividade no mercado, ou se causará prejuízos à concorrência e à coletividade.”<sup>39</sup>

Anteriormente, a Lei nº 8.884/94 dispunha, em seu art. 54, que “os atos sob qualquer forma manifestados” que atentem contra a livre concorrência ou dominem os mercados relevantes, deveriam ser submetidos à apreciação pelo CADE. A lei fazia uso de um termo genérico e não delimitava objetivamente quais seriam esses atos, contribuindo para certa insegurança jurídica, a qual atingia, principalmente, as empresas, por não saberem se sua operação deveria ou não ser submetida à análise pelo Conselho.<sup>40</sup> A Lei nº 12.529/11, por outro lado, definiu uma série de atos que são considerados como operações de concentração. Estes atos estão agora definidos no art. 90.

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:  
I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;  
II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em

---

<sup>38</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 197.

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. A lei 12.529/11: nova lei do CADE. *In: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*, ano 4, n. 24, Distrito Federal: ago. 2012. Disponível em: <[http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo\\_Gilvandro1.html](http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo_Gilvandro1.html)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;  
III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou  
IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Desse modo, a nova lei definiu como sendo os atos de concentração, as operações de fusão (inciso I); aquisição, direta ou indireta, do controle de uma ou mais empresas, por meio da compra de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários (inciso II); incorporação de empresas (inciso III); e os contratos de associação, consórcio ou “joint ventures” (inciso IV). Note-se que, pelo parágrafo único, os contratos de associação, consórcio ou “joint ventures”, não serão tidos como ato de concentração, desde que destinados ao sistema de licitações públicas.

Essa mudança, como o disposto acima, visou garantir mais segurança jurídica aos empresários, por meio de uma maior especificação das operações que deverão ser submetidas à análise do CADE.

A segunda mudança diz respeito ao procedimento em si dos atos de concentração. O procedimento para análise dos atos de concentrações, sob a égide da lei anterior, possuía caráter posterior. Basicamente, o procedimento se dava da seguinte forma: as operações deveriam ser apresentadas para exame, previamente ou observando-se o prazo de quinze dias úteis contados de sua realização, por meio do encaminhamento da documentação específica, em três vias, à SDE (esta enviaria uma cópia para o CADE e outra para a SEAE), conforme o disposto no § 4º do art. 54.

Muito embora, já houvesse previsão na Lei nº 8.884/94, da possibilidade de apresentação prévia das operações, o art. 98 da Resolução do CADE nº 45 de 2007 dispunha que o momento da realização do ato, para fins do cumprimento do prazo legal disposto na lei, seria a data de realização do primeiro documento que vinculasse as partes envolvidas.<sup>41</sup> Destarte, “o efeito prático que a interpretação teleológica” do

---

<sup>41</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 45, de 28 de março de 2007. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 04 out. 2013.

mencionado artigo refletia era a “necessidade de notificação da operação quinze úteis dias após a vinculação entre as partes”.<sup>42</sup>

Com efeito, a SEAE possuía o prazo de trinta dias para emitir o parecer técnico que deveria ser enviado a SDE, a qual possuía o mesmo prazo para emitir o seu parecer e em seguida encaminhar para o CADE o processo devidamente instruído. Este daria o provimento final, tudo nos ditames do § 6º do art. 54. Nesse sentido, a doutrina especializada aponta que:

O Brasil era um dos únicos países do mundo em que, somente após a realização da concentração econômica, as empresas estavam obrigadas a pedir a aprovação do Cade. Tal procedimento, realizada *a posteriori*, era não só ineficiente do ponto de vista econômico como ineficaz na proteção e defesa do interesse público.<sup>43</sup>

Outra crítica feita ao sistema de análises posterior consistia na dificuldade de reverter os prejuízos causados, tanto aos empresários quanto consumidores, caso a operação já realizada não fosse aprovada pelo CADE, o que acarretaria sua desconstituição, procedimento extremamente difícil de ser realizado.<sup>44</sup> À título de exemplo, foi o que aconteceu com a aquisição da Garoto pela Nestlé. Em 2002, a Nestlé Brasil Ltda. resolveu incorporar a Chocolates Garoto S/A. O CADE, após o julgamento, cerca de dois anos mais tarde, negou a operação de concentração, afirmando que tal ato traria potencial prejuízo aos consumidores e a livre concorrência.<sup>45</sup>

Com a Lei nº 12.529/11, o procedimento para o controle de operações de concentração ganhou caráter prévio, conforme disposição expressa no § 2º do art. 88. Assim, em linhas gerais, de acordo com o art. 53, as empresas deverão encaminhar o pedido de aprovação para a operação, diretamente ao CADE, acompanhado dos documentos e informações necessários, bem como apresentar o comprovante de recolhimento da taxa processual.

---

<sup>42</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 273.

<sup>43</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

<sup>44</sup> CASTRO, Ramsés Maciel de. A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. *In: Revista Magister de Direito Empresarial*, 2012, n.º 44, São Paulo: LEX Editora S.A, Abr-Maio, 2012.

<sup>45</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001697/2002-89, Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

Em seguida, a SG, depois de realizadas as diligências definidas no art. 53 (análise dos requisitos e publicação do edital), poderá acatar duas opções, conforme dispõe o art. 54, ou conhece diretamente do pedido (quando o processo dispensar novas diligências ou for de menor potencial ofensivo à concorrência) ou determina a realização de instrução complementar. Destarte, nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência, quando a SG conhece diretamente do pedido e o aprova, tem-se um rito sumário que se apresenta como “ferramenta de racionalização do trabalho de órgãos de defesa da concorrência, por meio da distinção dos casos incapazes de limitar ou prejudicar a concorrência, daqueles casos complexos, que merecem maior atenção por parte das autoridades”.<sup>46</sup>

Caso se proceda à instrução complementar, após a sua realização, a SG poderá aprovar o ato ou oferecer impugnação perante o TDA. Nestes conformes, o art. 57, inciso II, dispõe três hipóteses onde o ato de concentração deverá ser impugnado e passará a tramitar perante o tribunal, sob o procedimento ordinário. São elas: quando o ato for rejeitado na SG, quando for aprovado com restrições ou quando não existirem elementos suficientes para definir seus efeitos no mercado. Portanto, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é responsável pela análise dos casos que tenham grande potencial ofensivo contra a livre concorrência e possam efetivamente afetar negativamente as estruturas de mercado.

A resolução nº 2, de 22 de maio de 2012, do CADE, definiu quais os documentos e informações que as empresas deverão prestar e fornecer quando do pedido de aprovação para o ato de concentração.<sup>47</sup> A quantidade de informações necessárias na nova resolução é maior que o requerido na antiga resolução nº 15 de 1998.<sup>48</sup> Ante este fato, o CADE justificou que a antiga resolução “não propiciaria uma visão imediata, global e minimamente aprofundada do negócio jurídico notificado, muito menos das atividades das partes e dos mercados envolvidos e, assim, restaria o Cade impossibilitado de prosseguir com a análise célere do ato”.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 201.

<sup>47</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 02, de 22 de maio de 2012. Disciplina a notificação de atos de concentração. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 23 fev. 2014.

<sup>48</sup> *Idem.* Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no Cade, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 26 fev. 2014.

<sup>49</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

Assim, com a adoção de uma maior quantidade de documentos, os estudiosos do antitruste afirmam que as empresas, tendo por escopo obter a aprovação do CADE o mais rápido possível, irão prestar as informações e documentos sobre a operação, a atividade econômica e os mercados que estejam envolvidos de “modo célere e completo”.<sup>50</sup>

No que tange aos prazos, o § 2º do art. 88 prescreve que o controle dos atos de concentração deverá ser realizado no prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias, contados do protocolo da petição ou de sua emenda. Esse prazo poderá ser estendido por até 60 (sessenta) dias, mediante requisição das partes envolvidas ou por até 90 (noventa dias), mediante decisão fundamentada do tribunal, conforme dispõe o § 9º do mesmo artigo. Assim, o prazo máximo para análise dos atos é de trezentos e trinta dias.

Não são todos os atos de concentração que deverão ser notificados pelas empresas ao CADE. O art. 88 prescreve requisitos cumulativos para definir quais operações serão analisadas. Dessa forma, são submetidos ao CADE operações onde pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado, no último balanço, anterior à operação, um faturamento bruto anual a partir de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), enquanto o outro grupo tenha registrado faturamento bruto de pelo menos R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).<sup>51</sup>

A portaria interministerial nº 994, 30 de maio de 2012 expandiu os valores para do inciso I e II, respectivamente, para R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões).<sup>52</sup> Com a inclusão e expansão desses critérios o CADE visa restringir sua atuação, no controle de atos de concentração, àquelas operações que sejam, realmente, capazes de interferir na livre concorrência, trazendo prejuízos aos consumidores, a despeito do sistema anterior onde

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>51</sup> Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

[...]

<sup>52</sup> BRASIL, Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. Portaria Interministerial nº 993, de 30 de maio de 2012. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?29090b151bf93a102727> >. Acesso em 26 fev. 2014.

em virtude dos critérios utilizados havia um acúmulo excessivo de atos de concentração submetidos para análise no CADE.

A lei anterior definia, no § 3º do art. 54, o critério de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões) ou 20% do mercado relevante referente apenas a um dos grupos envolvidos, não existindo um segundo requisito. Destarte, era apenas necessário que uma das empresas envolvidas tivesse o faturamento bruto no ano anterior à operação de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões), ou possuísse a participação de 20% do mercado relevante, não sendo exigido nenhum requisito para o outro grupo envolvido na operação.

A grande crítica em relação ao critério de faturamento estabelecido na Lei nº 8.884/94 se dava justamente pelo fato de que tal índice se aplicava a qualquer (ou pelo menos um) dos participantes da operação. Nesse sentido, sob a égide da lei anterior, era obrigatória, por exemplo, a submissão de operação de aquisição de ações em que apenas o faturamento do grupo vendedor atingisse o valor estabelecido em Lei, a despeito da pouca relevância ou inexistência de qualquer faturamento do grupo comprador no País.<sup>53</sup>

Nota-se, pela análise do artigo 88, que além da modificação do critério do faturamento bruto, o critério de 20% do mercado relevante foi excluído. A exclusão desse critério foi recomendada pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE durante a Revisão pelos Pares de 2010. Com efeito, recomendou-se que o critério de participação no mercado relevante fosse eliminado e fossem adotados “critérios baseados no faturamento bruto doméstico das partes de maior e de menor porte envolvidas na transação”.<sup>54</sup>

Portanto, a grande inovação desse dispositivo, se deu quanto aos novos valores atribuídos ao faturamento bruto dos agentes econômicos envolvidos e na exclusão do critério de 20% na participação de mercado, considerado deveras abrangente.<sup>55</sup> Nesse sentido dispõe a doutrina especializada que:

---

<sup>53</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 277.

<sup>54</sup> ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Lei e política da concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010. p. 84 Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>55</sup> ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da lei nº 12.529/2011. *In: Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União*, ano IV, n.º 19, Brasília: jul. 2012. p. 89. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=234959&ordenacao=1&id\\_site=7529](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=234959&ordenacao=1&id_site=7529)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

*O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência:  
estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração*

Com essa inovação, percebe-se que o legislador pretendeu simplificar o critério de submissão de atos e torná-lo mais seletivo, determinando que sua aplicação seja cumulativa às partes da operação, em uma tentativa de capturar à apreciação das autoridades atos que, diante da magnitude dos negócios das partes envolvidas, tenham efetivamente potencial de gerar efeitos sobre a concorrência e que se ma, portanto, de interesse para o controle de operações do CADE.<sup>56</sup>

Ao excluir o critério de participação de mercado, o legislador eliminou um foco de insegurança jurídica presente na Lei 8.884/94. Identificar o mercado relevante e calcular a respectiva participação do(s) agente(s) econômico(s) em tal mercado envolve questão complexa, muitas vezes de difícil superação.<sup>57</sup>

Com as mudanças realizadas no sistema de controle de atos de concentração, especialmente, a imposição de limites valorativos para as notificações, bem como a fixação do caráter prévio do controle, as autoridades antitruste visam focar apenas nos casos onde as operações possam exercer perigo real para a livre concorrência e aliviar os recursos de seus órgãos para investir e atuar de forma mais expressiva no combate às condutas anticompetitivas ou infrações à ordem econômica.

A doutrina, sob a égide da lei anterior já apontava que o CADE atuava de forma muito mais relevante no controle de concentrações, deixando de lado a atuação repressiva contra as empresas que praticavam atos contra a ordem econômica. Nesse sentido:

O CADE tem se dedicado muito mais à apreciação dos atos de concentração do que ao julgamento dos processos administrativos sobre condutas infracionais. Assume, assim, a autarquia, paulatinamente, a posição de agente governamental de disciplina das condições de estruturação do livre mercado, abandonando a de mero órgão repressor.<sup>58</sup>

Observando-se a atuação do CADE, quanto aos atos de concentração, sob a vigência da nova lei, evidencia-se a redução das operações analisadas. No período de julho de 2011 até maio de 2012 (na vigência da Lei nº 8.884/94) a autarquia conheceu de 714 (setecentos e quatorze) operações de concentração. Por outro lado, no período de julho de 2012 até maio de 2013 (na vigência da Lei nº 12.529/11) o CADE conheceu de 427 (quatrocentos e vinte e sete) operações. Em adição, no ano de 2011, foram

---

<sup>56</sup> ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al. op. cit.*, p. 276.

<sup>57</sup> CORDOVIL, Leonor *et al. Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

<sup>58</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261.

conhecidas 695 (seiscentas e noventa e cinco) operações; no ano de 2012, 712 (setecentas e doze); e por fim, no ano de 2013, apenas 99 (noventa e nove) operações.<sup>59</sup>

Note-se que a intenção do legislador ao elaborar a nova lei foi criar um sistema onde o CADE possa se preocupar em analisar somente as grandes operações, que tenham maior relevância dentro do mercado e que possam verdadeiramente alterar as suas estruturas ferindo a livre iniciativa e livre concorrência. Assim, reduziu-se o número de atos de concentração analisados e reforçou-se a atuação no viés repressivo.

No que tange aos processos administrativos sobre condutas infracionais, em 2011, 51 processos foram julgados; em 2012, tivemos 54 (cinquenta e quatro) processos julgados; e por último, no ano de 2013 (até o mês de setembro) foram 30 (trinta) processos julgados.<sup>60</sup> Assim, nota-se que a mudança no sistema conseguiu reduzir efetivamente o número de operações que deveriam ser analisadas pelo CADE, bem como se revela a disparidade entre o número de condutas infracionais julgadas com o número de atos de concentração conhecidos. E, não obstante, o número reduzido de processos julgados no ano de 2013, o CADE poderá alocar de melhor forma seus recursos para atuar de forma mais firme quanto às condutas infracionais.

Acerca do assunto, Paula Forgioni finaliza:

Espera-se que, nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas, deixando de se preocupar quase que exclusivamente com atos de concentração – que muito raramente apresentam problemas concorrenciais relevantes. Nos últimos anos, grande parte da energia e dos recursos públicos empregados pelo SBDC direcionou-se à análise de atos de concentração e não de processos administrativos que investigavam condutas abusivas, frustrando aqueles que esperavam atuação mais forte para conter as práticas predatórias de empresas em posição dominante.<sup>61</sup>

Sendo assim, em virtude das mudanças adicionadas pela nova lei, a atuação do CADE, no que concerne à repressão das infrações à ordem econômica e como visto pelos dados acima, vem se mostrando mais reforçada e eficiente, a partir do momento em que houve a redução das operações de concentração realizadas.

---

<sup>59</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c87a8d9593a0b8>>. Acesso em 21 fev. 2014.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 124.

### **3. Nova lei de defesa da concorrência: vantagens ou desvantagens?**

O direito da concorrência, não obstante as legislações anteriores, teve maior força e eficácia com a vigência da Lei n.º 8.884/94, a qual tornou o CADE uma autarquia, elevando a instituição a nível federal, conferindo-lhe autonomia administrativa e recursos orçamentários próprios.<sup>62</sup>

Isto porque, anteriormente àquela lei, a atuação do CADE era pouco expressiva em virtude da situação econômica da época, na qual havia uma política de controle de preços, e estímulos, por parte do governo, para a criação de grandes conglomerados econômicos por meio das operações de concentração.<sup>63</sup> Em adição, essa pouca expressiva atuação, resultava igualmente das reformas que o Poder Judiciário realizava nas decisões do CADE, anulando a maioria das condenações proferidas contra empresas que abusavam ou praticavam infrações contra a ordem econômica.<sup>64</sup> Seguindo essa linha:

Trata-se de um ramo ainda jovem da Ciência Jurídica. [...] No Brasil, a despeito de o Cade existir desde 1962, foi apenas com a instituição de uma economia de mercado pós-redemocratização e com a edição da Lei 8.884/94 que se erigiu a proteção da concorrência a tema de relevância para as políticas públicas econômicas e sociais.<sup>65</sup>

A Lei n.º 12.529/11, por sua vez, aprimorou ainda mais o arcabouço de normas de defesa da concorrência, consolidando-o, e visou atualizar o sistema antitruste a par dos sistemas internacionais. Com efeito, a mudança do procedimento dos atos de concentração, a qual lhe conferiu o caráter unicamente prévio, identifica-se, agora, com os sistemas internacionais, tais quais o dos Estados Unidos da América e o da União Europeia.

No presente estudo, foram analisadas as mudanças mais expressivas, incorporadas ao sistema de defesa da concorrência pela Lei n.º 12.529/11, e que contribuíram um pouco mais para sua consolidação no cenário brasileiro. Desta forma, é que foram analisadas as modificações na estrutura administrativa do CADE e as alterações no controle de concentrações, bem como outras apresentadas anteriormente.

---

<sup>62</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. p. 59. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>65</sup> BRASIL, STJ. REsp n.º 1181643/RS 2010/0028927-4, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

De fato, com a unificação dos órgãos responsáveis pela movimentação do aparato antitruste, confere-se uma maior celeridade e eficiência às análises e julgamentos desenvolvidos pelo CADE. Elimina-se a existência dos “três guichês”, evitando-se a burocracia excessiva e desnecessária que sondava a elaboração dos pareceres para o procedimento de análises dos atos de concentração. Além do que, com a inovação estrutural, a atuação da instituição se tornou mais ágil, garantindo uma maior segurança jurídica às empresas ante as operações de concentração econômica.<sup>66</sup>

Em sentido contrário, e como já exposto anteriormente, apontou-se pela Doutrina que a unificação das funções inquisitórias e judicantes em um único órgão, o CADE, acarretaria a possibilidade de afronta aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, bem como a possibilidade da autarquia tomar uma postura parcial nos julgamentos e análises elaboradas.<sup>67</sup>

Contudo, a Lei nº 12.529/11, criou expressamente três órgãos, independentes em suas funções, dentro da autarquia, a saber, o Tribunal de Defesa Administrativa, a Superintendência-geral e o Departamento de Estudos Econômicos. Resta ao CADE, evitar a sobreposição e o conflito entre as funções, prezando irrestritamente pela autonomia no exercício destas, pelos seus respectivos órgãos. Assim, o novo modelo administrativo constitui-se em uma das principais novidades e se reveste de uma verdadeira posição vantajosa ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

No que tange ao sistema repressivo do SBDC, em específico às penalidades impostas pela lei, a inclusão da expressão “ramo de atividade” e a determinação das multas em patamares inferiores resultaram de uma má condução da votação, na qual houve um erro grosseiro que terminou por admitir a emenda inteira redigida pelo Senado. Dessa forma, a mudança de 1% para 0,1 % no cálculo da multa permite que a mesma seja melhor utilizada em casos onde sua aplicação deva ser de caráter mais educativo do que punitivo. Em adição, como aponta a melhor doutrina, a diminuição referida acarretará conflitos futuros, no que tange a retroação e aplicação da lei mais benéfica.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. p. 151. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>67</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

<sup>68</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 122/123.

Já quanto a inclusão da expressão “ramos de atividade”, que embora consequência de erro grosseiro durante a votação, pode ser considerada como vantagem em relação ao sistema anterior, uma vez que, como visto no capítulo antecedente, o CADE determinou quais são esses ramos mediante a Resolução nº 3 de 2012, conferindo, portanto, maior segurança jurídica à sua aplicação.

No campo das análises das operações de concentrações, a imposição da notificação e análise prévia, corresponde a outra grande novidade, há muito tempo cogitada pela doutrina e pelos empresários. Com a vigência da nova lei, a principal dúvida dos agentes econômicos e da comunidade envolvida com o direito antitruste em geral, era com relação ao tempo que levaria para o CADE analisar os atos, a luz do novo procedimento.<sup>69</sup>

Com efeito, o balanço consolidado efetuado pelo CADE em junho de 2013 (um ano após a vigência da nova lei), revela uma redução significativa no lapso temporal despendido para análise dos atos de concentração. O tempo médio, no rito ordinário, foi de 69 (sessenta e nove) dias; no rito sumário, foi de 20 (vinte) dias; e, a média geral, restou pautada em 25 (vinte e cinco) dias. Note-se que no ano de 2011 (sob a égide da lei anterior) a média geral era de 154 (cento e cinquenta e quatro dias).<sup>70</sup> Para melhor visualização, segue a presente tabela:

Atos de concentração	Lei nº 8.884/94	Lei nº 12.529/11	
	Tempo médio de análise	Tempo médio	Média geral
Instrução e decisão do CADE	154 dias		
Rito ordinário		69 dias	25 dias
Rito sumário		20 dias	

<sup>69</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. p. 156. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>70</sup> *Idem*. **Nova lei de defesa da concorrência (lei 12.529/11) 1º ano**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em: 21 fev. 2014.

Logo, evidencia-se, que em seu primeiro ano de atuação, o SBDC, cumpriu com o objetivo das alterações implementadas, quais sejam, uma atuação mais célere e eficaz diante dos procedimentos de concentração.

Não obstante venha o CADE demonstrando eficiência e celeridade na desenvoltura dos procedimentos de análise de concentração, não se pode debandar a responsabilização dos órgãos antitruste por eventuais prejuízos causados às empresas, em virtude da demora ou não observância do prazo máximo conferido à análise dos atos de concentração. Em conformidade, Paula Forgioni, recomenda:

[...] a imposição do ônus da apresentação prévia das concentrações deposita nas mãos do SBDC poder de obstar a concretização de negócios por mera inércia e, com isso, criar dificuldades à atividade empresarial. O controle da legalidade de excessivos atrasos deverá ser efetuado pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, sob pena de sujeitar as empresas ao arbítrio ou aos efeitos nocivos da eventual ineficiência dos órgãos antitruste.<sup>71</sup>

Recai, evidente e igualmente, nas mãos das empresas prejudicadas, o dever de pleitear em juízo a responsabilização dos órgãos do SBDC, inclusive de funcionários ou autoridades, pelo atraso no andamento das análises, desde que haja prejuízo ou dano real advindos daquele comportamento, sem embargos da notável dificuldade em se consolidar um quadro probatório material para tanto.

Neste ponto, vale mencionar, ainda que superficialmente, a prática utilizada para evitar a atuação preventiva do SBDC, contornando-a, e realizando uma operação de concentração sem submetê-la a sua análise e autorização. Esta prática é conhecida na doutrina como *gun jumping*.

[...] evidencia-se a ocorrência do chamado *gun jumping* quando se identifica a existência de integração prematura entre os agentes econômicos participantes da determinada operação antes de sua aprovação pela autoridade antitruste, caracterizada por meio da transferência ou usufruto de ativos, de valores mobiliários com direito de voto, troca indevida de informações sensíveis ou mesmo a prática de quaisquer outros atos que possam caracterizar o exercício de influência, pela empresa adquirente, sobre aquela a ser adquirida com a realização da operação.<sup>72</sup>

A Lei nº 12.529/11, no § 3º do art. 88, veda esse procedimento. Veja-se:

---

<sup>71</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123.

<sup>72</sup> PFE - CADE/PGF/AGU. Parecer nº 182/2013. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D0000007\\_47231862.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D0000007_47231862.pdf)> Acesso em 27 fev. 2014.

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente [...] § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

Em 28 de agosto de 2013, em sessão de julgamento, tendo como relatora a conselheira Ana Frazão e as demais autoridades do CADE, foi celebrado acordo com a OGX Petróleo e Gás S.A, impondo à mesma a multa pecuniária no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), pela prática de *gun jumping*.<sup>73</sup> Isto porque, a OGX comprou da Petrobrás 40% da participação no bloco BS-4, localizado na bacia de santos, sem submeter tal ato à análise do SBDC.<sup>74</sup>

Em adição, excepcionalmente, deixou-se de aplicar a pena de nulidade, tendo a relatora, apontado para esse sentido, dentre as razões proferidas, o fato de que a operação analisada não acarretou “efeitos econômicos negativos produzidos no mercado ou de lesão à livre concorrência aos consumidores ou a terceiros”.<sup>75</sup> Com efeito, não obstante a significativa redução do tempo despendido na análise das operações de concentração pelo CADE, a OGX negou a atuação preventiva do CADE e se enquadrou na prática do “*gun jumping*”.

Assim, parece que, em certas situações, onde a operação deva ser realizada o mais rápido possível, em virtude das condições do mercado interno, uma empresa possa preferir o pagamento da multa ao invés de notificar ao CADE a operação que realizará, evitando submeter a sua estratégia de investimento aos possíveis prejuízos causados pela demora da análise ou não observância do prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias previsto em lei.

Isto, logicamente, desde que o quadro de advogados especializados e contratados pela empresa demonstre que, se levada ao CADE, aquela operação não irá ferir a ordem econômica, nem lesionar os outros concorrentes e consumidores no mercado, sob pena de ser decretada sua nulidade. Sem embargos, as autoridades do SBDC precisam estar

---

<sup>73</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.005775/2013-19, Rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000753431693.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431693.pdf)>. Acesso em 27 fev. 2014.

<sup>74</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.005775/2013-19, Rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000753431693.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431693.pdf)>. Acesso em 27 fev. 2014.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

atentas à adoção desse tipo de comportamento, para evitar que essa prática se torne frequente.

Em sentido contrário ao novo sistema de notificação prévia, Ramsés Maciel de Castro assevera que: “a mudança advinda com a nova lei (...), foi desnecessária e piorou a condição mercadológica das empresas atuantes no Brasil”.<sup>76</sup> Como fundamento a seus argumentos, afirma que na Lei nº 8.884/94, havia normas capazes de responsabilizar as empresas pelos danos que causassem ao mercado interno quando a operação fosse, posteriormente, desconstituída pelo CADE.<sup>77</sup> Logo, os argumentos utilizados para a nova alteração, de que o sistema de notificação posterior gerava insegurança jurídica e poderia trazer danos irreversíveis ao mercado interno não eram convincentes, pois as empresas tinham ciência de que o CADE poderia desconstituir a operação ou impor restrições.<sup>78</sup>

“[...] instrumentos legais hábeis para o restabelecimento da situação anterior à concentração eram previstos na lei concorrencial revogada. O que poderia ter ocorrido seria o aprimoramento desses instrumentos, bem como maior eficácia na aplicação dos mesmos. Os possíveis custos decorrentes da necessidade de desconstituir o ato eram de inteira responsabilidade dos agentes econômicos concentracionistas.”<sup>79</sup>

Malgrado a opinião apresentada, nota-se que o novo sistema está a par dos sistemas que vigoram em âmbito internacional e trazem uma maior segurança jurídica às empresas, na medida em que a adoção da notificação prévia garante que a operação não será posteriormente desconstituída, assim, evitando casos como o já mencionado da Nestlé vs. Garoto, que até hoje é discutido no Poder Judiciário.

Ademais, a notificação prévia se revela mais eficiente e menos dificultosa, uma vez que a análise prévia já permite prever o potencial dano que a concreção da operação possa acarretar e evitá-lo de pronto, sendo desnecessário, portanto, a desconstituição da operação, e a posterior formulação de ações de responsabilização contra os agentes econômicos que se concentraram, em face dos danos causados no mercado interno e a reparação deste.

Neste viés, o sistema introduzido pela Lei nº 12.529/11, no que tange ao procedimento para operação de concentrações, se revela como uma das maiores vantagens advindas da promulgação desta lei, no momento em que evita que as

---

<sup>76</sup> CASTRO, Ramsés Maciel de. A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. In: **Revista Magister de Direito Empresarial**, 2012, n.º 44, São Paulo: LEX Editora S.A, p. 73, Abr-Maio, 2012.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 72

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 73

<sup>79</sup> *Ibidem*.

operações sejam posteriormente desconstituídas, garantindo maior segurança jurídica para as empresas.

Por outro lado, o prazo máximo para a análise (duzentos e quarenta dias, que pode se estender ao limite de trezentos e trinta dias) pode se tornar uma desvantagem, visto que extremamente excessivo, caso o CADE não mantenha a eficiência que mostrou no primeiro de ano de vigência da lei, tendo como tempo médio de análise das operações 25 (vinte e cinco) dias.

No que diz respeito aos valores limites apresentados, para a necessidade de notificação da operação de concentração a ser realizada, a nova lei de defesa da concorrência inicialmente, em seu art. 88, como já observado, fixou um segundo limite (de menor valor) para a outra empresa envolvida na operação. Posteriormente, por meio da portaria interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, esses valores foram ainda mais elevados.

Com efeito, notável foi a redução do número de operações analisadas na vigência da nova lei, como já devidamente exposto no capítulo anterior e a título de recapitulação, reveja-se. No período de julho de 2011 até maio de 2012 (na vigência da lei nº 8.884/94) a autarquia conheceu de 714 (setecentas e quatorze) operações de concentração. Por outro lado, no período de julho de 2012 até maio de 2013 (na vigência da lei nº 12.529/11) o CADE conheceu de 427 (quatrocentos e vinte e sete) operações. Em adição, no ano de 2011 foram conhecidas 695 (seiscentas e noventa e cinco) operações; no ano de 2012, 712 (setecentas e doze); e por fim, no ano de 2013 (até o mês de setembro), apenas 77 (setenta e sete) operações.<sup>80</sup>

Com essas alterações, o SBDC pode dispender os seus recursos apenas para aquelas operações concentracionistas que, realmente, tenham potencial de interferir e abalar as estruturas do mercado interno, causando danos a este, bem como aos consumidores. Ademais, o foco de sua atuação e os seus recursos poderão ser mais bem alocados em sua atuação repressiva, na investigação e repressão de atos e práticas infracionais à ordem econômica.

Neste sentido, o Balanço Consolidado do primeiro ano de atuação do novo SBDC mostra que foram, ao todo, 23 (vinte e três) processos administrativos por

---

<sup>80</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

conduta anticompetitiva, sendo 12 (doze) arquivados e 11 (onze) condenados.<sup>81</sup> Já no sistema anterior, nos anos de 2011, foram ao todo 16 (dezesesseis) processos administrativos, sendo 15 (quinze) arquivados e apenas 01 (um) com condenação.<sup>82</sup> Para melhor visualização, segue a presente tabela:

Processos Administrativos condutas anticompetitivas	Lei nº 8.884/94 (ano de 2011)	Lei nº 12.529/11 (primeiro ano)
Arquivados	15	12
Condenados	01	11
Total	16	23

“A tendência do novo modelo é mais celeridade e eficiência não só na análise de atos de concentração, mas também nas investigações, com o potencial de reduzir o número de condutas anticompetitivas no Brasil”.<sup>83</sup> Além do esforço do CADE, é de extrema importância a atuação da advocacia nacional no auxílio ao SBDC, na repressão aos atos infracionais à ordem econômica e às condutas infracionais perpetradas pelos agentes econômicos entre si. Destarte, Paula Forgionni atenta que:

Se os advogados não levarem ao conhecimento dos juízes os abusos cometidos pelos agentes econômicos com posição dominante, a Magistratura não será impelida a enveredar pela matéria, prejudicando a sociedade brasileira. Advirta-se, contudo: isso somente poderá ser feito a partir do momento em que o conhecimento do direito concorrencial disseminar-se entre os advogados. A eficácia material da Lei 12.529/2011 não repousa exclusivamente nas mãos do CADE e do Ministério Público, exigindo postura ativa da advocacia nacional.<sup>84</sup>

Como aponta Paula Forgioni, é necessário, ainda, um maior enfoque na matéria de direito da concorrência por parte das universidades do país. Isto porque, é pequena a

<sup>81</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. **Nova lei de defesa da concorrência (lei 12.529/11) 1º ano**. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br> >. Acesso em: 23 fev. 2014.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Idem*. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. p. 165. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 24 fev. 2014.

<sup>84</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 156.

quantidade de faculdades de direito no Brasil que possuem a matéria da concorrência em suas grades curriculares.<sup>85</sup>

A advocacia brasileira, assim, precisa se inteirar e se aprofundar na possibilidade de propor ações de indenizações contra os agentes econômicos, por meio do direito de ação, bem como buscar uma maior repressão das condutas infracionais à concorrência em auxílio ao CADE. Com o aumento da demanda judiciária, os precedentes se formarão e a jurisprudência caminhará para sua uniformização. Sobre o tema:

No Brasil, embora haja perfeita plataforma normativa, a propositura de ações de indenização por práticas anticompetitivas ainda é incipiente. Os consumidores, de modo geral, não estão habituados a processar os agentes econômicos em razão de práticas ilícitas, quanto mais em face de ilícitos concorrenciais. Não se sabe ao certo a razão: se em razão da morosidade da Justiça e dos custos de arcar com um processo, os consumidores não se valem dessa ferramenta para recuperar os danos, ou porque não se valem dessa ferramenta e, portanto, não há pressão suficiente sobre o sistema judiciário, não se tem a cultura de processar-se os causadores de danos por prática concorrencial. Seja como for, a falta de cultura de persecução civil dos danos acaba por gerar um efeito negativo e não desejado na própria prática judiciária: os juízes, no Brasil, não têm cultura de aplicar indenizações minimamente suficientes a reparar os danos causados e, ao mesmo tempo, dissuadir futuras práticas ilícitas.<sup>86</sup>

Por derradeiro, tendo em vista as alterações propiciadas pela Lei nº 12.529/11, e com o objetivo de lhe garantir celeridade e eficiência na aplicação de seu arcabouço normativo e subsidiar o novo SBDC, o art. 121 criou 200 (duzentos) novos cargos de “Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental” para o CADE e a SEAE. Em adição a este feito, observou-se que, o mandato dos conselheiros teve seu prazo de duração dobrado. Isso se mostra como outra vantagem, advinda com a nova lei, vez que propicia uma maior memória institucional ao CADE, tendo em vista o tempo que os conselheiros passam atuando e adquirindo experiência na resolução das problemáticas antitruste.

Conclui-se, logo, que as modificações e novidades que a Lei nº 12.529/11 trouxe, especificamente, as alterações na estrutura administrativa do SBDC, a modificação do procedimento dos atos de concentração, bem como as outras observadas e que possuem relação com essas duas grandes mudanças, constituem-se, em verdadeiras vantagens, na medida em que aprimoram e consolidam, ainda mais, o

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>86</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319-320.

direito concorrencial no país, aceleram a atuação do CADE e a tornam mais eficiente, em favor dos agentes econômicos, do mercado interno e da sociedade brasileira como um todo.

#### **4. Conclusão**

Fruto de um Projeto de Lei do ano de 2003, a Lei nº 12.529 foi publicada em meados de 2011, tendo a maior parte da doutrina especializada comemorado as novas mudanças ocorridas. Com breves origens no Decreto-Lei nº 869 de 1938 e Decreto-Lei nº 7.666 de 1945, o direito antitruste foi, paulatinamente, evoluindo até o advento da nova lei, sendo então aprimorado e solidificando-se, ainda mais, em território nacional.

O direito da concorrência ou direito antitruste se apresenta hoje, não apenas como um mecanismo de prevenção e repressão às condutas anticompetitivas perpetradas pelos agentes econômicos, tendo como objetivo principal a preservação de um mercado pautado pela livre iniciativa e livre concorrência, mas também como um instrumento de que lança mão o Estado para implementação de políticas públicas no país. Com isso, a aplicação das normas da concorrência deve respeitar os princípios da Ordem Econômica Brasileira, definidos no art. 170 da Constituição Federal.

A nova lei trouxe como mudanças principais, a reestruturação administrativa do SBDC e o procedimento de notificação prévia para análise das operações de concentração realizadas pelos agentes econômicos. Nesse sentido, a unificação das atividades de fiscalização, instrução e decisão dentro de um único órgão, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e a eliminação do sistema de “três guichês” com seus respectivos pareceres desnecessários, trouxeram celeridade e eficiência para a atuação do SBDC.

Com efeito, o CADE deve preservar a atuação autônoma de seus órgãos, no que se refere ao exercício das funções de fiscalização, instrução e decisão, a fim de evitar uma sobreposição de tarefas e conseqüente desrespeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e ampla defesa. Em adição, no que tange ao presidente e conselheiros do CADE, o aumento do mandato para quatro anos confere ao SBDC uma maior memória institucional e aprimoramento das decisões prolatadas. Isto porque, o maior lapso temporal em que aqueles se relacionam com as temáticas desenvolvidas na

instituição, confere um maior entendimento e experiência nos assuntos intrínsecos aos processos administrativos e atos de concentração submetidos a suas análises.

Por outro lado, malgrado a atuação repressiva do SBDC não tenha sido o foco do presente trabalho, foi exposto que as multas impostas aos agentes econômicos que pratiquem condutas ou atos infracionais à Ordem Econômica Brasileira tiveram seus padrões de quantificação reduzidos, com vistas ao abrandamento das penalidades pecuniárias impostas. Nesse sentido, a inclusão do termo “ramos de atividades”, para aferição do valor da multa imposta as empresas envolvidas na conduta ilícita, recebeu diversas críticas doutrinárias. Contudo, a Resolução nº 03 de maio de 2012 do CADE, definiu uma lista abrangente dos ramos de atividades para serem utilizados na aplicação do dispositivo normativo, o que, por sua vez conferiu uma maior segurança jurídica aos agentes econômicos relacionados.

Quanto ao sistema de análise de atos de concentração do novo SBDC, o caráter prévio imposto pela Lei nº 12.529/11, bem como o aumento do valor do requisito para a devida notificação, contribuíram para afunilar o âmbito de atuação do CADE em direção às operações que se mostrem, de fato, relevantes para o mercado interno. Destarte, o CADE, hoje, cuida apenas dos atos concentracionistas que possam, realmente, alterar ou danificar as estruturas de mercado.

De outro modo, essas mudanças também contribuíram para uma melhor alocação de recursos dos órgãos integrantes do SBDC, no sentido de atuar mais firmemente de forma repressiva, isto é, fiscalizando e reprimindo práticas e atos abusivos contra a concorrência e infrações à ordem econômica. Nesse viés, já era cediço e criticado pela doutrina especializada, a disparidade nas atuações preventivas e repressivas do CADE, sendo aquela muito mais efetivada, a despeito da importância e necessidade da outra.

Por derradeiro, e muito embora o arcabouço normativo antitruste, com as novas mudanças, esteja a par dos sistemas internacionais, este se revela como um ramo do direito relativamente novo e que necessita de maior divulgação em ambiente tanto pragmático como acadêmico. Nessa linha, temos a chamada “advocacia da concorrência”, que se refere à prática, efetuada pelos principais órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de difundir conhecimento sobre a legislação da concorrência no nosso país. Logo, não só o SBDC e seus órgãos, devem praticar a

“advocacia da concorrência”, mas também a advocacia nacional e as Universidades e Faculdades do país.

Conclui-se, desse modo, que as alterações e novidades, incorporadas ao direito da concorrência, pela Lei nº 12.529/11, que modificou profundamente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, se constituíram em grandes e efetivas vantagens para o aperfeiçoamento e solidificação deste ramo do direito, de deveras importância, em território nacional.

## **5. Referências Bibliográficas**

ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: MÉTODO, 2012.

ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. A Lei 12.529/11: nova lei do CADE. *In: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*, ano 4, n. 24, Distrito Federal: ago. 2012. Disponível em:

<[http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo\\_Gilvandro1.html](http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo_Gilvandro1.html)>

Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.005775/2013-19*, Rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000753431693.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431693.pdf)>. Acesso em 07 out. 2013

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001697/2002-89*, Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 05 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10*, Rel. Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em 28 set. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 02*, de 22 de maio de 2012. Disciplina a notificação de atos de concentração. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526>>. Acesso em 05 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 03*, de 29 de maio de 2012. Expede a lista de ramos de atividades empresariais. Disponível em

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526> >. Acesso em: 27 set. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 15*, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no Cade, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526> >. Acesso em 05 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 45*, de 28 de março de 2007. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e2526> >. Acesso em 04 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 53*, de 16 de setembro de 2009. Cria o Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1414141ce03fc199aeaf> >. Acesso em 03 set. 2013.

BRASIL. *Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. Portaria Interministerial nº 993*, de 30 de maio de 2012. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?29090b151bf93a102727> >. Acesso em 05 out. 2013.

BRASIL. *STJ. REsp nº 1181643/RS 2010/0028927-4*, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 05 out. 2013.

BRASIL. *Voto do Relator, Deputado Ciro Gomes no Projeto de Lei nº 3937*, de 07 de julho de 2004. p. 21. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>

. Acesso em: 21 set. 2013.

CANÁRIO, Pedro. Começa a valer o novo sistema de defesa da concorrência. *In: Revista Consultor Jurídico*. Mai. 2012. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/comeca-valer-sistema-brasileiro-defesa-concorrenca>>. Acesso em: 02 set. 2013.

CASTRO, Ramsés Maciel de. A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. *In: Revista Magister de Direito Empresarial*, 2012, n.º 44, São Paulo: LEX Editora S.A, abr-maio, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDOVIL, Leonor *et al.* *Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. rev. e bil. São Paulo: CIEE, 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA – CADE. *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: CADE, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 03 set.2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA – CADE. *Nova lei de defesa da concorrência (lei 12.529/11) 1º ano*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 06 out. 2013.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Lei e política da concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. 2010. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em 02 ago. 2013

PFE - CADE/PGF/AGU. Parecer n° 182/2013. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D0000007\\_47231862.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D0000007_47231862.pdf)> Acesso em 07 out. 2013.

ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da lei n° 12.529/2011. *In: Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União*, ano IV, n.° 19, Brasília: jul. 2012. p. 89. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=234959&ordenacao=1&id\\_site=7529](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=234959&ordenacao=1&id_site=7529)>. Acesso em: 04 out. 2013.

## As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago

André Santos Ferraz<sup>1</sup>

### RESUMO

Quando o *Sherman Act* foi promulgado, em 1890, imperava o pensamento liberal clássico, influenciando juristas e economistas da época, os quais acabaram não dando a devida importância à defesa da concorrência. Apenas com a crise de 1929, a defesa da concorrência ganhou espaço acadêmico, dando origem a duas importantes abordagens teóricas sobre atos de concentração: a Escola de Harvard e, posteriormente, a Escola de Chicago. Enquanto a Escola de Harvard valorizava a importância do poder de mercado, a Escola de Chicago defendia que a eficiência era o principal ponto a ser analisado na aplicação da política antitruste. Hoje, após várias críticas contrárias a ambas as escolas, a política antitruste deve levar em consideração as lições dessas duas escolas.

Palavras-chave: Atos de Concentração. Escola de Harvard. Escola de Chicago.

### ABSTRACT

When the Sherman Act was issued, in 1890, reigned liberal thought, influencing jurists and economists of that time, which hadn't gave due importance to the defense of competition. Only in the 1929 crisis, the antitrust earned academic space, rising two important theoretical approaches of mergers: the Harvard School and, later, the Chicago School. While the Harvard School valued the importance of market power, the Chicago School advocated that efficiency was the main issue to be analyzed in the antitrust policy. Today, after several criticisms to both schools, the antitrust policy must consider the lessons of the two schools.

Key-words: Mergers. Harvard School. Chicago School. Classificação JEL: K21;

---

<sup>1</sup> Advogado e Economista. Pós-graduando em Direito Tributário e Finanças Públicas no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília - UnB (1º semestre/2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (1º semestre/2014). Foi intercambista da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda no ano de 2013. E-mail: andreferraz1608@hotmail.com

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os índices de concentração  $CR(k)$  e Herfindahl-Hirschman (HH). 3. O modelo estruturalista da Escola de Harvard. 4. A Escola de Chicago e a primazia da eficiência. 5. A “Nova Escola de Chicago” e o momento atual da teoria antitruste. 6. Conclusões. 7. Referências.

## **1. Introdução**

Durante a história, é comum observarmos a positivação de leis anteceder o surgimento de uma teoria a qual, posteriormente, venha a fundamentá-las. E, essa mesma sequência, surgimento de leis seguido de abordagem teórica, foi observada no campo das políticas antitrustes com a promulgação do *Sherman Act*, nos Estados Unidos, ainda no final do século XIX.

Nos trinta anos seguintes da publicação do *Sherman Act*, o estudo da defesa da concorrência foi executado essencialmente por juristas. As Ciências Econômicas durante aquele período praticamente deixaram de lado o estudo da regulação do mercado por meio da aplicação de políticas antitrustes. O predomínio jurídico ocorreu porque a teoria econômica, naquele momento, acreditava que, além de o surgimento de trustes serem irrelevantes para economia em geral, uma política proibindo as firmas de acordarem entre si para obter vantagens sobre novas economias de escala, as quais se tornaram possíveis devido ao desenvolvimento tecnológico da época, poderia ser prejudicial.<sup>2</sup> Apesar de a defesa da concorrência na época ser área praticamente exclusiva do Direito, a tendência liberal econômica influenciou também os juristas da época, os quais acabaram não dando à devida importância à defesa da concorrência.

Aquele predomínio jurídico cedeu, aos poucos, espaço para concepções oriundas da Economia. Hoje, pode-se afirmar que as políticas antitrustes e as decisões tomadas em relação aos atos de concentração e cartéis estão apoiadas também em ideias oriundas das Ciências Econômicas.

Ao longo deste trabalho, as expressões Escola de Harvard e Escola de Chicago serão bastante comuns. Apesar de parecer uma significativa simplificação, o uso dessas expressões é amplamente usado pela doutrina que se propõe a estudar o tema:

---

<sup>2</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

“My apologies in advance to other great universities for referring to the schools of antitrust thought as the Harvard and Chicago schools. Many notable scholars who fit these schools are at neither university. I employ the Harvard and Chicago school terminology simply because it is in such widespread usage, and has a historical significance that helps convey the gist of two antitrust philosophies.”<sup>3</sup>

Pode-se afirmar que a abordagem teórica sobre defesa da concorrência se desenvolveu a partir da Escola de Harvard, nos anos 1930.<sup>4</sup> As concepções trazidas por essa corrente também são chamadas de modelo Estrutura-Condução-Desempenho (ECD). De forma bastante resumida, o modelo ECD seria a estrutura de um mercado que influencia sua condução, a qual, por sua vez, determina seu desempenho.<sup>5</sup> Essa visão estruturalista da Escola de Harvard considera que um mercado pulverizado, com vários agentes econômicos atuantes, é preferível, pois este estaria prevenido às possíveis disfunções advindas de excessivas concentrações de mercado.<sup>6</sup> Na concepção harvardiana, o mercado ideal seria, portanto, aquele em que as empresas tenham o menor tamanho possível,<sup>7</sup> sendo a concentração de poder econômico o elemento básico da estrutura do mercado e, conseqüentemente, da análise antitruste.<sup>8</sup>

Para a determinação do nível de concentração de mercado, são utilizados alguns índices, os quais serão brevemente abordados a seguir. Tais índices servem para apontar o possível domínio de um agente em determinado mercado e são calculados a partir das participações das empresas.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> ELHAUGE, E. *Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. Competition Policy International*, v. 3(2), 2007, p. 1. Em tradução livre: “Minhas desculpas a outras grandes universidades por referir as escolas do antitruste como sendo Escolas de Harvard e de Chicago. Muitos notáveis acadêmicos que se enquadram como dessas escolas não estão em Harvard ou em Chicago. Eu utilizo a terminologia, Escola de Harvard e Escola de Chicago, simplesmente porque é a mais utilizada, além de ter um significado histórico o qual conduz aos principais pontos de duas filosofias do antitruste”.

<sup>4</sup> HOVENKAMP, H. J. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm. Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

<sup>5</sup> GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. A prática antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

<sup>6</sup> MONTEIRO, C. D. B. Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

<sup>7</sup> PEPALL, L.; RICHARDS, D.; NORMAN, G. *Industrial Organization: contemporary theory and empirical applications*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

<sup>8</sup> POSSAS, M. L. *Estruturas de mercado em oligopólio*. São Paulo: Hucitec, 1985.

<sup>9</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, pp. 73-90.

Rompendo com a visão estruturalista da Escola de Harvard,<sup>10</sup> a Escola de Chicago, cuja influência começou a se observar a partir do final da década de 1960 nos Estados Unidos, não vê a concentração de mercado como necessariamente um mal. As concepções trazidas por essa escola se baseiam principalmente no conceito de eficiência alocativa de mercado, logo, na situação eficiente ótima a produção estaria ocorrendo ao menor custo possível,<sup>11</sup> o que seria vantajoso para todos os agentes. Assim, a observação de concentração de mercado em uma situação de eficiência alocativa ótima não seria necessariamente prejudicial ao sistema econômico, mesmo que nesse estejam presentes poucos produtores ou fornecedores. Dessa forma, pode-se concluir que, a partir do enfoque da Escola de Chicago, a utilização de uma regra da razoabilidade (ou regra da razão) foi privilegiada, não sendo todo ato de concentração proibido, pois os ganhos e as perdas em relação à eficiência que um ato de concentração pode gerar também são levados em consideração.<sup>12</sup>

## **2. Os índices de concentração CR(k) e Herfindahl-Hirschman (HH)**

A concentração de poder econômico representou um importante contraponto entre as duas correntes teóricas que o presente estudo irá enfatizar: a Escola de Harvard; e a Escola de Chicago. Enquanto, a visão estruturalista da Escola de Harvard acredita que um ato de concentração gera um mal ao criar poder de mercado oriundo do aumento de participação,<sup>13</sup> a concepção trazida pela Escola de Chicago afirma que a partir do nível concentração não se pode afirmar que aquele ato é prejudicial, por exemplo, aos consumidores.

Neste momento, é necessário esclarecer de que mercado a política antitruste e suas concepções tratam. O mercado em sentido lato é aquele composto pelo conjunto de todos os bens e serviços disponíveis a partir da interação de agentes compradores e

---

<sup>10</sup> HOVENKAMP, H. J. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm. Research Paper No. 07-19.* University of Iowa Legal Studies, 2010.

<sup>11</sup> GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. *A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.* *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

<sup>12</sup> MATIAS-PEREIRA, José. *Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência.* *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

<sup>13</sup> GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. *A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.* *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

vendedores. Entretanto, a defesa da concorrência não adota o mercado em sentido lato ao realizar suas análises. A política antitruste adota um mercado em sentido estrito, um segmento do mercado em sentido lato. Esse mercado é conhecido como mercado relevante, o qual pode ser definido como a área geográfica em que um produto, ou um pequeno grupo de produtos, é comercializado:<sup>14</sup>

“Um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste.”<sup>15</sup>

A delimitação desse mercado é de extrema importância, pois, a partir de algumas manipulações, as quais podem ampliar ou diminuir o mercado relevante, o índice de concentração é invariavelmente modificado.<sup>16</sup>

Os índices de concentração representam medidas úteis para indicar, em um primeiro momento, em quais mercados relevantes espera-se encontrar práticas de poder de mercado, pois acabam funcionando como um indicador sintético do comportamento dos agentes produtores.

O poder de mercado, por sua vez, pode ser caracterizado com ‘virtual’ ou ‘real’. O poder de mercado de uma empresa seria ‘virtual’ quando relacionado “[...] com a sua capacidade de controlar o preço de venda do produto”<sup>17</sup> e, assumiria a forma ‘real’ quando vinculado com a sua participação de mercado, ou seja, “a razão entre sua oferta (ou suas vendas) e a oferta total da indústria (ou vendas totais)”<sup>18</sup>.

Parte-se, agora, para a apresentação dos índices de concentração em particular. Temos que  $X = \sum_{i=1}^n X_i$ , onde:  $X_i$  é a quantidade produzida ou as vendas totais realizadas pela empresa  $i$ ;  $n$  é o total de empresas que operam no determinado mercado relevante;

<sup>14</sup> UNITED STATES, Department of Justice & Federal Trade Commission. *Horizontal merger guidelines*, 1992. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

<sup>15</sup> POSSAS, M. L. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*. Revista do IBRAC, v. 3(5), pp. 10-35, 1996.

<sup>16</sup> PEPALL, L.; RICHARDS, D.; NORMAN, G. *Industrial Organization: contemporary theory and empirical applications*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

<sup>17</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, p. 75.

<sup>18</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, p. 75.

e,  $X$ , portanto, a quantidade ou vendas totais do determinado setor, ou seja, a soma das quantidades produzidas ou vendas das  $i$  empresas. A partir disso, podemos calcular a parcela de mercado de cada empresa, representada por  $s_i$ , sendo  $s_i = \frac{X_i}{X}$ .

Normalmente, respeita-se uma ordem decrescente da participação de mercado das empresas, sendo a empresa 1 a maior do mercado ( $s_1 \geq s_2 \geq s_3 \geq \dots > s_n$ ).<sup>19</sup> Porém, também é encontrado na literatura, o uso em ordem decrescente ou da quantidade total produzida, ou das vendas totais, de cada empresa no mercado ( $X_1 \geq X_2 \geq X_3 \geq \dots > X_n$ ); sendo, portanto, a empresa 1 com o maior número de bens produzidos ou vendidos.

Realizadas estas breves considerações, parte-se para a análise dos índices de concentração. O primeiro a ser abordado é o  $CR(k)$ . A razão de concentração de ordem  $k$ , ou  $CR(k)$ , mede a parcela de participação das  $k$  maiores empresas em um(a) determinado(a) mercado/indústria. Assim, seu valor é obtido por:  $CR(k) = \sum_{i=1}^k s_i$ ; sendo que, normalmente, calcula-se o índice com base na participação de mercado das quatro ou oito maiores empresas do setor ( $k = 4$  ou  $k = 8$ ). Um  $CR(k)$  maior indica que o mercado está concentrado entre as  $k$  empresas em questão.

Apesar da simplicidade de seu cálculo ser um ponto positivo para sua utilização, o  $CR(k)$  apresenta alguns problemas.<sup>20</sup> Em primeiro lugar, o índice ignora a presença das menores empresas da indústria, ou seja, das  $n-k$  empresas. Dessa forma, as fusões entre as empresas desse grupo não modificariam o valor obtido *a priori* a partir do cálculo do índice. O segundo problema se sustenta no fato de este índice não refletir a participação relativa de cada empresa no grupo das  $k$  maiores. Ou seja, “[...] importantes transferências de mercado que ocorrem no interior do grupo (sem exclusão de nenhuma delas) não afetarão a concentração medida pelo índice”.<sup>21</sup>

Outro problema que merece destaque é sobre sua fragilidade quanto à questão temporal.<sup>22</sup> Quando, por exemplo, o índice é calculado em um momento  $t$ , esse utiliza as  $k$  maiores empresas neste momento. Porém, quando o índice volta a ser calculado em um momento  $t+1$  qualquer, as  $k$  maiores empresas desse determinado mercado podem

---

<sup>19</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, pp. 73-90.

<sup>20</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, pp. 73-90.

<sup>21</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, p. 77.

<sup>22</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, pp. 73-90.

ser diferentes as do momento  $t$ , gerando assim uma inconsistência do índice ao tentar acompanhar a evolução daquele setor ao longo do tempo.

Por fim, outra deficiência relacionada com a fragilidade temporal do  $CR(k)$  seria em relação a fusões de grandes empresas, ou seja, fusões de empresas que se encontram na faixa das  $k$  maiores. Por exemplo, no caso do cálculo de um  $CR(4)$ , em que a primeira e a segunda maiores empresas se fundam formando uma nova empresa, a quinta maior empresa, antes de tal fusão, passará a ser a quarta maior empresa após esse ato de concentração, integrando o cálculo do índice a partir do momento de criação da nova empresa.

O segundo índice a ser abordado pelo presente estudo é o Herfindahl-Hirschman, ou HH, definido por:  $HH = \sum_{i=1}^n s_i^2$ . Reescrevendo a fórmula de cálculo como:  $HH = \sum_{i=1}^n s_i * s_i$ ; podemos verificar que o índice apresenta, implicitamente, uma ponderação das parcelas de participação de mercado, de forma que as empresas maiores impactariam com um peso maior no valor total do índice. Tal fato seria uma vantagem do HH em relação ao  $CR(k)$ .<sup>23</sup> “Assim, quanto maior for HH, mais elevada será a concentração e, portanto, menor a concorrência entre os produtores”.<sup>24</sup>

Apesar de os dois índices apresentados, o da razão de concentração de ordem  $k$  e o Herfindahl-Hirschman, utilizarem a parcela de mercado de cada empresa em seus cálculos, eles não apresentam proporcionalidade e, assim, não são equivalentes, apresentando, em raríssimas ocasiões, o mesmo comportamento.

Uma dificuldade, porém, é encontrada ao tentar realizar os cálculos de tais índices no Brasil: “[...] a disponibilidade de dados em um nível suficientemente desagregado”.<sup>25</sup> Destaca-se ainda que:

“Idealmente, o cálculo das participações de mercado embutido nesses índices requer dados para setores no nível de quatro dígitos, de acordo com a Classificação Nacional das Atividades Econômicas do IBGE. Estes raramente acham-se disponíveis para os segmentos mais significativos da indústria brasileira.”<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> PEPALL, L.; RICHARDS, D.; NORMAN, G. *Industrial Organization: contemporary theory and empirical applications*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

<sup>24</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, p. 78.

<sup>25</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, p. 84.

<sup>26</sup> RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, p. 84.

Tal dificuldade não é observada nos Estados Unidos, onde as classificações se estendem até o nível de seis dígitos na maioria das vezes.<sup>27</sup>

Na intenção de classificar qualitativamente os índices de concentração, Encaoua e Jacquemin<sup>28</sup> propõem cinco propriedades (princípio da transferência; minimalidade em simetria; critério de Lorenz; não decrescimento em fusões horizontais; e não crescimento em simetria)<sup>29</sup> as quais, caso respeitadas, refletem um bom índice de concentração. O índice HH obedeceria às cinco propriedades, enquanto, o CR(*k*) não. Portanto, a partir de tal critério, o HH seria um índice melhor do que o CR(*k*).

Porém, existem razões para que mesmo o Herfindahl-Hirschman não seja completo ao tentar indicar um possível poder de mercado. A primeira razão é em relação às barreiras à entrada. Caso se verifique a inexistência de barreiras à entrada, não se observará, então, poder de mercado de nenhuma empresa, mesmo que essa tenha ampla participação no ambiente analisado. A segunda razão refere-se aos custos de produção de determinada empresa ou a qualidade de seus produtos. Se, por exemplo, uma empresa apresenta custos de produção abaixo da média, ou, se seus produtos têm qualidade superior aos demais oferecidos no mercado, é natural que sua participação seja significativa. A última razão afirma que a delimitação de um mercado, necessária para se calcular a parcela de participação de certa empresa, muitas vezes ignora a existência de bens substitutos.<sup>30</sup>

Dessa forma, apesar de o *Federal Trade Commission*, órgão responsável pela análise de atos de concentração nos Estados Unidos, ter defendido, desde o início da

---

<sup>27</sup> PEPALL, L.; RICHARDS, D.; NORMAN, G. *Industrial Organization: contemporary theory and empirical applications*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

<sup>28</sup> ENCAOUA, D. e JACQUEMIN, A. Degree of monopoly, Indices of Concentration and Threat of Entry. *International Economic Review*, v. 21, pp. 87-105, 1980.

<sup>29</sup> As três primeiras propriedades aplicam-se a mercados onde haja um número fixo de empresas, enquanto, as duas últimas a mercados onde haja entrada e saída de empresas, ou seja, mercados abertos. As propriedades podem assim ser resumidas:

- Princípio da transferência: se uma parcela de mercado, antes atendida por uma empresa menor, passa a ser ocupada por uma empresa maior, deverá haver um aumento do índice de concentração;
- Minimalidade em simetria: quando todas as empresas tem parcelas iguais de mercado, o índice deve apresentar um valor mínimo simétrico;
- Critério de Lorenz: quando duas indústrias com o mesmo número de empresas, e a primeira dominar a segunda, a concentração observada na primeira indústria deverá ser maior do que a observada na segunda;
- Não decrescimento em fusões horizontais: a concentração posterior a uma fusão horizontal é maior ou igual à concentração anterior à fusão, não sendo, portanto, por esse princípio, nenhuma fusão horizontal benéfica à concorrência;
- Não crescimento em simetria: em uma indústria em que todas as empresas possuem o mesmo tamanho e que a entrada de uma nova empresa seja perfeitamente acomodada, o índice de concentração não aumenta com a entrada desta.

<sup>30</sup> RESENDE, M.; BOFF; H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (orgs.). **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. São Paulo: Campus, 2002, pp. 73-90.

década de 1980, a utilização do índice Herfindahl-Hirschman, ao invés do índice  $CR(k)$ , para fins de política antitruste, seu emprego não dispensa análises mais elaboradas.

### **3. O modelo estruturalista da Escola de Harvard**

No período que se estende da publicação do *Sherman Act* (1890) até a crise de 1929, a política de defesa da concorrência se baseou na supremacia dos conhecimentos jurídicos e do pensamento liberal. Os diplomas legais que versavam sobre políticas antitrustes, como o próprio *Sherman Act*, não alcançaram a eficácia pretendida, o que acabou permitindo o surgimento de grandes companhias no período.

Porém, com a crise de 1929 e a ascensão do pensamento keynesiano, uma nova abordagem da política antitruste se tornou dominante. Essa nova abordagem dava foco a proteção dos pequenos competidores, buscando atingir a distribuição de riqueza na sociedade.<sup>31</sup>

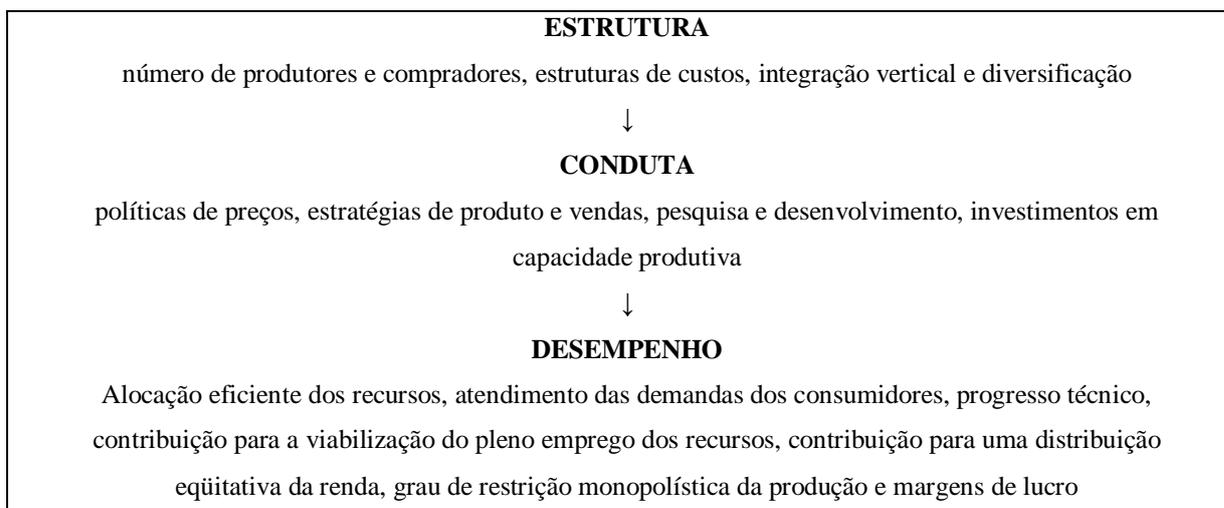
O grupo de teóricos alinhados a essa corrente de pensamento ficou conhecido, mais comumente, como Escola de Harvard, sendo referido também como Escola Populista ou modelo/paradigma Estrutura-Condução-Desempenho. A estrutura de mercado, a qual determinaria as condutas de cada firma, afetando, por fim, seus desempenhos, era o principal objeto de análise desta abordagem.<sup>32</sup> O quadro 1 ilustra bem a ideia:

---

<sup>31</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

<sup>32</sup> DONSIMONI, M. P.; GEROSKI, P.; JACQUEMIN, A. *Concentration indices and market power: two views. The Journal of Industrial Economics*, v. 32, pp. 419-434, 1984.

**Quadro 1. Modelo estruturalista da Escola de Harvard**



Fonte: GAMA, M. M. **A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte**, p. 7 (com alterações).<sup>33</sup>

Entretanto, o modelo ECD não pode ser analisado de maneira tão simples. Condições estruturais, como, por exemplo, as curvas de custos, podem ser resultantes de decisões estratégicas, ocorrendo, dessa forma, “uma reversão da ordem de causalidade ECD para uma situação em que a conduta, por meio de decisões estratégicas”<sup>34</sup>, como a diferenciação de produtos, determinaria a estrutura.

Contudo, segundo os teóricos defensores do modelo ECD, esta inversão, ocasionada por mecanismos de retro-alimentação, não invalidaria o modelo, já que a condicionalidade existente entre estrutura e conduta continua vigorando. Além disso, algumas condutas podem ser consideradas como condições estruturais, pois podem ter sido definidas a partir de fatores exógenos à firma, a qual age, nestes casos, como “maximizadora de lucros passiva”, restabelecendo, assim, a ordem de causalidade do modelo ECD.<sup>35</sup>

Para essa corrente, as estruturas (os mercados) com a presença de uma ou poucas firmas, as quais controlariam boa parte da produção, eram mercados suspeitos de serem

<sup>33</sup> GAMA, M. M. *A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte. Texto para discussão*. CEDEPLAR, Belo Horizonte, 2005.

<sup>34</sup> GUERRIERO, Ian R. *Modelos de Simulação na Análise Antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Dissertação (*Mestrado em Economia*), Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008, p. 13.

<sup>35</sup> GUERRIERO, Ian R. *Modelos de Simulação na Análise Antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Dissertação (*Mestrado em Economia*), Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

prejudiciais aos consumidores, aos pequenos produtores e, por conseguinte, ao sistema econômico.<sup>36</sup>

Em mercados concentrados, sejam naturalmente, ou por meio de fusões ou *joint ventures*, as firmas estariam mais tentadas em agir de maneira anticompetitiva. Os defensores mais radicais dessa abordagem se posicionavam contra qualquer concentração de mercado, mesmo quando essa significava menores custos ou preços. Esse posicionamento da Escola de Harvard convenceu vários julgadores norte-americanos, principalmente no período entre 1930 e 1960, da ilegalidade presumida da conduta de empresas com amplo poder de mercado.<sup>37</sup>

Um fato que contribuiu para a hegemonia dessa corrente de pensamento, no referido período, foi o fim da Segunda Guerra Mundial. Com o término da Segunda Guerra Mundial, muitas empresas, nacionais ou multinacionais, emergiram nos Estados Unidos com amplo poder em diversos mercados. O grande poder dessas firmas e a forte concentração de seus mercados favoreceram para que os ideais da Escola de Harvard se disseminassem facilmente.<sup>38</sup>

O *Merger Guidelines* norte-americano de 1968,<sup>39</sup> uma espécie de guia para aplicação de política antitruste naquele país, confirma essa hegemonia. Segundo esse guia, concentração de mercado, barreiras à entrada e a presença de uma grande firma dominante eram as principais áreas de preocupação no processo competitivo.<sup>40</sup>

Em relação às barreiras à entrada, a Escola de Harvard as considera como uma das características da estrutura de mercado. Essa concepção foi introduzida por Joe Bain, o qual afirmava que as barreiras à entrada funcionariam como verdadeiras vantagens para as firmas já instaladas em determinados segmentos, pois estas poderiam, ao longo de um período, elevar seus preços de venda sem induzir a entrada de potenciais competidores. Dessa forma, a partir das lições de Bain, um dos principais expoentes da Escola de Harvard, pode-se definir barreiras à entrada como a extensão na qual as firmas já estabelecidas conseguem elevar os preços praticados sem induzir a entrada de

---

<sup>36</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

<sup>37</sup> PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century. Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

<sup>38</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

<sup>39</sup> UNITED STATES, Department of Justice & Federal Trade Commission. *The merger guidelines*, 1968. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.htm>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

<sup>40</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago. Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

novos competidores,<sup>41</sup> que só se configura com a introdução de nova capacidade produtiva.<sup>42</sup>

A partir dessa ideia, quatro tipos de barreiras à entrada foram ser identificados:

- i) diferenciação do produto: as características de determinado produto o diferencia dos demais do mercado, levando os consumidores à adquirí-lo e desestimulando a oferta de novos produtos concorrentes;
- ii) vantagens absolutas de custo: empresas já instaladas teriam acesso a ativos ou recursos inacessíveis para as entrantes, permitindo àquelas produzir a um custo mais baixo do que essas;<sup>43</sup>
- iii) economias de escala: essas barreiras à entrada são ocasionadas pela redução de custo que, possivelmente, é gerada pelo aumento da produção, inviabilizando a operação para produção de pequenas quantidades e, conseqüentemente, a introdução de uma nova firma;
- iv) investimentos iniciais elevados: a possível necessidade de um alto volume de capital para começar a operação inviabiliza a entrada no mercado.

Essa classificação de quatro tipos de barreiras à entrada foi criticada por teóricos como George Stigler, da Escola de Chicago, a qual será estudada a seguir. Para Stigler, um dos principais críticos da classificação proposta por Bain, as únicas barreiras à entrada existentes seriam as que envolvessem os custos para produzir que devem ser bancados por uma firma que está entrando, ou deseja entrar, em operação.<sup>44</sup> Sendo

---

<sup>41</sup> BAIN, J. S. *Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge (Mass): Harvard University, 1956.

<sup>42</sup> GAMA, M. M. *Teoria e Práxis da Defesa da Concorrência no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

<sup>43</sup> GAMA, M. M. *Teoria e Práxis da Defesa da Concorrência no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

<sup>44</sup> STIGLER, G. J. *The organization of industry*. Chicago: The University of Chicago, 1968.

assim, esse posicionamento refuta, por exemplo, a ideia que considera economias de escala como barreira à entrada.<sup>45</sup>

Como os adeptos desta Escola não acreditavam que as forças de mercado eram fortes o suficiente para eliminar ou diminuir o poder da firma dominante, eles defendiam um firme controle de fusões e a dissolução das grandes firmas. As grandes firmas poderiam atingir negativamente o sistema econômico como um todo e a política antitruste deveria ser aplicada em favor dos consumidores e dos pequenos produtores para o aumento da distribuição de riqueza.<sup>46</sup>

Entre os nomes de destaque dessa corrente, encontram-se Edward Chamberlain, Edward Mason e Joe Bain, o qual afirmava que a defesa da concorrência voltada para a proteção de pequenas firmas e para desconcentração de mercados oligopolísticos seria a melhor.<sup>47</sup>

Apesar de a aplicação antitruste sob o prisma da Escola de Harvard não ser perfeita, ela, ao menos, era uniforme, na medida em que se presumia a ilegalidade de todas as condutas das empresas dominantes. Assim, a aplicação do modelo proposto por Harvard era quase sempre óbvia, o que caracteriza uma vantagem dessa corrente.<sup>48</sup> Entre as desvantagens, duas merecem ser mencionadas. Primeiramente, pode-se destacar o fato de que grande parte das decisões tomadas nas cortes norte-americanas, sob a influência da Escola Populista, impediram firmas dominantes, que poderiam ter beneficiado os consumidores através de seus custos menores, de competir no mercado.<sup>49</sup> Em segundo lugar, a análise da concentração de mercado é uma análise curto prazo, ou seja, ignora os efeitos benéficos que a presença de uma empresa dominante pode trazer no longo prazo.<sup>50</sup> A concentração de um mercado não consegue refletir a verdadeira dinâmica competitiva desse.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> GAMA, M. M. *Teoria e Práxis da Defesa da Concorrência no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

<sup>46</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust*. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

<sup>47</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>48</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>49</sup> PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century*. *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

<sup>50</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust*. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

<sup>51</sup> SALGADO, L. H. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, C. (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 29-42.

Em relação a um ato de concentração que, por exemplo, leve à formação de um monopólio, este seria, para Escola de Harvard, um ato prejudicial para o sistema econômico, devendo, portanto, ser proibido. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir na abordagem da Escola de Chicago, é possível que um ato de concentração, formador de um monopólio, produza efeitos benéficos a partir de eficiência gerada pelo mesmo,<sup>52</sup> corroborando a ideia de que a análise estrita da concentração de mercado não consegue refletir a dinâmica competitiva existente.

Os principais pontos da Escola de Harvard podem ser resumidos a partir do quadro 2:

**Quadro 2. Principais características da Escola de Harvard**

<b><u>Ponto</u></b>	<b><u>Característica</u></b>
<b>Foco temporal da análise</b>	- Curto-prazo
<b>Visão sobre colaboração entre firmas</b>	- Suspeita de ser anticompetitiva
<b>Origem do poder de mercado</b>	- Práticas injustas e excludentes
<b>Efetividade da intervenção governamental</b>	- Alta
<b>Uniformidade da corrente teórica</b>	- Sim

Fonte: ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**, p. 8 (com alterações).<sup>53</sup>

A ênfase da Escola de Harvard é na presença, ou não, do poder de mercado, para, assim, se definir a aplicação de uma política antitruste. Para esta abordagem, quando um amplo poder de mercado fosse verificado, a intervenção estatal para diminuir ou eliminar esse poder deveria ser realizada. O aumento no número de agentes em um determinado mercado, por sua vez, seria sempre benéfico, sendo, portanto, o incremento da concorrência o verdadeiro fim a ser buscado por essa corrente teórica.

#### **4. A Escola de Chicago e a primazia da eficiência**

<sup>52</sup> WILLIAMSON, O. E. *Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs*. *The American Economic Review*, v. 58(1), pp.18-36, 1968.

<sup>53</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust*. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

Com o incremento da competição internacional e do dinamismo da economia global, emergiram, no início da década de 1960, as ideias trazidas pela Escola de Chicago, trazendo uma nova abordagem para a política antitruste e contendo os excessos da Escola de Harvard. Enquanto os teóricos de Harvard defendiam a ampla intervenção governamental nos mercados; os teóricos de Chicago afirmavam que a intervenção governamental nos mercados poderia ser mais prejudicial do que benéfica,<sup>54</sup> criticando o posicionamento das cortes norte-americanas, até então, em presumir a ilegalidade de fusões e *joint ventures*.<sup>55</sup> Além disso, o principal foco da Escola de Chicago estava na eficiência, buscando sempre aumentar o bem-estar do consumidor. Observa-se aqui, novamente, o contraponto entre a Escola de Chicago e as concepções harvardianas, as quais focavam na concentração de mercado, procurando sempre respeitar um critério distributivo mais igualitário.<sup>56</sup> Para Chicago, a ideia de Harvard, de que em mercados altamente concentrados existia uma competição falha, era ingênua,<sup>57</sup> devendo a concentração de mercado ser apenas mais um ponto a ser analisado na aplicação da política de defesa da concorrência.

Assim, o modelo de Chicago diferencia o eficiente do ineficiente, não levando em consideração a distribuição de riqueza. Ou seja, se existe alguma relação entre justiça e o modo como a riqueza é distribuída, o modelo de Chicago não é capaz de distinguir o justo do injusto.<sup>58</sup>

Enquanto o pensamento de Harvard se apoiava nas premissas do pensamento keynesiano, a teoria trazida pela Escola de Chicago, desenvolvida principalmente por Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner,<sup>59</sup> encontrava sustentação nos pressupostos econômicos advindos da teoria econômica neoclássica.<sup>60</sup>

Pode-se, portanto, concluir que a política antitruste da Escola de Chicago era desenvolvida a partir de dois supostos: o primeiro afirmava que a melhor política

---

<sup>54</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

<sup>55</sup> PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century.* *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

<sup>56</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

<sup>57</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago.* *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>58</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago.* *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>59</sup> PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century.* *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

<sup>60</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

antitruste disponível no mundo real para maximizar eficiência era a obtida a partir da teoria do preço do modelo neoclássico; o segundo, por sua vez, afirmava que a eficiência econômica deveria ser o único objetivo da aplicação da política antitruste.<sup>61</sup>

Alguns princípios do modelo neoclássico de eficiência de mercado devem ser ressaltados para reforçar e ilustrar melhor a teoria da Escola de Chicago:<sup>62</sup>

- a) A eficiência econômica, objetivo exclusivo das leis antitrustes segundo o posicionamento de Chicago, é dividida em duas espécies: eficiência alocativa e eficiência produtiva. Ocasionalmente, práticas que aumentam a eficiência produtiva da firma reduzem a eficiência alocativa do mercado, sendo a verificação desta mais importante do que daquela;
- b) Monopólios, quando verificados, tendem a ser autocorrigidos pelo mercado. Assim, monopolistas que apresentam altos lucros geralmente tendem a atrair novos agentes para esse mercado, fazendo com que a posição de monopolista seja eliminada, sendo, portanto, o comportamento monopolista considerado como irracional para Escola de Chicago;
- c) As barreiras à entrada são mais imaginárias do que reais. Ou seja, presença delas no mundo real é raramente verificada;
- d) Firmas são maximizadoras de lucro. Mesmo quando as firmas objetivam maximizar outras variáveis, como as vendas ou a renda, o modelo não passa a ser questionado;
- e) A aplicação antitruste deve ser desenhada de forma que penalize pontualmente condutas ineficientes e, além de tolerar as condutas eficientes, incentive-as;
- f) A decisão de se utilizar o modelo neoclássico de eficiência de mercado é não política. Ou seja, o que importa é a verificação da eficiência, não importando quem está se beneficiando.

---

<sup>61</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust Policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>62</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

A respeito da eficiência, economistas utilizam tal termo de várias formas diferentes, sendo seu uso mais comum quando se trata, ou de eficiência produtiva, ou de eficiência alocativa. No paradigma da Escola de Chicago, a eficiência produtiva não é a principal preocupação na aplicação da política antitruste; a eficiência que deve ser perseguida por esse tipo de política é a eficiência alocativa, sendo essa mais abrangente do que a eficiência produtiva.<sup>63</sup>

A eficiência produtiva pode ser entendida como a proporção entre receitas e despesas de uma firma na produção de um bem. Exemplificando, se uma firma que gasta menos que sua concorrente na produção de um mesmo bem, então aquela é mais eficiente que esta.<sup>64</sup>

Em relação à eficiência alocativa, sua definição clássica foi trazida por Pareto no início do século XX,<sup>65</sup> ficando assim conhecida como eficiência de Pareto, instrumento utilizado na comparação de resultados de diferentes instituições econômicas. Para entender melhor conceito, é preciso antes explicar a ideia de uma “melhoria de Pareto”. Quando existe alguma nova possibilidade de alocação de recursos que melhore a situação de um agente econômico, sem piorar, no entanto, a situação de outro agente, essa nova alocação será uma melhoria de Pareto. Logo, quando não existe nenhuma nova alocação que permita uma melhoria de Pareto, a alocação existente será uma alocação eficiente.<sup>66</sup>

A ideia por trás da definição da eficiência de Pareto é, no entanto, bastante limitada no mundo real, sendo raramente observada e de difícil aplicação prática. Assim, a partir desse problema, a Escola de Chicago advogou em favor de uma ‘potencial’ eficiência de Pareto, a chamada eficiência de Kaldor-Hicks. A eficiência alocativa, sob essa nova perspectiva, seria aquela em que os ganhos superassem as perdas. Assim, a eficiência de Kaldor-Hicks poderia se tornar uma eficiência de Pareto com a simples transferência dos ganhadores para os perdedores, mesmo que essa transferência venha a ser realizada em um período posterior.<sup>67</sup>

Assim, a partir dos preceitos da Escola de Chicago, é possível uma fusão, que gere um monopólio, trazer benefícios para o sistema econômico, devendo esta ser, por conseguinte, aprovada, deste que, o aumento do excedente econômico gerado pelos

---

<sup>63</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>64</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>65</sup> A definição de Pareto para eficiência foi trazida em seu *Manual de Economia Política* de 1909.

<sup>66</sup> VARIAN, H. *Microeconomia: princípios básicos*. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007.

<sup>67</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

ganhos de eficiência supere a perda de excedente trazida pelo aumento de preços (conhecido na teoria como custo social do monopólio).<sup>68</sup> Portanto, em casos como este, deve ser feita uma análise entre o *trade-off* existente entre os ganhos resultantes da eficiência produtiva gerada pelo ato de concentração e seus efeitos anticompetitivos, como, por exemplo reduções nas quantidades ofertadas e preços mais elevados.<sup>69</sup>

Em uma situação de monopólio, a empresa monopolista consegue perceber o comportamento da curva de demanda, ou seja, como as alterações na quantidade ofertada refletem no preço de mercado. Logo, nessas ocasiões, o monopolista, visando maximizar seu lucro, oferta o produto em uma quantidade inferior a que seria ofertada em um ambiente de concorrência perfeita e com o preço acima do preço que seria estabelecido em um ambiente concorrencial.<sup>70</sup>

Se comparado com uma situação de concorrência perfeita, o monopólio gera, claramente, uma ineficiência alocativa, produzindo o que é conhecido na teoria microeconômica como “peso-morto”. O “peso-morto” é a perda de bem-estar, para toda a sociedade, ocasionada pelo comportamento do monopolista.

Entretanto, o *trade-off* entre o peso-morto e a eficiência produtiva gerada por um ato de concentração pode trazer efeitos benéficos para a sociedade, desde que, os ganhos com a eficiência produtiva (redução dos custos) superem o “peso-morto”.<sup>71</sup>

O ceticismo chicogoano nas intervenções governamentais se justificava no seu posicionamento em assumir que o mercado irá sozinho solucionar adequadamente qualquer problema relacionado com poder ou abusos de mercado. Ademais, esses teóricos acreditavam que os processos judiciais sobre antitruste deveriam ser revestidos de extremo cuidado, pois a imensa maioria dos julgadores não conhecia bem os conceitos econômicos e, por isso, teriam muita dificuldade em encontrar qualquer imperfeição em mercados.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> GAMA, M. M. *Teoria e Práxis da Defesa da Concorrência no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

<sup>69</sup> WILLIAMSON, O. E. *Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs*. *The American Economic Review*, v. 58(1), pp.18-36, 1968.

<sup>70</sup> GUERRIERO, Ian R. *Modelos de Simulação na Análise Antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Dissertação (Mestrado em Economia), Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008, p. 13.

<sup>71</sup> WILLIAMSON, O. E. *Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs*. *The American Economic Review*, v. 58(1), pp.18-36, 1968.

<sup>72</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust*. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

Muitos trabalhos sobre a visão da Escola de Chicago já foram feitos e, hoje, algumas críticas sobre o seu modelo neoclássico de eficiência são facilmente encontradas na literatura, merecendo ser mencionadas. Destacam-se, duas principais correntes críticas à Escola de Chicago: a primeira afirma que o modelo fundamentado na eficiência para aplicação de política antitruste é bom apenas na teoria, pois sua aplicação prática é difícil; a segunda corrente crítica afirma que a política de defesa da concorrência não pode focar exclusivamente na eficiência, já que em mercados reais existem outros fatores que devem ser observados.<sup>73</sup>

A teoria desenvolvida por Chicago não é sofisticada o bastante para analisar o comportamento do mundo real com perfeição.<sup>74</sup> A análise chicogoana seria estática, enquanto, o mundo real é bastante dinâmico, composto por sucessivas inovações.<sup>75</sup> Além disso, o modelo de Chicago é bastante complexo, não sendo sua aplicação tão óbvia quanto o modelo distributivo proposto por Harvard.<sup>76</sup>

O quadro 3 busca resumir os principais pontos da análise antitruste proposta pela Escola de Chicago:

**Quadro 3. Principais características da Escola de Chicago**

<b><u>Ponto</u></b>	<b><u>Característica</u></b>
<b>Foco temporal da análise</b>	- Curto-prazo
<b>Visão sobre colaboração entre firmas</b>	- Não haveria problemas, desde que não fixasse preços
<b>Origem do poder de mercado</b>	- Firms mais produtivas ou em razão de intervenções governamentais
<b>Efetividade da intervenção governamental</b>	- Baixa
<b>Uniformidade da corrente teórica</b>	- Sim

Fonte: ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. **Economic doctrines and approaches to antitrust**, p. 8 (com alterações).<sup>77</sup>

<sup>73</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>74</sup> ELHAUGE, E. *Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions*. *Competition Policy International*, v. 3(2), 2007.

<sup>75</sup> HOVENKAMP, H. J. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm*. *Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

<sup>76</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>77</sup> ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust*. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

De fato, a Escola de Chicago representou um importante marco inovador no tema da defesa da concorrência, tendo completado uma verdadeira revolução na análise antitruste já no começo da década de 1990.<sup>78</sup> Seu modelo de eficiência era fundamentado por premissas das Ciências Econômicas, fazendo com que o estudo do antitruste deixasse, cada vez mais, de ser exclusivo do mundo jurídico. Todos os envolvidos (acadêmicos, juristas, e gestores da política antitruste, por exemplo) fizeram profundos esforços para entender a teoria econômica e a organização industrial. Porém, afirmar que a teoria econômica estava parcial ou completamente desligada das políticas antitruste até o surgimento da teoria de Chicago parece ser precipitado.<sup>79</sup> Logo, Chicago não foi a responsável pela primeira abordagem econômica sobre política antitruste. Sua teoria apenas substituiu o modelo utilizado até então.

O antitruste, sob o prisma da Escola de Chicago, podia ser considerado paradoxal, visto que, ao mesmo tempo que preserva a concorrência, a combate.<sup>80</sup> Em poucas palavras, na concepção de Chicago, se uma estrutura concentrada resultasse na observação de um mercado eficiente, seus efeitos anticompetitivos estariam sendo compensados, e, portanto, essa seria uma estrutura aceita em uma eventual aplicação de política antitruste.

## **5. A “Nova Escola de Chicago” e o momento atual da teoria antitruste**

As duas correntes teóricas abordadas são as principais e, atualmente, o cenário da política antitruste parece ser composto por diferentes posicionamentos, principalmente, por uma combinação entre o pensamento dessas duas Escolas. Os diferentes posicionamentos derivam basicamente das doutrinas defendidas por gestores e acadêmicos.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century*. *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

<sup>79</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>80</sup> MONTEIRO, C. D. B. *Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro*. Dissertação (*Mestrado em Administração Pública*) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

<sup>81</sup> PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century*. *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007. No mesmo sentido: ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust*. *Research Paper Series No. 2011-01-02*. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

Já foi demonstrado que o aumento no número de empresas, proposto por Harvard, não é eficiente,<sup>82</sup> e, que a análise estrita da eficiência, como defendia Chicago, é criticável.<sup>83</sup> Ainda em relação ao modelo de eficiência, muitas são as críticas quanto à dificuldade de sua aplicação prática.

Tais críticas cederam espaço para “Nova Escola de Chicago”, no final dos anos 1990. Nessa nova abordagem antitruste, a lei tem papel importante na regulação, pois se reconhece que disposições legais conseguem influenciar o comportamento dos agentes, o qual, segundo a Escola de Chicago, seria influenciado basicamente pelas forças de mercado.<sup>84</sup>

Além de influenciar diretamente o comportamento dos agentes, as leis também conseguiriam modificar o mercado e as normas sociais, segundo a “Nova Escola de Chicago”:

“[...] as normas legais, ou simplesmente leis, podem ter papel de intervir e modificar as condições de mercado, atribuindo preços às condutas para influir nas escolhas. Entretanto, para a Velha Escola de Chicago, a lei so tinha valor enquanto forma de criar condições para o funcionamento do mercado, reduzindo os custos de transação e alocando direitos.”<sup>85</sup>

No entanto, hoje, parece ser difícil apontar uma abordagem dominante sobre política antitruste. Após um longo período de predominância do posicionamento de Chicago, vários estudos mostram que essa escola perdeu espaço, havendo uma reaproximação, inclusive das cortes norte-americanas, das concepções da Escola de Harvard.<sup>86</sup>

Desde 1994, a Suprema Corte norte-americana parece ter abraçado a abordagem moderada da Escola de Harvard, decidindo os casos que envolvem atos de concentração

---

<sup>82</sup> SCHMALENSEE, R. Antitrust and the New Industrial Economics. *The American Economic Review*, v. 72(2), pp. 24-28, 1982.

<sup>83</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>84</sup> FLORES FILHO, E. G. J. *A Nova Escola de Chicago e as modalidades de regulação: tendências do Law and Economics e as aplicações para o direito brasileiro*. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. University of California: Berkeley Program in Law and Economics, 2007.

<sup>85</sup> FLORES FILHO, E. G. J. *A Nova Escola de Chicago e as modalidades de regulação: tendências do Law and Economics e as aplicações para o direito brasileiro*. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. University of California: Berkeley Program in Law and Economics, 2007, p. 8.

<sup>86</sup> ELHAUGE, E. *Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions*. *Competition Policy International*, v. 3(2), 2007. Em consonância, observa-se: HOVENKAMP, H. J. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm*. *Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

com base no estudo do poder de mercado que por estes podem ser gerados, mas não os proibindo sempre, como defendia os teóricos mais radicais desta Escola. Assim, nesse período, quando existiu um conflito entre a Escola de Harvard e a Escola de Chicago, as decisões daquela Corte têm se alinhado com os preceitos harvardianos.<sup>87</sup>

Mais recentemente, um fator que pode ser apontado como motivador do enfraquecimento da Escola de Chicago nos últimos anos é a Crise Financeira de 2008, a qual indicou a dificuldade dos mercados se autorregularem sem o aparecimento de crises.

Atualmente, uma conduta monopolística que deve ser alvo de uma análise por parte de autoridades de defesa da concorrência seria observada a partir de atos que impedem o surgimento de oportunidades aos rivais, além de, gerarem prejuízos maiores que benefícios.<sup>88</sup>

Logo, pode-se concluir que dois pontos importantes não podem deixar de ser observados quando se analisa uma prática antitruste, nos dias de hoje: (1) o dinamismo da economia, ou seja, deve-se realizar uma análise dinâmica da situação; (2) análise macro do ambiente.<sup>89</sup>

Portanto, as análises para a aplicação de uma política antitruste devem ser realizadas observando cada caso de forma específica. E, apesar do grande número de modelos existentes hoje para realizar tais análises, esses apresentam pouca empiricidade, devendo se desenvolver um modelo específico para cada caso concreto.<sup>90</sup>

No Brasil, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) se tornou mais efetiva a partir de 1994, quando foi promulgada a Lei 8.884/1994. Nesse período, a Escola de Chicago já havia sido alvo de críticas, as quais acabaram por enfraquecê-la. Assim, o poder de mercado voltou a ser alvo de atenção, dividindo espaço com a análise das eficiências geradas pelos atos de concentração.

Desde então, o CADE, em muitos dos seus julgados, vem demonstrando sua preocupação com o possível poder de mercado a ser gerado pelos atos de concentração

---

<sup>87</sup> ELHAUGE, E. *Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. Competition Policy International*, v. 3(2), 2007. Em consonância, observa-se: HOVENKAMP, H. J. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm. Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

<sup>88</sup> HOVENKAMP, H. J. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm. Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

<sup>89</sup> HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago. Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

<sup>90</sup> SCHMALENSEE, R. *Antitrust and the New Industrial Economics. The American Economic Review*, v. 72(2), pp. 24-28, 1982.

que analisa. Tal preocupação é externalizada em vários dos votos de seus conselheiros, os quais costumam dedicar tópicos específicos à análise do poder de mercado.

Em 2013, por exemplo, o Ato de Concentração n.º 08700.004150/2012-59, o qual tratava da aquisição de ações do Medgrupo pela Rede D'Or, foi aprovado com restrições que determinavam, em razão da alta concentração de mercado a ser produzida pelo ato, a alienação de um dos hospitais do grupo.<sup>91</sup>

Outro exemplo similar é o Ato de Concentração n.º 08700.005447/2013-12, o qual foi submetido ao CADE em razão da fusão entre a Kroton Educacional S/A e a Anhanguera Educacional Participações S/A. Nesse caso, o voto relator concluiu que as eficiências proporcionadas pela fusão não seriam suficientes para compensar seus efeitos concorrencias, entre os quais foi destacado o possível exercício poder de mercado.<sup>92</sup>

A partir desses casos, é possível constatar a preocupação do CADE em estudar o poder de mercado e a eficiência que podem ser gerados em um ato de concentração, analisando cada caso de forma específica e não adotando determinada abordagem teórica de maneira exclusiva, ficando alinhado, dessa forma, com as lições mais atuais da teoria antitruste.

## **6. Conclusões**

A concorrência é essencial para a percepção do sistema capitalista. Ir além, e afirmar que sua presença pode ser constatada em um primitivo sistema de trocas, anterior ao surgimento do capitalismo e, até mesmo, do mercantilismo, não parece equivocado. Entretanto, é no sistema capitalista que a concorrência adquire características mais delimitadas.

No surgimento do sistema capitalista, imperavam os preceitos do liberalismo clássico, os quais afirmavam não ser necessário tutelar a concorrência. Com o desenvolvimento desse sistema e a substituição da produção manufatureira por uma fabril, observou-se a formação de agentes com poder de mercado, ou seja, agentes

---

<sup>91</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Ato de Concentração n.º 08700.004150/2012-59 – Voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz*, 2013.

<sup>92</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Ato de Concentração n.º 08700.005447/2013-12 – Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão*, 2014.

capazes de transformar as variáveis do mercado a partir de suas ações. Logo, a tutela estatal da concorrência, visando limitar o poder desses agentes, se viu necessária.

Surgiram, então, os primeiros dispositivos legais com este objetivo no final do século XIX. Nascia, dessa forma, a possibilidade de se implementar as políticas antitrustes, também denominadas de defesa da concorrência. A partir dessas leis e políticas, desenvolveram-se diferentes abordagens teóricas, entre as quais destacam-se a Escola de Harvard e a Escola de Chicago.

Na Escola de Harvard, caracterizada pelo paradigma estrutura-conduta-desempenho, o foco é a concentração de mercado. Assim, se uma ampla concentração em um determinado mercado for verificada, julga-se que esse mercado está sendo prejudicado por essa concentração. As formas de integrações empresariais, que acontecem, por exemplo, por meio de fusões ou de aquisições, não são bem vistas por essa abordagem, a qual predominou até o final dos anos 1950.

Nos anos 1960, uma nova abordagem teórica para políticas antitrustes surgiu e ganhou força: a Escola de Chicago. Nessa abordagem, o nível de concentração de mercado não é fundamento para a aplicação de uma política de defesa da concorrência. O foco é na eficiência alocativa atingida por determinado mercado. Logo, se um mercado é altamente concentrado, mas também é eficiente, ele está funcionando de forma adequada, sem prejudicar o sistema econômico e seus agentes. Fusões e aquisições que venham a gerar um aumento de eficiência não devem ser alvo de sanções para os seguidores de Chicago.

Em suma, a Escola de Harvard e de Chicago representam hoje verdadeiros alicerces teóricos para a aplicação de políticas antitrustes. Ao se analisar um ato de concentração, o poder de mercado parece ser uma variável que não pode ser esquecida. Ao mesmo tempo, deve-se também se levar em consideração a eficiência que um determinado ato de concentração pode gerar no curto e no longo prazo. As duas abordagens não são completamente excludentes e a tentativa de se aplicar ambas parece ser o melhor caminho encontrado em análises no campo da defesa da concorrência.

Dessa forma, a aplicação correta de uma política antitruste parece voltar para uma mescla dos preceitos defendidos por Harvard e Chicago. Sendo assim, cada ato de concentração deve ser analisado de forma exclusiva, observando a eficiência que será originada, mas não se esquecendo de analisar o nível de concentração de mercado que será gerado.

## **7. Referências Bibliográficas**

ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. *Economic doctrines and approaches to antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02.* Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

BAIN, J. S. *Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries.* Cambridge (Mass): Harvard University, 1956.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Ato de Concentração n.º 08700.004150/2012-59 – Voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz,* 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Ato de Concentração n.º 08700.005447/2013-12 – Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão,* 2014.

DONSIMONI, M. P.; GEROSKI, P.; JACQUEMIN, A. Concentration indices and market power: two views. *The Journal of Industrial Economics*, v. 32, pp. 419-434, 1984.

ELHAUGE, E. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. *Competition Policy International*, v. 3(2), pp. 59-77, 2007.

ENCAOUA, D.; JACQUEMIN, A. Degree of monopoly, indices of concentration and threat of entry. *International Economic Review*, v. 21, pp. 87-105, 1980.

FLORES FILHO, E. G. J. A Nova Escola de Chicago e as modalidades de regulação: tendências do Law and Economics e as aplicações para o direito brasileiro. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers.* University of California: Berkeley Program in Law and Economics, 2007.

GAMA, M. M. A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte. *Texto para discussão.* CEDEPLAR, Belo Horizonte, 2005.

GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. *A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004*. *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

GAMA, M. M. *Teoria e Práxis da Defesa da Concorrência no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

GUERRIERO, Ian R. *Modelos de Simulação na Análise Antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Dissertação (Mestrado em Economia), Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

HOVENKAMP, H. J. *Antitrust policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

HOVENKAMP, H. J. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm*. *Research Paper No. 07-19*. University of Iowa Legal Studies, 2010.

MATIAS-PEREIRA, José. *Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

MONTEIRO, C. D. B. *Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

PEPALL, L.; RICHARDS, D.; NORMAN, G. *Industrial Organization: contemporary theory and empirical applications*. 4<sup>nd</sup> ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century*. *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

POSSAS, M. L. **Estruturas de mercado em oligopólio**. São Paulo: Hucitec, 1985.

POSSAS, M. L. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. Revista do IBRAC*, v. 3(5), pp. 10-35, 1996.

RESENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L (orgs.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. São Paulo: Campus, 2002, pp. 73-90.

SALGADO, L. H. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, C (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 29-42.

SCHMALENSEE, R. *Antitrust and the New Industrial Economics. The American Economic Review*, v. 72(2), pp. 24-28, 1982.

STIGLER, G. J. *The organization of industry*. Chicago: The University of Chicago, 1968.

UNITED STATES, Department of Justice & Federal Trade Commission. *The Merger Guidelines*, 1968. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.htm>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

UNITED STATES, Department of Justice & Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, 1992. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

VARIAN, H. *Microeconomia: princípios básicos*. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007.

WILLIAMSON, O. E. *Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs. The American Economic Review*, v. 58(1), pp.18-36, 1968.