

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FLAVIO AUGUSTO FERREIRA DO NASCIMENTO

A importância do procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de Defesa
Econômica para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência

Mestrado em Direito

São Paulo

2020

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FLAVIO AUGUSTO FERREIRA DO NASCIMENTO

A importância do procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de Defesa
Econômica para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Econômico, sob a orientação do Professor Doutor Thiago Matsushita.

São Paulo

2020

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Nascimento, Flavio Augusto Ferreira do

A importância do procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência. / Flavio Augusto Ferreira do Nascimento. -- São Paulo: [s.n.], 2020.

213p. il. ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Thiago Lopes Matsushita.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Direito Econômico. 2. Defesa da Concorrência. 3. CADE. 4. Consulta. I. Matsushita, Thiago Lopes . II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FLAVIO AUGUSTO FERREIRA DO NASCIMENTO

A importância do procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de
Defesa Econômica para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência

Mestrado em Direito

São Paulo

2020

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FLAVIO AUGUSTO FERREIRA DO NASCIMENTO

A importância do procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de
Defesa Econômica para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Econômico, sob a orientação do Professor Doutor Thiago Lopes Matsushita.

São Paulo

2020

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FLAVIO AUGUSTO FERREIRA DO NASCIMENTO

A importância do procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de
Defesa Econômica para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Econômico, sob a orientação do Professor Doutor Thiago Lopes Matsushita.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Thiago Lopes Matsushita (Orientador)
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Dedico essa dissertação aos meus filhos, Felipe e Lais e, principalmente, à minha
querida e eternamente amada esposa Lucília.*

Sem o incentivo e apoio desse núcleo inabalável nada seria possível.

Aos meus pais, Luiz e Lindaura.

À minha saudosa sogra, Maroly, que foi uma “segunda mãe”.

AGRADECIMENTO CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- Brasil (CAPES) – Finance Code 001.

Número do Processo: 88887.510460/2020-00.

AGRADECIMENTOS

À Santíssima Trindade.

Também, minha gratidão ao Itaú Unibanco S.A. pelo incentivo concedido.

Ao Rui de Oliveira Domingo e à Professora Doutora Eveline Denardi. O primeiro, por estender a generosa mão no momento escuro; a segunda, pela revisão impecável dessa dissertação.

Por fim, ao Professor Doutor Thiago Lopes Matsushita, que com a mais serena tranquilidade e sabedoria de vida apaziguou meu coração e dirigiu-me nesse trabalho.

RESUMO

O objetivo dessa pesquisa é incentivar a discussão sobre a importância do procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Isso porque, primeiramente, conforme instrumento idealizado pelo legislador, a Consulta serve de canal de comunicação entre o administrado e a autoridade, para que o primeiro possa obter do segundo interpretação quanto à aplicação das intrincadas normas de Defesa da Concorrência, pertencente ao Direito Econômico, de modo atingir segurança jurídica e previsibilidade em relação a seus atos. Mas, para além disso, o procedimento de Consulta pode ser identificado também como importante instrumento do CADE para assegurar a efetividade das normas antitruste, as quais visam a preservar o ambiente de disputa de mercado pelos agentes econômicos, cujo resultado à sociedade é obter o bem-estar social, como melhores preços, qualidade, inovação, dentre outras externalidades positivas.

De fato, a inter-relação entre Direito e Economia faz surgir um sem número de situações, formalizadas por meio de práticas comerciais ou operações societárias, as quais correspondem às fontes de Consulta junto ao CADE, e demandam cautela dos agentes econômicos para que elas não ofendam a ordem econômica fundada sob princípios caros à sociedade, em especial, o da livre concorrência. A evolução do instituto restaurou a desejada vinculação da autoridade a sua orientação, resgatando seus incentivos. Com a Consulta, o CADE, enquanto guardião da Defesa da Concorrência, por meio de suas funções preventiva e repressiva, tem ao seu dispor meio de oferecer posicionamentos prévios, claros e seguros à sociedade visando assegurar o princípio da livre concorrência. A partir de estudo da jurisprudência do CADE sobre as Consultas submetidas a partir de 2012, é possível concluir que o procedimento em questão mantém o desiderato de atribuir ao administrado segurança jurídica e previsibilidade, porém, com relação a ser um instrumento para efetividade das normas de Defesa da Concorrência, embora preponderante nessa tarefa, ainda há um potencial bastante grande a ser explorado dado o engessamento da própria autoridade (prazo de respostas e impossibilidade de instrução posterior).

Palavras-chave: Direito Econômico. Defesa da Concorrência. CADE. Consulta. Efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

ABSTRACT

The objective of this research is to encourage discussion on the importance of the Consultation procedure before the Administrative Council for Economic Defense (“CADE”). This is because, firstly, the Consultation serves as a communication channel between the parties concerned and the authority, so that the former can obtain from the latter an interpretation as to the application of the intricate rules of Competition Defense, in order to achieve legal certainty and predictability with regard to their actions. Bu, in addition, this research intends to identify the Consultation procedure too as an important instrument for CADE to ensure the effectiveness of antitrust rules, which aim to preserve the environment of market dispute among economic agents, thereby providing society with social welfare, such as better prices, quality, innovation and other positive externalities. In fact, the interrelation between Law and Economics gives rise to countless situations, formalized through commercial practices or corporate transactions, which correspond to the sources of Consultation to CADE, and require caution from economic agents so that they do not offend the economic order founded on principles, which are very dear to the society, especially that of free competition. The evolution of the Consultation procedure restored the desired legal bond of the authority its decision, and thereby rescued its incentives. With the Consultation, CADE, through its preventive and repressive functions, has a means to ensure previous, clear and safe positions to society, thereby aiming at the safeguard of the principle of free competition. Based on a study of CADE's case law on Consultations submitted since 2012, it is possible to conclude that the Consultation procedure fulfills the intent of providing the administered individuals and legal entities with legal certainty and predictability. However, as far as its role as an instrument for the effectiveness of the rules of Defense of Competition is concerned – even though predominant in this task - there is still a great potential to be explored given the constraints imposed by authority itself (deadline for responses and impossibility of further instruction).

Keywords: Law and Economics. Defense of Competition. CADE. Consultation. Effectiveness of Competition Defense rules.

LISTA DE QUADROS E GRÁFICOS

Quadro 1	Consultas analisadas pelo Tribunal do CADE sob a égide da Lei n. 12.529/2011 até 30 de outubro de 2020	115
Gráfico 1	Distribuição das Consultas analisadas pelo CADE (Quadro 1) por tipo de contribuição à efetividade das normas de Defesa da Concorrência	117
Gráfico 2	Distribuição das Consulta analisadas pelo CADE (Quadro 1) por sua atividade/função (análise de condutas e de estruturas)	117
Gráfico 3	Distribuição das Consultas analisadas pelo CADE (Quadro 1) por sua atividade/função (Gráfico 2) dentro do tipo de contribuição à efetividade das normas de Defesa da Concorrência (Gráfico 1)	118
Quadro 2	Consultas que nada contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência	118
Quadro 3	Consultas que pouco contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência, mas tinham potencialidade	132
Quadro 4	Consultas que mais contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência	140

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ato de Concentração
ACC	Acordo em Controle de Concentração
AGU	Advocacia Geral da União
APAC	Apuração de Ato de Concentração
BACEN	Banco Central do Brasil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CE	Comissão Europeia
CF	Constituição Federal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DEE/CADE	Departamento de Estudos Econômicos do CADE
DOU	Diário Oficial da União
DoJ	<i>Department of Justice</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PROCADE	Procuradoria Geral do CADE
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE/MJ	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SEPRAC/MF	Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda
SEFEL/MF	Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria do Ministério da Fazenda
SEA/MF	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
SFN	Sistema Financeiro Nacional
SG/CADE	Superintendência-Geral do CADE
SNDE/MJ	Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SNE/MEP	Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento
SUNAB	Superintendência Nacional de Abastecimento
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCC	Termo de Cessação de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DIREITO ECONÔMICO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA	18
1.1 Interdisciplinaridade entre Economia e Direito: a manutenção do bem-estar social pela Defesa da Concorrência	20
1.2 Breve histórico da Defesa da Concorrência no direito brasileiro e do procedimento de Consulta junto ao CADE	26
1.3 O CADE na Lei n. 12.529/2011 – estrutura e competência	37
1.4 Conceitos importantes para a compreensão das funções do CADE – mercado relevante, posição dominante e poder de mercado	45
1.5 Os atos de concentração	51
1.6 As condutas	64
2 O PROCEDIMENTO DE CONSULTA JUNTO AO CADE (aspectos legais e infralegais)	91
2.1 Procedimentos de Consulta em outras legislações	102
2.1.1 Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)	103
2.1.2 Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (CVM)	104
2.1.3 Lei n. 4.377, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral)	105
2.1.4 Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992 (TCU)	105
2.1.5 Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou o disposto nos arts. 20 a 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro)	106
2.2 Procedimentos de Consulta em outras jurisdições	107
2.2.1 Estados Unidos da América	107
2.2.2 União Europeia	109
3 CONSULTAS ANALISADAS PELO CADE SOB A ÉGIDE DA LEI N. 12.529/2011	114
3.1 Consultas que nada contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência (Quadro 2)	118
3.2 Consultas que pouco contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência mas tinham potencialidade (Quadro 3)	132
3.3 Consultas que mais contribuíram para efetividade das normas de Defesa da Concorrência (Quadro 4)	140
3.4 Resultado da análise das Consultas julgadas sob a égide da Lei n. 12.529/2011	190
4 COLABORAÇÃO ENTRE CONCORRENTES EM TEMPOS DE PANDEMIA E O PAPEL DO PROCEDIMENTO DE CONSULTA JUNTO AO CADE	192
CONCLUSÃO	197
REFERÊNCIAS	200

INTRODUÇÃO

A falta de previsibilidade quanto ao futuro tem o potencial de fazer com que o homem perca a base de onde toma impulso para se lançar à inovação. Isso porque, ainda que envolto das melhores intenções, o empreendedor não ignora o imponderável relacionado aos eventuais efeitos negativos – certamente não desejados – de suas iniciativas sobre a esfera de direitos e interesses de terceiro ou de uma sociedade. Sabe que se isso ocorrer poderá haver sanções. O receio desse desfecho pode, portanto, refrear a criatividade humana, tolhendo a sociedade de benefícios reais. O homem empreendedor anseia, logo, por previsibilidade e segurança jurídica, duas vertentes influenciadoras de suas ações junto ao mercado.

Diante desse cenário, é de se indagar: e se houvesse à disposição do inovador atormentado pela dúvida uma efetiva ferramenta pela qual pudesse conseguir de alguém – idealmente, junto àquele que detém o poder de aplicar as consequências negativas imaginadas (sanções) – posicionamento prévio se o quanto pretendido é ou não errado sob o prisma do ordenamento e, assim, afastar a sombra de qualquer receio?

Eis, pois, o papel que se espera do procedimento de Consulta ao CADE com relação às práticas e operações empresariais (às quais, mais adiante nesse estudo, daremos as adequadas denominações técnicas de condutas e de atos de concentração, respectivamente) sobre as quais se tem dúvida se poderiam – ou não – afetar as normas de Defesa da Concorrência. A Consulta junto ao CADE pode ser entendida, então, como um sistema que abre uma janela para se acessar a autoridade em busca de espantar as inquietudes relacionadas às iniciativas econômicas idealizadas no que tange à violação das normas concorrenciais. Eis, assim, o porquê de ela vir a integrar a legislação nacional.

Ora, quando analisamos as ideias do empreendedor no desenvolvimento de suas atividades conforme o direito entrelaçado com a economia, os resultados que emergem podem ter efeitos não desejados. Isso porque há mais coisas em jogo do que os interesses individuais. E, assim, quando os resultados que podem advir destas ideias têm o mero potencial de violar princípios consagrados, caros à sociedade, e por isso, passíveis de punição, o ato de instruir-se previamente é mais do que recomendável do ponto de vista da segurança.

Numa primeira abordagem, portanto, a Consulta junto ao CADE seria o instrumento adequado ao administrado para que ele alcance alguma certeza quanto à iniciativa empresarial que pretende adotar. Nessa linha, o administrado, corroído por dúvidas se sua prática ou operação teria – ou não – guarida na lei concorrencial, tem a seu dispor uma ferramenta apropriada para levar a sua questão ao conhecimento e à análise prévia da autoridade

especializada. A respectiva resposta seria uma bússola ou a estrela-guia dentro do mar indócil da Defesa da Concorrência, buscando-se a tão almejada segurança jurídica. É por isso que no anseio de se atribuir certa segurança jurídica ao administrado no complexo campo do direito concorrencial, ou seja, confiar que seus empreendimentos não configurarão ofensa a um princípio caro à sociedade – o da livre concorrência –, a legislação antitruste nacional vem prevendo o instituto da Consulta desde a década de 1960 (Lei n. 4.137/1962, art. 74, § 25), mantendo-o na abertura do mercado brasileiro à concorrência internacional nos anos 1990 (Lei n. 8.884/1994, arts. 7º, XVII, 14, XII, e 59) e, agora, mais recentemente, com a estruturação do SBDC (Lei n. 12.529/2011, art. 9º, § 4º e 5º, e 23).

Ocorre que, por uma outra abordagem, que ultrapassa a segurança jurídica, também é possível entendermos que o instituto da Consulta disponibiliza ao CADE instrumento preventivo de análise de situações potencialmente anticoncorrenciais, cujo conhecimento e orientação prévios podem redundar em economia de recursos públicos, na medida em que evita desperdiçar investimento em análises processuais.

Com efeito, independentemente da abordagem – individual ou administrativista –, o que se visa pela Defesa da Concorrência é a manutenção ou o incremento do bem-estar social. A Consulta ao CADE tem, como visto, um papel dúplice, ou seja, ser um importante instrumento de assecuração, no principal objetivo pensado pelo legislador, ligado à segurança jurídica e, ao mesmo tempo, provocar eficiência na alocação dos escassos recursos públicos. No entanto, essas duas finalidades desembocam no papel principal da Defesa da Concorrência, que é garantir benefícios à sociedade decorrentes da aplicação da lei antitruste que tutela uma concorrência vigorosa e sadia.

À luz das decisões das Consultas submetidas ao CADE até então, surgem algumas inquietações: O instituto tem atingido sua finalidade de dar segurança jurídica? Os agentes de mercado têm contado com um instrumento suficiente e capaz de assegurar-lhes direcionamento claro para todas as suas dúvidas quanto às atividades empresariais no campo da Defesa da Concorrência, habilitando-os a entregar bem-estar aos consumidores, apartando-se os riscos de penalidades? Enfim, as respostas às Consultas analisadas pelo CADE resguardam a aplicação da Defesa da Concorrência garantindo sua efetividade?

Por meio de análise de Consultas já apresentadas ao CADE, em especial em relação aquelas cuja manifestação da autoridade antitruste deu-se na égide da Lei n. 12.529/2011, pretendemos neste estudo apresentar respostas às indagações acima de forma a evidenciar a importância do instituto como instrumento para assegurar a efetividade da Defesa da Concorrência no Brasil. Também objetivamos apontar se da maneira como tem sido aplicada a

Consulta pelo CADE, ela tem atingido sua função ou, em caso negativo, se isso tem revelado certo receio da autoridade concorrencial quanto ao referido instituto. Almejamos, igualmente, identificar requisitos reais da Consulta quando vistos seus resultados. Por fim, buscamos aqui apontar se a Consulta, nos tempos atuais, tem mostrado alguma evolução em relação à legislação imediatamente anterior (Lei n. 8.884/1994).

A justificativa da nossa pesquisa deve-se, primeiramente, à percepção construída ao longo de muitos anos de atuação na área da Defesa da Concorrência. Observamos que o administrador ou o empresário, enfim, aquele que precisa decidir em relação à adoção de uma determinada prática comercial ou por concluir ou não uma operação empresarial, uma vez bem orientado, não se obsta em cumprir a lei. Todavia, verificamos também que tal agente deseja ter certa segurança jurídica quanto à sua decisão, ainda que dentro da assunção de um grau risco, para não ser surpreendido posteriormente, por exemplo, com um processo administrativo. Situação como essa, além de gerar elevado custo natural, também poderá acarretar alocação ineficiente dos já escassos recursos, que poderiam ser melhor aproveitados na execução da atividade empresarial, a exemplo de valores dispendidos para o pagamento de uma eventual multa imposta pela autoridade. Nessa esteira, o agente econômico deseja evitar que a “surpresa” também gere danos mais difíceis de serem mensurados e recuperados como aqueles relativos à reputação e à imagem.

Ao lado disso tudo, avaliamos que as decisões do CADE sobre os procedimentos de Consulta submetidos poderiam dar efetividade às normas de Defesa da Concorrência, mediante afirmação prévia de seus comandos, que ultimam a manutenção e o incremento do bem-estar da sociedade em razão das externalidades decorrentes da concorrência pulsante, cujo grau de importância foi elevado a princípio constitucional.

Por isso, sem demérito às dúvidas intrínsecas aos outros ramos do direito, os pontos acima são latentes quando nos referimos à Defesa da Concorrência, inserida no âmbito do Direito Econômico. A relação entre elementos de economia e de direito faz gerar entre gráficos e estudos econométricos de um lado, e dispositivos normativos e argumentações de outro, uma série de desafios não só para economistas e advogados, mas, principalmente, para os administrados (também administradores), desafios esses que são ampliados em função de conceitos abertos na esfera antitruste, que geram dúvida real sobre se determinada estratégia é lícita ou não. É nesse cenário, pois, que o procedimento de Consulta ao CADE ganha atenção neste estudo, uma vez que sua importante finalidade idealizada seria espantar dúvidas se uma operação empresarial violaria princípio constitucional (da livre concorrência) e se uma prática

em andamento ou desejada seria considerada um ilícito passível de severa punição pela autoridade de maneira a preservar o bem-estar social.

Além disso, a relevância de estudarmos o tema objeto desta pesquisa pode ser explicada de duas formas de igual significado e valor. A primeira delas trata de agregar efeito direto à sociedade, na medida em que uma melhor compressão da importância do procedimento de Consulta junto ao CADE permitiria que empresas não refreassem suas iniciativas com o objetivo de evitar contingências inesperadas, garantindo, assim, mais ofertas, inovações e melhores condições de preço e de qualidade à sociedade. A segunda, por sua vez, justifica-se na necessidade de gerar material nacional, tanto acadêmico como de auxílio profissional, uma vez que a doutrina específica sobre o assunto é escassa e aquela existente, generalista, e não aprofunda o tema conforme exige sua importância.

De toda sorte, somando-se as duas relevâncias mencionadas e parte da percepção obtida ao longo da atuação prática, a razão da nossa dissertação também se encontra no estudo da Consulta ao CADE como instrumento de efetividade das normas de Defesa da Concorrência, indo ao encontro à linha de pesquisa proposta pelo Núcleo de Direito Econômico da PUC-SP.

Para a elaboração da presente dissertação, adotamos, primeiramente, refinada bibliografia especializada e relevante sobre, principalmente, o tema Defesa da Concorrência, indicada ao final do trabalho. Registremos, entretanto, a dificuldade enfrentada nesse levantamento dado que não há, até o momento, obra doutrinária específica a respeito do debate aqui proposto. Em seguida, nos debruçamos sobre a referida bibliografia de maneira a subsidiar doutrinariamente a elaboração dos capítulos, em especial, o primeiro, a fim de conferir ao leitor, mesmo àquele não habituado às questões antitruste, ligação mais coesa e próxima ao tema, uma vez que se desenvolveu exposição geral da matéria de fundo. Trata-se de formação de conhecimento básico. Nesse capítulo primeiro ainda, reforçamos a inserção do Direito da Concorrência no âmbito do Direito Econômico, definindo o posicionamento valorativo da Consulta junto ao CADE, além de relacionar o bem-estar social promovido pela concorrência com a tutela estatal, destacando o importante papel do instituto ora estudado.

No mesmo capítulo, apresentamos um breve panorâmico histórico da legislação pertinente, sempre nos socorrendo da bibliografia comentada. Também ali, resgatamos da legislação vigente esclarecimentos a respeito da estrutura, da competência e das formas de atuação do órgão administrativo encarregado de defender a concorrência no Brasil (o CADE) especificamente em suas funções preventiva e repressiva, que versam, respectivamente, no controle de estruturas decorrentes de atos de concentração e no controle de condutas anticompetitivas ou infrações da ordem econômica, os quais são as fontes de dúvidas para

Consulta junto ao CADE. Para isso, dissecamos os elementos e os conceitos mais importantes do ramo antitruste, novamente nos reportando à doutrina. Não obstante, esclarecemos, ainda, que empregamos um corte metodológico de modo a não nos aprofundarmos em todas as questões técnicas antitruste que, embora muito relevantes, mereceriam uma outra abordagem. Logo, por exemplo, decidimos não adentrar ou aprofundar questões relacionadas às decisões negociadas com o CADE, ou seja, ACC ou TCC, nem mesmo nos procedimentos em espécie.

Na parte seguinte (capítulo segundo), abordamos propriamente o instituto da Consulta junto ao CADE, principalmente em relação à sua regulação e menção a institutos semelhantes existentes em outras searas do direito no âmbito da legislação nacional, além da indicação dos modelos europeu e americano de responder às dúvidas concorrenciais dos seus administrados.

No capítulo terceiro, efetuamos triagem, análise detalhada e estudo dos julgados do CADE a respeito do tema estudado, a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011.

Nessa parte, destacamos principalmente que os escaninhos escolhidos para alocação dos resultados da investigação empírica tiveram por eixo a contribuição de cada procedimento analisado pelo CADE para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

No capítulo quinto, buscamos dar certa concretude e pragmatismo ao estudo de maneira a confrontá-lo ao momento histórico contemporâneo relacionado à pandemia de Coronavírus (COVID-19) e como as dúvidas concorrenciais dele decorrentes podem ser endereçadas.

Fechamos a pesquisa apresentando uma crítica ao instituto da Consulta, oferecendo nossa contribuição pessoal e dando publicidade às referências bibliográficas utilizadas nessa pesquisa.

Como é possível notar, a exposição do conteúdo guarda consigo uma sequência lógica, partindo da premissa geral até chegar à exposição de sua comprovação na conclusão. Tem-se claro, assim, a adoção do método indutivo na elaboração desta pesquisa. Por fim, quanto à análise empírica da pesquisa, consideramos a avaliação suficiente de casos particulares para apresentarmos uma conclusão geral, procurando revelar a importância do procedimento da Consulta nos contextos estudados.

1 DIREITO ECONÔMICO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Tecer linhas iniciais sobre Direito Econômico e Defesa da Concorrência nesse momento é buscar indicar ao leitor onde se situa o procedimento de Consulta junto ao CADE de forma a compreender o seu valor.

Ao darmos o primeiro passo, observamos que o Direito Econômico envolve o conjunto de normas e de institutos jurídicos que permitem ao Estado atuar sobre o comportamento dos agentes econômicos num determinado país ou conjunto de países (AGUILLAR, 2009, p. 1). São técnicas disponíveis ao Estado para a implementação de sua política econômica, envolta na produção e circulação de bens e serviços, como também na regulação de mercados. Logo, tendo-se por Economia a ciência que se preocupa com o racional humano no aproveitamento e aplicação eficiente dos recursos escassos, o Direito Econômico, então, tem em suas normas as ferramentas necessárias para que o Estado crie os incentivos corretos visando adotar determinados comportamentos para a implantação de sua política econômica e ordenação do mercado. É assim que, pois, pelo Direito Econômico, o Estado pode criar incentivos, a partir da edição de normas, as quais visam gerar nos administrados decisões racionais que, por consequência, poderão atender ao interesse público.

Com base nessa introdução, anotamos que a preponderância atribuída ao desenvolvimento econômico de um país é medida, em parte, pelo interesse depositado pelo Estado em pôr em prática suas políticas públicas. Logo, há de se compreender e aceitar que o Estado exerce um papel importante de interferência na Economia, a qual se espera que se processe de forma essencial e natural por meio do Direito Econômico em prol da sociedade (TAVARES, 2011, p. 45).

Em linhas gerais, uma das formas de o Estado implementar políticas públicas por meio da aplicação do Direito Econômico é pela manutenção da ordem econômica sob a qual se funda. Assim, por meio dela, alicerçada em valores imanescentes ao trabalho humano e na liberdade de empreender do indivíduo, como é o caso do Brasil atualmente (CF, art. 170), o Estado propicia o desenvolvimento econômico a partir da observância (e do fazer cumprir) de princípios caros à sociedade: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca de pleno emprego e tratamento favorecido às empresas brasileiras de pequeno porte. Na busca de implementar políticas públicas de médio e longo prazo, o legislador, então, elege tais princípios como norteadores das suas ações futuras e planejadas. Assim, a Defesa da Concorrência (também chamada de “antitruste” em razão da tradição norte-

americana) é a forma de implementação de política pública por meio da aplicação do princípio constitucional da livre concorrência, política essa voltada à manutenção dos mais altos índices de competição entre os agentes de mercado, de maneira que assim se gere a partir e como efeito dela bem-estar social.

Por isso, afirma Paula A. Forgioni (2010, p. 32):

Temos, pois, um primeiro preconceito, que deverá ser abandonado. O antitruste já não pode ser visto apenas como um arranjo inteligente de normas destinado a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis do mercado liberal, mas, ao contrário, deve ser encarado como um instrumento de implementação de políticas públicas.

Além disso, Heloisa Carpena (2005, p. 22) pontua sobre o posicionamento da Defesa da Concorrência:

Maior e melhor expressão do Direito Econômico, o Direito da Concorrência se refere à chamada organização industrial. Disciplina a forma de intervenção do Estado no domínio econômico, tendo por objeto garantir a competição entre empresas do mercado. Ou ainda, constitui o conjunto de regras jurídicas que disciplina a disputa travada no mercado, entre os agentes econômicos que buscam – concomitantemente – criar e manter clientes.

Portanto, a Defesa da Concorrência, inserida no âmbito do Direito Econômico, corresponde a normas as quais têm por finalidade manter a competição entre os agentes de mercado, cujos efeitos dela decorrentes são caros à sociedade e, assim, no caso brasileiro, foram considerados pela CF/1988 mediante a elevação da livre concorrência a grau de um dos princípios da ordem econômica.

Para ligar um passo ao outro, podemos atestar que a Defesa da Concorrência é um dos capítulos do Direito Econômico que tem como função servir de instrumento ao Estado para implementação de suas políticas públicas. Como ensina Tercio Sampaio Ferraz Junior (RODAS, 2012, p. 68), é a Defesa da Concorrência que cumpre relevante papel no desenvolvimento social de países emergentes num mundo cada vez mais globalizado.

O esclarecimento acima nos permite compreender o valor (axiologia) do procedimento de Consulta junto ao CADE, ou seja, atribuir segurança jurídica, mediante conferência de alguma previsibilidade ao administrado que busca junto à autoridade competente orientação clara e precisa de maneira a não cometer ilícito anticoncorrencial, atendendo à política estatal de incentivo à concorrência que, por sua vez, intenta a manutenção ou a ampliação do bem-estar social.

Inferimos, então, que a Consulta ao CADE tem como valor extrínseco e subjetivo o atendimento ao interesse pessoal daqueles relacionados à obtenção de segurança

(esclarecimento da sua dúvida) e, ao mesmo tempo, valor intrínseco e objetivo relacionado ao interesse social na manutenção da competição entre agentes de mercado.

1.1 Interdisciplinaridade entre Economia e Direito: a manutenção do bem-estar social pela Defesa da Concorrência

Como vimos, o procedimento de Consulta junto ao CADE se posiciona na Defesa da Concorrência, um capítulo do Direito Econômico que envolve elementos de Economia e de Direito.

Havendo forte intersecção entre esses dois ramos das ciências humanas, não é incomum que, a partir do exercício da criatividade humana, quando da pretensão de realizar atividades empresariais, isto é, da reunião de recursos escassos para um determinado fim econômico, ocorram dúvidas se a desejada operação ou prática terá guarida na legislação vigente, inclusive, sob o viés da racionalidade analisada pela ciência econômica.

Assim, embora fosse possível, para alguns, indicar o princípio da livre concorrência como decorrente da livre iniciativa, o fato objetivo é que o legislador atual atribuiu autonomia ao primeiro de modo a destacar sua importância para a execução do segundo. Ora, numa economia capitalista de mercado, na qual se estrutura o Estado brasileiro, a livre concorrência tem valor vital.

Por isso, Vicente Bagnoli (2017, p.271) explica:

Quando o Direito relaciona-se com a Economia, de modo que o conteúdo jurídico interage com o econômico, a concorrência passa a ser tratada como princípio constitucional da ordem econômica das economias capitalistas, justificado pela possibilidade de se obter lucros dentro de uma economia de mercado, cujos institutos básicos são a liberdade de iniciativa, a propriedade privada dos meios de produção e, naturalmente, a livre concorrência.

Essa atribuição de valor à livre concorrência, elevada ao grau de princípio constitucional, como acima suscitado, deve-se à clara constatação de que ela é meio-instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social (FORGIONI, 2010, p. 179). Logo, o princípio da livre concorrência não é, por si só, um mero desdobramento do princípio da livre iniciativa, mas um verdadeiro complemento e limitador desse último, haja vista que a conjugação de ambos no sistema jurídico-normativo busca a persecução de um conceito maior de liberdade voltada ao empreendedorismo que, porém, não pode ser absoluta, pois a liberdade de atuar nos mercados

sofre influência da expectativa de se estabelecer preços de bens e serviços fixados a partir do jogo justo (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 54).

A livre concorrência, a ser defendida de acordo com a relevância atribuída pela CF/1988 participa ativamente do desenvolvimento nacional:

É a livre concorrência que permite o bom funcionamento do mercado; permite que os agentes econômicos atuem livremente – e por isso corolário da livre iniciativa – estabelecendo as condições para uma ordem econômica justa, em que prevalecem aqueles que efetivamente oferecem o melhor produto, ao menor preço, conferindo a possibilidade de aferição de lucros razoáveis, ao mesmo tempo em que estimula novos investimentos e, conseqüentemente, o crescimento da economia (Marcele Ragazoni Carvalho Ferreira. *In*: RODAS, Livro 1, 2018, p. 48).

Mas o que é a “concorrência” que tanto se busca defender? De maneira geral, em um mercado, ou seja, aquele campo imaterial no qual se encontra um produto em dado espaço geográfico, e onde se relacionam, de um lado, forças de procura (ou seja, os compradores, dispostos a adquirir aquele determinado produto por um determinado preço) e, de outro lado, forças de oferta (ou seja, os vendedores, dispostos a abdicar daquele produto, então procurado, em razão do recebimento de um determinado preço), deveria ser composto por múltiplos agentes (compradores e vendedores) que, retirando-se todas as falhas (por exemplo, acesso não igualitário e razoável a informações) e as colusões (por exemplo, o cartel), tenderiam a direcionar racionalmente suas ações e esforços para disputar ao máximo entre si a maximização de seus objetivos e interesses (isto é, vender mais e obter mais lucro, por um lado e, por outro, comprar pelo preço mais barato, obtendo maiores vantagens). Concorrência, portanto, é essa disputa, que não se concentra tão apenas nos vendedores, mas nos compradores também. E, dessa disputa, tem-se geração de efeito valoroso.

O CADE (2010, p. 6), em antiga cartilha sobre a Defesa da Concorrência no Poder Judiciário, resume concorrência como o processo pelo qual os agentes econômicos – empresas ou pessoas físicas – disputam entre si parcelas de mercado via preços, qualidade de produto ou serviço e inovação. Assim, torna-se possível conectar e entender que a concorrência é o motor para que a atividade econômica livremente desenvolvida sirva aos interesses da sociedade.

É exatamente esse fenômeno intrínseco na disputa dentro de uma economia de mercado capitalista, marcada pelo interesse livre na maximização de lucros, que se traduz naquilo que queremos aqui indicar por concorrência. Mais uma vez, Vicente Bagnoli (2017, p. 272) reforça esse conceito de concorrência:

Notadamente, no que se refere ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV, CF/1998), encontra-se nele o fundamento da economia de mercado, no qual os agentes econômicos devem travar suas disputas, das quais o melhor, o mais apto, conseguirá a vitória, sobrepondo-se aos seus rivais. Desse ambiente de livre concorrência, tende-se a resultados mais eficientes, com inovações tecnológicas e aumento na qualidade de produtos e serviços, reduções de custos – e conseqüentemente de preços – que contribuem efetivamente para o desenvolvimento e trazem ganhos ao bem-estar econômico do consumidor.

Os agentes econômicos que ofertam produtos e serviços nos inúmeros mercados existentes dependem, essencialmente, do exercício da demanda dos consumidores, pessoas físicas e jurídicas. Portanto, é natural que tais agentes econômicos tenham que disputar entre si a preferência desses consumidores visando maior quantidade de vendas e de negócios e, enfim, maior lucratividade de suas atividades econômicas.

A concorrência é um dos fatores que movimentam a economia, estando por detrás do conceito de “livre mercado”. Em razão dela, os agentes são obrigados a distinguir-se dos demais competidores, possibilitando-lhes, assim, capturar a preferência dos consumidores mediante a entrega de melhores condições. Além disso, é por meio do exercício da concorrência que os agentes de mercados produtores e prestadores de serviços balizam seus preços, sendo muitas vezes pressionados por ela a adequá-los ao nível mais próximo possível do preço de custo, favorecendo os consumidores. Logo, e *contrario sensu*, sem concorrência entre os agentes de mercado, não haveria incentivos para a realização de investimentos em tecnologia, pesquisa, contratação de pessoal, qualidade e, principalmente, em precificação em níveis mais baixos possíveis. Então, como vemos, a concorrência exercida de forma completamente livre tende a proporcionar aos consumidores bem-estar social.

Mas a concorrência não é algo estanque, planificada e invariável como se observável imutavelmente. Ela pode existir, em menor ou maior grau, segundo a estrutura de mercado. Sobre essas estruturas, Fábio Nusdeo (2000, p. 262) ensina:

Muito embora não haja separações absolutas, em compartimentos estanques, podem-se identificar cinco grandes tipos ou estruturas de mercado. São elas: a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita, ou monopolística, o oligopólio (com o seu correspondente oligopsônio), o monopólio (com o seu correspondente monopsônio) e o monopólio bilateral.

Não julgamos necessário esmiuçar o conceito – tampouco as curvas e os gráficos econométricos – de cada um dos regimes ou estruturas de mercado conforme acima identificados pelo ilustre economista, para apontar que a concorrência, ou seja, aquela disputa entre agentes de mercado mencionada, pode ser pulsante em um mercado e, simplesmente,

inexistir em outro tipo. E isso faz toda a diferença para a geração de efeitos positivos ou negativos à sociedade. Em outras palavras, num mercado de concorrência perfeita, onde o número de compradores e de vendedores é grande, nenhum deles exerce influência significativa nas condições de oferta e procura. Os produtos têm características homogêneas, há facilidade de acesso ou saída do mercado, as informações são públicas e de razoável acesso, a disputa pela maximização de resultados (logo, a concorrência) é maior gerando certos efeitos positivos à sociedade (ex. preços mais próximos do valor de custo e inovação). Pelo contrário, no mercado marcado pelo regime ou pela estrutura monopolista, correspondente à situação onde há somente um agente como vendedor, ou como pelo lado da demanda, um só comprador, tratando-se de monopólio, ou alguns poucos agentes (oligopólio e oligopólio, respectivamente), os efeitos serão exatamente outros, opostos.

Logo, a concorrência é fenômeno econômico que se eliminado, ou meramente diminuído, pode causar prejuízo aos consumidores, reduzindo-lhes o bem-estar (menos inovação, menos quantidade, maior preço, por exemplo). Isso pode ocorrer porque, na dinâmica dos mercados, os agentes econômicos tendem, por diversas razões, (i) se concentrarem/associarem (unindo seus esforços de alguma forma societária ou contratual), eliminando opções aos consumidores ou, a partir dessa união de esforços, abusar de eventual poder econômico decorrente; (ii) relacionar-se entre si e, dessas relações, decorrerem possibilidades de colusão (combinação) que poderiam igualmente prejudicar os consumidores (ex. combinação sobre preços) ou (iii) por serem suficientemente grandes para a economia, abusar da posição dominante.

Conforme avalia Tercio Sampaio Ferraz Junior (RODAS, 2012, p. 65):

Daí o princípio da livre concorrência, que passa a ser entendido normativamente em função da competitividade inerente à livre iniciativa enquanto um direito fundamental de concorrer, isso é, de atuar criativamente no jogo do livre mercado. Isso exige, de um ponto de vista jurídico, que o chamado livre mercado seja pressuposto como uma estrutura de alternativas dinâmicas, da qual não deriva que todos os seus agentes sejam igualmente e efetivamente livres. Ou seja, uma determinada estrutura pode encorajar ou desestimular a potencialidade de livre iniciativa individual. Donde se conclui que a liberdade econômica pode estar sujeita a importantes restrições que podem tornar-se verdadeiros impedimentos.

Além disso, a geração de efeitos à sociedade pela inexistência de concorrência também pode ser percebida, de forma negativa, quando ocorre o abuso do poder econômico. Identifica-se poder econômico como a capacidade de um agente determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa não só, mas fundamentalmente, através da capacidade de controlar os preços de

mercado. O poder econômico, que é um fenômeno intrínseco das sociedades capitalistas com algum grau de individualização, deve estar sujeito a controle estatal, sob pena de inviabilizar o funcionamento regular dos mercados (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 26).

Não estamos dizendo que o poder econômico é, por si só, algo a ser combatido e impedido. Se assim o fosse, retirar-se-ia os incentivos naturais para que as empresas investissem e crescessem. Entretanto, se um agente ou conjunto de agentes econômicos, num determinado espaço geográfico, possui a capacidade de manter o preço de um produto (não substituível por outro fornecido por diferentes agentes) em níveis supra competitivos ou, de outra sorte, consegue restringir a oferta desse produtos, sem se importar com a perda de clientes em razão da incapacidade de ação em sentido contrário de seus concorrentes, tem-se que é detentor de poder econômico, haja vista a sua capacidade de influenciar na dinâmica (de oferta e procura) de um mercado. Havendo esse poder e o agente dele abusando, inevitavelmente serão gerados efeitos negativos à sociedade. Corrobora com esse entendimento Sérgio Varella Bruna (1997, p. 171), ao apontar que o efeito negativo está no mau uso desse poder, desviando-se do seu legítimo interesse de servir à sociedade.

Logo, na existência de efeitos negativos à sociedade, conforme demonstrado, inclusive por eventual abuso de poder econômico, a concorrência passa a ser objeto de interesse da tutela do direito. Nessa linha, arremata Gilmar Ferreira Mendes (RODAS, 2012, p. 14):

A política econômica brasileira está ancorada na Constituição Federal e é guiada pelo princípio da livre iniciativa, essencial para a preservação da concorrência, por evitar abusos econômicos, bem como pelos princípios da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão do abuso do poder econômico.

O Estado, então, passa a estabelecer mecanismos para que a disputa entre os agentes de mercado possa ser a mais vigorosa possível, afastando-se de uma ditadura atinente a uma estrutura monopolizada, inclusive característica daquele que exerce o poder econômico que o detém com abuso e, enfim, garantindo efeitos benéficos. É, pois, dessa interdisciplinaridade entre Economia e Direito que resulta a Defesa da Concorrência, na qual o procedimento de Consulta se insere, como parte da tutela estatal sobre determinado bem jurídico: o bem-estar social.

Salientamos que a proteção aqui tratada é a do fenômeno econômico da concorrência ou do ambiente concorrencial, e não propriamente de um concorrente específico em si. O âmbito de proteção é bem mais amplo: o bem da coletividade e não o bem individual. Assim, a Defesa da Concorrência não pode ser utilizada como salvaguarda de concorrentes ineficientes,

por exemplo. Logo, a proteção individual de um concorrente isoladamente prejudicado por determinada prática específica pode ocorrer por outros mecanismos legais (como o combate à concorrência desleal, por exemplo, que visa criar confusão no consumidor para desviar clientela, conforme combate a Lei n. 9.279/1996). Para completar a identificação do âmbito de proteção, é importante também distinguir a Defesa da Concorrência da Defesa Comercial, relacionada a comércio entre países, onde a maior questão é o *dumping* (Decreto Legislativo n. 30, de 15.12.1994, promulgado pelo Decreto n. 1.355, de 30.12.1994).

Ao cabo da exposição sobre a interação entre Economia e Direito, principalmente quanto à geração do bem-estar social por meio da Defesa da Concorrência, concluímos que a Consulta foi idealizada para ser um importante instrumento utilizado pelo administrado que mantém dúvida sobre suas iniciativas como janela junto ao CADE para identificar se elas teriam, ainda que potencialmente, capacidade de afetar negativamente o bem-estar social. Além disso, sendo o bem-estar social tutelado pelo poder estatal, torna-se relevante que práticas e operações empresariais pretendidas sejam analisadas cautelarmente pela autoridade visando reservar segurança jurídica para a atuação dos administrados e o resguardo dos efeitos benéficos advindos de uma rigorosa concorrência, conforme defendida pela tutela estatal.

A Consulta ao CADE, se utilizada adequadamente e de maneira a não resolver questões que a doutrina e/ou a jurisprudência administrativa na matéria concorrencial poderiam endereçar, assegura sua função de se tornar ferramenta efetiva para atribuir segurança jurídica aos empreendimentos e negócios e, ao mesmo tempo, resguardar a geração de efeitos positivos à sociedade. Por essa vertente, a Consulta ao CADE também tende a ser instrumento de efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

Resgatando-se o conceito de efetividade da norma jurídica, cuja existência, validade e eficácia são suas necessárias condições antecessoras, compreender-se-á o que se espera do presente estudo.

Conforme explica Luís Roberto Barroso (2003, p. 85),

[...] a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

A efetividade relaciona-se com a desejada produção de consequências objetivadas pelo legislador, observadas quando uma conduta ou comando prefixado fora cumprido pelo destinatário, segundo pondera Paulo de Barros Carvalho (2006, p. 60).

A efetividade da Consulta, na razão do que se busca identificar com o presente estudo, é o sentimento pragmático de que ela, enquanto instrumento à disposição do administrado, seria propícia a atribuir previsibilidade e, ao mesmo tempo, geração ou manutenção de um estado de bem-estar social pela livre concorrência, visão essa que encontra amparo nas palavras de Miguel Reale (2002, p. 114):

se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao reconhecimento (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento.

Assim, a efetividade das normas de Defesa da Concorrência pode ser alcançada por meio da Consulta ao CADE, a partir da compreensão de que dela são objetivados, para além da segurança jurídica (previsibilidade) para o administrado, também a não diminuição do bem-estar social. O efeito real pretendido pelas normas de Defesa da Concorrência visa a manutenção do ambiente de disputa de mercado pelos agentes que dele participam, gerando resultados imediatos, como e principalmente, menor preço à sociedade.

1.2 Breve histórico da Defesa da Concorrência no direito brasileiro e do procedimento de Consulta junto ao CADE

A evolução da Defesa da Concorrência no Brasil está intimamente ligada à liberação econômica ocorrida ao longo dos tempos. Em outras palavras, na medida em que os modelos econômicos nacionais sofreram alteração em função da maior liberdade conferida ao agente econômico, ou seja, menor intervencionismo estatal, a concorrência foi ganhando papel de destaque como elemento para assegurar a efetividade de tal alteração.

No Brasil, desde os tempos coloniais, a organização da atividade econômica sempre foi marcada pela forte intervenção estatal. Iniciando-se com a participação de fiscalizador e controlador absoluto dos meios de produção e, posteriormente, até mesmo como *player* atuante no mercado, o Estado brasileiro buscou, em vários momentos da história, estar à frente das questões econômicas, uma vez que se trata de elemento de grande valia para a estabilidade e a manutenção de poder.

Nesse sentido, Vinicius Marques de Carvalho (2012, p.17) destaca:

No período colonial, a relação de Portugal com o Brasil era eminentemente fiscalista, limitando-se à utilização do poder da metrópole para imposição de impostos à colônia. Com a vinda de D. João VI e a transferência da Corte portuguesa para o Brasil teve início uma série de iniciativas que acabaram por fomentar o desenvolvimento do país, dentre as quais pode-se mencionar a abertura dos portos, a fundação do Banco do

Brasil e a liberação da manufatura e indústria, revogando-se o Alvará de 5 de janeiro de 1785, que proibia sua instalação na colônia.

Nos anos 1930, a presença do Estado na economia brasileira foi particularmente destacada em função da contenção dos efeitos da crise econômica mundial de 1929, com o *Crash* da Bolsa de Nova Iorque, ocorrido numa quinta-feira, dia 24 de outubro de 1929 (a chamada “Quinta-feira Negra”). O evento tornou-se a mais avassaladora crise econômica dos Estados Unidos e gerou reflexos em todo o planeta. O Brasil, então, adotou mecanismos que pudessem prever e minimizar os efeitos de crises semelhantes à iniciada nos Estados Unidos e que, eventualmente, pudessem se repetir nos anos seguintes. Nesse sentido, os meios produtivos se viram ainda mais alvo da intervenção estatal.

É o que inferimos da lição de André Marques Gilberto (2016, p. 32):

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a incluir regras destinadas à proteção da economia popular, mais especificamente no art. 117, afirmando que a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização das empresas de seguros em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que operavam no Brasil.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937 (“A Constituição Polaca”), em seu art. 135, sobre a ordem econômica previa:

Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Além disso, a Constituição Polaca, em seu art. 141, passou a estabelecer que a lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra esses bens jurídicos tutelados, então, passaram a ser equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei atribuir penas graves e prescrever processos e julgamentos adequados visando o seu *enforcement*.

O dispositivo constitucional anteriormente transcrito foi regulamentado pelo Decreto-Lei n. 869/1938, de autoria de Nelson Hungria, que tinha por objetivo definir os crimes contra a economia popular. Tratou-se também do primeiro texto normativo relacionado à preservação da liberdade de concorrência (AGUILLAR, 2009, p. 141). Seu conteúdo classificava como crime a manipulação de preços ainda que com mero potencial de dano ao consumidor. No

entanto, não se obteve o êxito esperado o referido diploma, conforme reflete Ana Paula Martinez (2012, p. 26):

O referido Decreto-Lei teve pouca ou nenhuma efetividade. Nelson Hungria chegou a afirmar que: o Decreto n. 869 que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente. Na mesma linha notícia Shieber que: um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revela um só caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isso ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral do Brasil respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil.

Na década de 1940, foi editada no Brasil uma legislação voltada ao combate de concentrações econômicas e abusos do poder econômico. Tratava-se do Decreto-Lei n. 7.666/1945, de autoria do então Ministro Agamenon Magalhães, que é tido como o embrião do sistema antitruste brasileiro.

O Decreto-Lei n. 7.666/1945, também conhecido como Lei Malaia, com inspiração na legislação antitruste norte-americana (*Sherman Act e Clayton Act*), detinha caráter administrativo, voltado a atos contrários aos interesses da economia nacional, dentre os quais o ajuste entre empresas que tivessem por efeito elevar o preço de venda dos respectivos produtos, cercear a liberdade econômica de outras empresas concorrentes e influenciar o estabelecimento de um monopólio.

O Decreto-Lei de 1945 também criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – havendo de se notar que ainda não era um conselho como é atualmente, mas uma comissão – vinculada ao Presidente da República, e detinha poderes para legitimar acordos em restrição da concorrência, desde que tivesse por efeito equilibrar a produção com o consumo, regular o mercado, estabilizar preços, padronizar ou racionalizar a produção, e estabelecer exclusividade de distribuição destinada a satisfazer necessidades conexas. Enfim, a tal comissão era encarregada à época de autorizar ou impedir operações empresariais com base na Defesa da Concorrência, que então se iniciara no Brasil.

Contudo, a Lei Malaia vigorou por pouquíssimo tempo (aproximadamente seis meses), sem sequer ser aplicada na prática. Foi revogada ao final da primeira Era Vargas. Porém, referido Decreto-Lei contribuiu fortemente para que, pela primeira vez, constasse no texto constitucional seguinte o combate ao abuso do poder econômico, conforme o art. 148 da CF/1946:

A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Referido artigo foi regulado pela Lei n. 4.137/1962, a partir do Projeto de Lei n. 122/1948 do então deputado Agamenon Magalhães, o mesmo autor da Lei Malaia. Após uma longa tramitação, a Lei n. 4.173/1962 passou a prever formas de abuso de poder econômico. Dentre elas, menciona: dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de ajuste ou acordo entre empresas; adquirir acervos de empresa ou qualquer forma de concentração de empresa; acumular direção de mais de uma empresa; criar dificuldades ao funcionamento de empresa; elevar sem justa causa os preços com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros; provocar condições monopolísticas ou especular de forma abusiva visando elevar temporariamente os preços por meio da destruição de bens de produção ou de consumo, dentre outras formas.

A Lei de 1962 também criou o CADE, agora sob a denominação de Conselho – que perdura até hoje – cuja atribuição é apurar e reprimir abusos do poder econômico. Além disso, por meio dessa Lei, conferiu-se ao agora Conselho as mesmas garantias e incompatibilidades dos membros do Poder Judiciário de modo a atribuir-lhes a independência necessária para analisar e julgar os casos envolvendo Defesa da Concorrência. Esses atributos se tornariam essenciais para propiciar a autonomia dos conselheiros, blindando-os de represálias, inclusive políticas.

Ocorre que entre as décadas de 1960 e 1990, a atuação do CADE foi inexpressiva. Isso porque, em decorrência da intervenção estatal na Economia, havia uma política pública de controle e reajuste de preços como, por exemplo, aquela advinda da atuação da SUNAB, criada no mesmo ano do CADE, em 1962, pela Lei Delegada n. 5.

O controle de preços foi prejudicial para a indústria nacional, além de propiciar a escalada inflacionária, dando azo também às reservas de mercado. Em um sistema de controle de preços, os agentes econômicos são automaticamente desincentivados a ingressar naquele mercado, dada a limitação de seus ganhos. É a tônica da racionalidade econômica. Um sistema de controle de preço é, portanto, claramente incompatível com a livre concorrência, que era para ser defendida pela Lei n. 4.137/1962.

A CF/1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, havia relegado espaço à Defesa da Concorrência como mero caracterizador do princípio da repressão ao abuso do poder econômico, ao lado do domínio dos mercados e do aumento arbitrário dos lucros.

O CADE começou a ganhar relevo em 1988, a partir da atual CF, que elevou a Defesa da Concorrência ao patamar de princípio constitucional (art. 170, IV).

Tercio Sampaio Ferraz Junior avalia:

Nesse quadro desagregador, a Constituição de 1988, ao disciplinar a matéria, trouxe elementos novos e, com isso, a ressurreição da lei antitruste numa nova perspectiva como uma peça fundamental no perfil jurídico do substrato econômico em vista de sua função social (RODAS, 2012, p. 64).

A par disso, a própria CF/1988, de cunho programático, era insuficiente para aplicar a Defesa da Concorrência em sua plenitude conforme princípio ali estatuído. Por isso, ela mesma acabou por prever a exigência de uma lei infraconstitucional que assegurasse a aplicação do princípio constitucional aludido, inclusive no contexto de política pública, conforme preceitua o art. 170, § 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”.

As décadas de 1980 e 1990 marcaram significativamente os brasileiros no campo econômico. Nos anos de 1980 o país enfrentava uma forte crise. Destacavam-se a recessão e a hiperinflação, ou seja, o aumento exorbitante, abrupto e incontrolável dos preços com a consequente perda do valor da moeda. Assim, exigia-se a liberalização da economia, até então marcada pelo forte intervencionismo do Estado como agente regulador e, em certas circunstâncias, até como *player*. Objetivava-se, portanto, a abertura do mercado brasileiro para o enfrentamento do processo inflacionário, na medida em que produtos externos pudessem competir com produtos nacionais de maneira a baixar o preço desses e resgatar o valor de compra ao cidadão. Dá-se início, então, à transformação do Estado brasileiro conforme a ordem econômica constitucional vigente, adotando-se uma economia de mercado. Trata-se da modificação do Estado interventor, até então atuante diretamente na economia como empresário ou fixador de preços, para se transformar em ator normatizador e regulador da atividade econômica, inclusive mediante fiscalização e incentivo. Foram extintos os órgãos de controle de preços e tabelamentos e teve início o processo de privatização, deixando o Estado de atuar como agente econômico.

Em uma economia aberta e com liberdade de preços, a concorrência torna-se o elemento responsável por garantir e estimular a competição entre as empresas pela preferência dos consumidores, limitando assim o abuso de poder econômico por meio do aumento de preços.

Dito isso, é dado o passo efetivo para a Defesa da Concorrência no Brasil, conforme ensina Coutinho do Nascimento:

Em 1990, o presidente Fernando Collor, ao assumir o governo, anunciou seu Projeto de Reconstrução Nacional, que incorporava uma concepção do que seria o Brasil moderno e das condições de realizar o saldo qualitativo da vida nacional. Embora com razoável dose de voluntarismo, o projeto continha sua faceta paradigmática ao reconhecer que uma economia de mercado e o inescapável processo de globalização exigiam certos padrões, traduzidos num conjunto de políticas. Dentre elas, surpreendentemente, e pela primeira vez em nossa história, listou-se, dentre as

propriedades de um projeto de governo, a questão da defesa da concorrência (FARINA *et al.*, 2012, p. 190).

O início do processo de liberação da economia em 1990 alavancou o caminho para a livre concorrência, permitindo a entrada de produtos importados no mercado nacional de modo a competir com os incumbentes, que começaram a perder mercado em prol do benefício à sociedade. Foi marcante a comparação do então Presidente da República dos automóveis nacionais às carroças, quando colocados lado a lado com os automóveis produzidos no exterior que começavam a ingressar no mercado nacional.

Nesse período, entraram em vigor as Leis n. 8.137/1990 e n. 8.158/1991. A primeira tinha por finalidade regular os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo; a segunda, por sua vez, instituir normas de Defesa da Concorrência, atribuindo à SNDE/MJ, criada por meio do Decreto n. 99.244/1990, a competência para reprimir abusos do poder econômico. Todavia, não houve a revogação da Lei n. 4.137/1962, fazendo com que CADE e SNDE/MJ funcionassem juntos em marcos normativos distintos: o primeiro no julgamento e a segunda na instrução dos casos envolvendo matéria concorrencial.

Em abril de 1993, foi encaminhado pelo então Presidente Itamar Franco ao Congresso Nacional um projeto que propunha a transformação do CADE em autarquia federal, além do aperfeiçoamento e da consolidação das normas sobre Defesa da Concorrência.

Após 13 meses de tramitação e discussões, entrou em vigor uma nova Lei de Defesa da Concorrência: a Lei n. 8.884/1994, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores, repressão ao abuso do poder econômico, aplicada, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional ou que produzam ou possam produzir efeitos, tendo a coletividade como titular dos bens por ela protegidos.

Uma das grandes vitórias trazidas pela Lei n. 8.884/1994 foi atribuir ao CADE natureza jurídica de autarquia, dando-lhe a necessária autonomia institucional e financeira para prevenir e reprimir infrações de ordem econômica.

A Lei n. 8.884/1994 atribuía muita relevância à eficiência econômica, carregando em seu contexto o controle das operações empresariais, ao mesmo tempo que reconhecia que a conquista de mercado resultante do processo natural fundado em maior eficiência do agente econômico não caracterizava ilicitude.

Além disso, com a Lei n. 8.884/1994, todas as operações entre empresas que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência (art. 54) passaram a ser de

notificação obrigatória ao CADE, com competência para julgar; à SDE/MJ – novo nome da SNDE/MJ – destinada a investigar e instruir o caso; e à SEAE/MF, com competência para emitir parecer econômico, a qual fora criada pela Medida Provisória n. 813/1995. A atuação conjunta desses três órgãos formou o SBDC. Dentro da competência do CADE estava a incumbência de analisar também as infrações da ordem econômica, depois de instruídas pela SDE/MJ e obtido parecer econômico da SEAE/MF.

Conforme a Lei de 1994, o mandato dos Conselheiros do CADE era de dois anos, permitida uma recondução por igual período, sempre com aprovação prévia do Senado Federal. Seis conselheiros e um Presidente formavam o tribunal do CADE.

Embora a Lei n. 8.884/1994 não tenha sido a legislação perfeita como, por exemplo, em função da larga abrangência do art. 54, que abarcava atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na denominação de mercados relevantes de bens ou serviços, durante toda a sua vigência notou-se grandes realizações no Brasil no campo da Defesa da Concorrência. Além disso, a Lei de 1994 contribuiu para que fosse efetivada uma economia de mercado no país.

Nos anos 2000 observava-se, porém, que a análise de operações sob o prisma concorrencial precisava ser mais célere e eficiente. Exemplo disso foram os casos de fusão entre Nestlé/Garoto¹ e Sadia/Perdigão², cujas análises pelas autoridades demoraram e, quando os resultados foram produzidos, acabaram sendo divulgados após a integração entre as empresas, deixando quase sem efeito as decisões do CADE, as quais foram judicializadas pelas companhias envolvidas.

Sobre a necessidade de atualização da Lei n. 8.884/1994 observa Vicente Bagnoli (2017, p. 327):

Na busca da adequada preservação do funcionamento da economia de mercado era necessária uma legislação eficaz de defesa da concorrência que atendesse aos anseios da sociedade e às necessidades de uma economia globalizada e dinâmica. As exigências do próprio mercado numa economia capitalista como a brasileira fazem com que o processo de socialização e a distribuição de benefícios da atividade econômica passe pelo mercado. Daí a necessidade de uma lei com atuação em prol do mercado concorrencial.

¹ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.001697/2002-89. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTYODL0dQJrH0em4COi5at7KHpCN-QV4eAxdRT24wf8S. Acesso em: 13 jul. 2020.

² CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.004423/2009-18. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnf7vHg-LR1QJXfFJHQI9-0XJs6lkY_5R147ul4sec_LK. Acesso em: 13 jul. 2020.

De fato, experiência relacionada à submissão a *posteriori* de operações empresariais a “vários balcões” (isso é, SDE/MJ, SEAE/MF, CADE, formando SBDC) e, algumas vezes, até em agências reguladoras atuando conjuntamente, quando fosse o caso, revelava-se incompatível com a necessidade de respostas mais rápidas para as operações. Além disso, era imperioso alinhar-se com o sistema de análise prévia adotado pela maior parte dos países, em especial, os mais desenvolvidos como os Estados Unidos e os países europeus. Assim, após algum tempo de discussões internas, o governo federal encaminhou ao Congresso Nacional, em 2005, o Projeto de Lei n. 5.877, que reestruturava o SBDC.

Em linhas gerais, as inovações trazidas pelo Projeto de Lei referido gravitavam em torno da unificação de órgãos do SBDC e da adoção do critério de análise prévia das operações empresariais. A parte relacionada às práticas anticompetitivas da Lei n. 8.884/1994 teve pouca alteração.

O Projeto de Lei n. 5.887 estruturou definitivamente o SBDC, que passaria agora a ser formado pelo CADE (assumindo as atribuições da SDE/MJ) e SEAE/MF, cabendo ao primeiro instruir e julgar as análises das operações empresariais e processos para apurar infração da ordem econômica, e, ao segundo, promover a Defesa da Concorrência, também conhecida como *advocacy*.

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 5.877 foi apensado à outra proposição semelhante, que já tramitava desde 2004 (PL n. 3937), de autoria do deputado Carlos Eduardo Cadoca.

Aprovado na Câmara em 2009, o Projeto de Lei original foi ao Senado onde passou a tramitar como PLC n. 06/2009. Nesse momento, dado o fortalecimento que se desejava empregar às instituições antitruste no país, é que se consagrou a alcunha “Supercade”, conforme destacou Celso Campilongo em artigo sobre a futura-nova Lei:

O SBDC – sigla antiga, agora reconhecida pela Lei 12.529, ganhou novos e importantes poderes. Daí, com algum exagero, falar-se em “Supercade”. Efetivamente, o novo desenho institucional do SBDC reforça a estrutura e os mecanismos de exercícios de suas importantes funções. Natural que, numa economia cada vez mais pujante, sejam fortalecidos os instrumentos de controle do abuso do poder econômico (FARINA *et al.*, 2012, p. 33).

O PLC n. 06/2009 foi aprovado pelos Senadores em 2010, retornando à Câmara para a última e definitiva votação, ocorrida no plenário, em 5 de outubro de 2011, tornando-se, então, a Lei n. 12.529/2011, que entrou em vigor em 29 de maio de 2012, imperiosa atualmente.

A Lei em questão trouxe profundas mudanças para a Defesa da Concorrência. Mais do que isso, foi um novo *boost* para a matéria no cenário jurídico, inclusive acadêmico. De fato, a nova Lei de Defesa da Concorrência de 2011 representou um certo renascimento da cultura antitruste no país. Por meio dela, foram criados os incentivos adequados para que os administrados começassem a perceber a importância dos efeitos positivos, diretos e indiretos decorrentes de uma concorrência vigorosa.

Com relação especificamente ao histórico do procedimento de Consulta, embora o Decreto-Lei n. 7.666/1945 tivesse criado o CADE, à época, sob forma de Comissão e não de Conselho conforme fora dito, não atribuiu ao administrado qualquer instrumento para que ele pudesse levar suas dúvidas à autoridade. De toda forma, isso acabou por não ser um problema grave, dada a curta vida do referido Decreto-Lei.

A Lei n. 4.137/1962, em sua redação original, repetiu a omissão da Lei Malalaia, embora em seu art. 18 tivesse mencionado a Consulta como processo indireto e *a posteriori* para o CADE fiscalizar a administração das empresas de economia mista, especificamente sobre sua gestão econômica e regime de contabilidade. Em outras palavras, a Consulta tinha uma finalidade muito diversa daquilo que se pensa e se observa nela atualmente.

Foi somente com a Lei n. 8.158/1991, art. 13, que introduziu alteração à Lei n. 4.137/1962, art. 74, que o procedimento de Consulta passou a ser previsto regularmente em seu § 5º. Transcreve-se, abaixo, a disposição completa:

Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;
- b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;
- d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no *caput*, quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 2º Incluem-se nos atos de que trata o *caput*, aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a

participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.

§ 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados.

§ 4º Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, a SNDE, na eventualidade de concluir pela sua não aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência pelo qual sejam eliminados os efeitos nocivos à concorrência que deles possam advir.

§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.

§ 6º Sem prejuízo das demais combinações legais, inclusive aquelas constantes do art. 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a abertura de processo na SNDE, para as providências de sua competência (grifo nosso).

O Decreto n. 36/1991, que regulou a Lei n. 8.158/1991, disciplinou o procedimento de Consulta, prevendo que a SNDE deveria solicitar à SNE/MEFP parecer técnico sobre o objeto em consulta, a ser oferecido em até 30 dias. Foi também pelo Decreto n. 36/1991 que se previu que a resposta à Consulta vincularia a autoridade, não comportando pedido de revisão, mas sendo passível de recurso administrativo. Foi a primeira vez que ocorreu o efeito vinculativo à administração.

A Lei n. 8.158/1991 foi revogada pela Lei n. 8.884/1994, revogando igualmente a Lei n. 4.137/1962. A Lei de 1994, por sua vez, manteve o procedimento de Consulta junto ao CADE nos seguintes termos:

Art. 7. Compete ao Plenário do CADE:

[...]

XVII – responder a consultas sobre matéria de sua competência.

Art. 59. Todo aquele que pretender obter a manifestação do CADE sobre a legalidade de atos ou ajustes que de qualquer forma possam caracterizar infração da ordem econômica poderá formular consulta ao CADE devidamente instruída com os documentos necessários à apreciação.

§ 1º A decisão será respondida no prazo de sessenta dias, prazo este sujeito a suspensão enquanto não forem fornecidos pelo interessado documentos e informações julgadas necessárias, não se aplicando ao consulente qualquer sanção por atos relacionados ao objeto da consulta, praticados entre o término deste prazo e a manifestação do CADE.

§ 2º O Regimento Interno do CADE disporá sobre o processo de consulta.

Todavia, o art. 59 acima fora revogado pelo art. 55 da Medida Provisória n. 542/1994, que depois de reedições e revogação por outra Medida Provisória (n. 681/1994), foi convertida na Lei n. 9.069/1995, que institui o Plano Real, de modo a simplesmente prever que o CADE poderia responder às consultas sobre acordos que importem em concentração econômica, na forma que dispuser seu Regimento.

Nos termos da Lei n. 8.884/1994, art. 7º, XVII, e art. 14, XVI, não afetados pela Lei n. 9.059/1995, competia ao Plenário do CADE responder às Consultas e à SDE/MF instruí-las. Note-se que se perdeu o caráter vinculativo das decisões do CADE no que tange às análises de Consultas, conforme fora introduzido pelo Decreto n. 36/1991.

Em seguida, a Lei n. 9.781/1999 fixou em seu art. 5º a taxa processual devida ao CADE no caso de Consulta. Por meio dos arts. 25 a 28 de seu Regimento Interno (Resolução CADE n. 10, de 29 de outubro de 1997, revogada pela Resolução CADE n. 42, de 10 de maio de 2006), o CADE regulou o procedimento de Consulta. Posteriormente, a disciplina foi completamente reformulada pela Resolução CADE n. 18, de 25 de novembro de 1988. Mais tarde, por meio de um novo Regimento Interno (Resolução CADE n. 45, de 28 de março de 2007), o CADE alterou o regramento ao procedimento de Consulta conforme seus arts. 102 a 107.

Antes dessa norma interna da autoridade, o CADE estava silente quanto à sua vinculação às decisões que viesse a proferir em sede de Consulta. Porém, a partir da Resolução CADE n. 45, passou a ser previsto, expressamente, que as decisões em qualquer outro procedimento de análise pelo CADE não estariam vinculadas às respostas proferidas pela autarquia em Consultas, conforme art. 103, parágrafo único. Evidentemente, essa disposição retirou os incentivos aos administrados em submeter suas dúvidas à autoridade antitruste, resultando em um número ínfimo de Consultas analisadas pelo CADE naquele período, representando um verdadeiro retrocesso em relação ao Decreto de 1991.

Assim, o que se destacou no procedimento de Consulta da Lei n. 8.884/1994 foi a sua baixa utilização. Os poucos casos apresentados à autoridade estavam relacionados à submissão de atos de concentração, isso em virtude da citada amplitude do art. 54, *caput* e do § 4º da Lei. O baixo aproveitamento do instituto também é explicado pela ausência de vinculação da autoridade quanto à sua resposta, o que gerava evidente desconforto pela insegurança jurídica e, mais ainda, pelo fato de que poderia se converter a Consulta em procedimento para investigação de infração da ordem econômica.

Por fim, a Lei n. 8.884/1994 foi revogada pela Lei n. 12.529/2011. O procedimento de Consulta não ganhou um capítulo próprio como havia na legislação anterior, porém, não deixou de ser previsto conforme a Lei n. 12.529/2011, arts. 9º, §§ 4º e 5º, e 23. Por meio deste último,

foi instituído o valor de R\$ 15 mil, como taxa processual incidente sobre o procedimento em estudo.

Atualmente, o procedimento de Consulta ao CADE é regulado pela Resolução CADE n. 12, de 11 de março de 2015, que resgatou o efeito vinculante, ainda que limitado por 5 anos, à autoridade administrativa, conforme será visto adiante.

O procedimento de Consulta sobre a matéria antitruste não nasceu juntamente com os primeiros esforços legislativos sobre Defesa da Concorrência, mas passaram a ser previstos com a evolução da matéria, revelando sua importância. Do mesmo modo, o efeito vinculante da resposta do procedimento de Consulta ao CADE passou por transformação, até ser novamente resgatado na contemporaneidade. O efeito vinculante da resposta ao procedimento de Consulta ao CADE pode ser entendido, também, como catalisador para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência na medida em que garante previsibilidade frente à norma posta, consagrando o comportamento que se espera, de modo a preservar o bem-estar social.

Além disso, é importante consignar que o efeito vinculante do CADE à sua resposta formulada no âmbito de um procedimento de Consulta junto ao CADE tem por finalidade primeira atribuir segurança jurídica, em especial, ao administrado, que poderá se apoiar em algo palpável para sua decisão empresarial, de modo que isso, na racionalidade econômica, gere incentivos para que a sociedade se valha cada vez mais do instituto.

1.3 O CADE na Lei n. 12.529/2011 – estrutura e competência

Como vimos, até 29/05/2012, a principal norma de defesa da concorrência depois da CF/1988 era a Lei n. 8.884/1994. Desde o dia 30/05/2012, passou a vigorar em substituição àquela a Lei n. 12.529/2011, para estruturar o SBDC e dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, tendo por orientação os mesmos ditames constitucionais invocados pela Lei anterior, ou seja, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º).

Como o bem-estar social é bem jurídico tutelado pela Lei n. 12.529/2011, sua titularidade repousa sobre a coletividade (art. 1º, parágrafo único). Isso significa dizer que lides privadas entre concorrentes, as quais atingem somente seus interesses enquanto competidores, não são abarcados na referida lei. É o fenômeno econômico da concorrência e seus efeitos que são legalmente preservados.

Considerando, então, uma economia de mercado na qual se funda o Estado brasileiro, os consumidores acabam sendo os verdadeiros titulares do bem jurídico tutelado. É o que pondera Cardin de Almeida ao comentar o art. 1º do referido diploma:

A coletividade costuma ser compreendida aqui por consumidor, sendo este, em última análise, o titular do direito de concorrência. Interpretando-se, assim, de maneira conjunta o *caput* e o parágrafo único deste art. 1º da Lei, poder-se-ia afirmar que a finalidade desta Lei (*caput*) é proteger seu titular – coletividade/consumidor (parágrafo único) de qualquer potencial dano à livre concorrência (ANDERS; PAGOTO; BAGNOLI, 2012, p. 7).

Curioso ressaltar, entretanto, que na experiência junto ao CADE não se costuma ver o consumidor tomar um papel tão ativo quanto se vê nos PROCONs Estaduais. Para além disso, não foram muitas as vezes em que se viu uma entidade representativa dos interesses dos consumidores atuar ativamente nos procedimentos junto à autoridade antitruste nacional. Porém, isso não retira a lógica de que são os consumidores os principais beneficiados pela proteção conferida pela Lei n. 12.529/2011.

A opção pelos interesses dos consumidores, não como objeto direto e imediato, mas como finalidade axiológica da proteção da concorrência decorre da aplicação dos princípios constitucionais, não se admitindo por tal razão a posição de alguns autores que, embora os reconheçam como um dos objetivos da disciplina antitruste, atribuem-lhe uma importância menor, secundária, constituindo apenas um objeto mediato (CARPENA, 2005, p. 259).

Também é interessante destacarmos como a Lei n. 12.529/2011 posicionou aqueles que estão submetidos a ela em seu contexto, ou seja, o escopo legal subjetivo. No seu art. 31, que integra as disposições gerais das infrações da ordem econômica, o legislador indicou que se sujeitam à lei concorrencial em comento as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, assim como quaisquer associações de empresas ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Deixando de lado a real constatação da cobertura muito ampla do art. 31, haja vista que a intenção do legislador foi, de fato, fazer submeter à lei concorrencial nacional qualquer pessoa ou organização atuante no mercado, exercente de alguma atividade econômica (empresa), cujos atos e operações possam prejudicar a dinâmica da concorrência, o ponto é que o escopo subjetivo poderia ter sido deslocado para a parte inicial do texto normativo, logo após a definição do âmbito geográfico (territorialidade), de modo a deixar mais claro que os sujeitos passivos são definidos em todas as funções do CADE e não somente quando se tratar de infrações da ordem econômica.

A Lei n. 12.529/2011 é aplicável às práticas cometidas ou às operações empresariais realizadas no todo ou em parte no território nacional ou àquelas que nele produzam ou possam produzir efeitos (art. 2º, *caput*). Isso significa que há um misto da aplicação do princípio da territorialidade, mediante aplicação da lei nacional às operações e práticas genuinamente brasileiras, que atinjam uma ou mais regiões, e da ingerência do normativo pátrio àquelas consumadas em qualquer outra parte do globo terrestre, mas que nessa situação tenham ao menos a potencialidade de produzir efeitos sobre a concorrência em território nacional. Essa última parte justifica a análise das autoridades do SBDC, em especial o CADE, com relação às práticas e operações de empresas transnacionais com sede ou que transacionam com o Brasil.

A aplicação extraterritorial da Lei n. 12.529/2011 decorre da chamada teoria dos efeitos, que é excepcional no Direito Internacional Público, pela qual a jurisdição dos países é primordialmente baseada nos princípios da territorialidade e da nacionalidade (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 45).

A Lei n. 12.529/2011 estruturou o SBDC que, como vimos, é um conjunto de órgãos administrativos federais interligados e que se relacionam com o objetivo de promover a Defesa da Concorrência. Nos termos da lei vigente (art. 3º), os órgãos que compõem o SBDC são o CADE, autarquia federal com sede em Brasília, e vinculada ao Ministério da Justiça, e a SEAE, que fora extinta e a partir dela criadas duas novas secretarias: a SEPRAC/MF e a SEFEL/MF, conforme o Decreto n. 9.266/2018, ambas ligadas ao Ministério da Fazenda – somente a primeira delas é focada no *competition advocacy*.

De toda forma, a tutela da concorrência vai além do SBDC e seus órgãos. A Advocacia Geral da União, os Ministérios Públicos estaduais e federal, as agências reguladoras, os próprios cidadãos (consumidores) e as empresas são partes legítimas na Defesa da Livre Concorrência.

O CADE é o principal órgão do SBDC. É responsável por instruir (investigar, coletar provas) e julgar os processos administrativos envolvendo questões concorrenciais. Não é um órgão do Poder Judiciário, mas é uma entidade judicante que profere decisões vinculantes (art. 4º). Seus principais órgãos são o Tribunal, a SG/CADE e o DEE/CADE (art. 5º).

Seguindo-se a mesma estrutura vinda desde a Lei n. 4.172/1962, o Tribunal é formado por um Presidente e mais seis Conselheiros (art. 6º). Todos devem ser escolhidos pelo Presidente da República entre cidadãos com mais de 30 anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. Após a nomeação do Presidente da República, os indicados são submetidos a uma sabatina do Senado Federal, quando, então, se aprovados, recebem mandato de até 4 anos, vedada a recondução (art. 6º, § 1º). Os cargos do Tribunal são de dedicação exclusiva, ressalvadas as exceções constitucionais (art. 6º, § 1º).

A fim de prestar a garantia de autonomia para o desenvolvimento das suas funções, o Presidente e os Conselheiro do CADE só perdem o mandato em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irreversível por crime doloso, ou de processo disciplinar, por infringência de quaisquer das vedações previstas na Lei n. 12.529/2011, art. 8º e, ainda, automaticamente, se faltarem a mais de três reuniões ordinárias consecutivas ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Plenário (art. 7, *caput* e parágrafo único).

É vedado aos Conselheiro, inclusive ao Presidente: I. receber a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários percentagens ou custas; II. exercer profissão liberal; III. participar na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; IV. emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; e V. manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentença de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério (art. 8º).

Findo o mandato, os seus membros estabelecem quarentena de 120 dias, de modo que lhes é vedado representar qualquer pessoa, física ou jurídica, perante o SBDC. Durante a quarentena, o Presidente e os Conselheiros recebem a mesma remuneração dos cargos os quais ocupavam (art. 8º, § 1º).

É de competência do Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições: a) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; b) decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela SG; c) aprovar os termos do compromisso de cessão de prática anticompetitiva e de acordo em controle de concentração, além de determinar a fiscalização do cumprimento deles; d) apreciar processos administrativos de análise de operações empresariais, fixando, quando entender conveniente e oportuno, regular acordos (art. 9º).

Além disso, compete ao Tribunal expressamente – e somente a ele – responder às Consultas formuladas, objeto desta dissertação, mediante o pagamento de taxa, e devidamente instruídas para apreciação (art. 9º, § 4º).

As decisões do Tribunal Administrativo são sempre tomadas por maioria; deve haver na sua composição um mínimo de 4 membros, sob pena de interrupção de todos os prazos processuais no âmbito do CADE até que tal número seja reestabelecido (art. 6º, § 5º). O Tribunal só pode deliberar com um quórum mínimo de 3 membros (art. 9º, § 1º).

As decisões do Tribunal não são passíveis de revisão pelo Poder Executivo (art. 9, § 2º), mas podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de direito, conforme art. 5º, XXXV, da CF. Nessa esteira, muito se discute atualmente sobre a falta de especialidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões concorrenciais. Muitas dessas discussões vão para além da existência ou não de conhecimento técnico e repousam sobre a avaliação se a decisão do CADE é um ato discricionário ou vinculado. Por isso, registrou-se um certo preconceito sinalizando que o Poder Judiciário não adentrava no mérito das decisões da autoridade antitruste, mas se preocupava em referendar – ou não – se questões procedimentais, de forma, como o acesso a provas ou, enfim, os princípios do contraditório e da ampla defesa haviam sido obedecidos pelo órgão da administração. Sobre este ponto, por exemplo, Salles Cristófar, ao analisar a natureza jurídica das decisões do CADE, avalia:

Ainda que muitas vezes as decisões do CADE dependam de conhecimentos técnicos específicos, isso não as torna discricionárias, ou seja, o CADE está obrigado a observar de forma estrita a Lei, não decidindo com base em juízo de conveniência e oportunidade. As decisões do CADE estão sujeitas a controle judicial não apenas em seus aspectos formais, mas também em seus aspectos materiais. (RODAS, 2018, Livro 1, p. 78).

Mas o preconceito tende a ser vencido. Primeiro porque mais e mais ações questionando o próprio mérito das decisões do CADE têm sido submetidas ao Poder Judiciário. Por sua vez, os juízes federais, competentes para julgar ações envolvendo o CADE nos termos do art. 109, I da CF, têm se preparado quanto à matéria. A Defesa da Concorrência, inclusive, passou a ser assunto de concurso de provas e títulos para o ingresso na magistratura da Justiça Federal. Por isso, o próprio CADE reconhece que o Poder Judiciário se tornou um ator crucial na consolidação da política pública de Defesa da Concorrência no Brasil (CADE, 2010, p. 20).

A SG/CADE, por sua vez, não é um órgão inferior em hierarquia ao Tribunal, mas detém competência funcional diferente, de maneira a fazer com que o CADE funcione com eficiência. A SG/CADE é comandada por um Superintendente-Geral, indicado pelo Presidente da República entre cidadãos com mais de 30 anos de idade, notório saber jurídico ou econômico, reputação ilibada, devendo ser aprovado em sabatina junto ao Senado Federal; terá um mandato de 2 anos, permitida a recondução por um único período subsequente (art. 12, §§ 1º e 2º). O Superintendente-Geral conta com o auxílio em suas funções de dois Superintendentes-Gerais Adjuntos escolhidos por ele (art. 12, § 7º).

Ao Superintendente-Geral aplicam-se todas as regras sobre impedimento, perda de mandato, substituição, vedações e quarentena aplicáveis aos Presidente e aos Conselheiros do Tribunal do CADE (art. 12, § 3º).

São atribuições da SG/CADE, dentre outras: a) acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações de ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar informações e documentos, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso; b) promover, em face dos indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo ou inquérito administrativo para apurar infrações à ordem econômica, podendo arquivar os autos do inquérito ou do procedimento preparatório, caso decida pelas insubsistência dos indícios analisados; c) instaurar e instruir processo administrativo para impor sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apurar operações empresariais não submetidas previamente à autoridade antitruste, processo administrativo para análise concorrencial de operação empresarial, processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenir, apurar ou reprimir infrações à ordem econômica; d) recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, bem como remeter ao Tribunal, para julgamento, os procedimentos administrativos instaurados quando entender configurada infração da ordem econômica e, ainda, quando aprovar com restrições, com celebração de acordo ou impugnar uma operação empresarial analisada (art. 13).

Infelizmente, a SG não participa sequer da instrução do procedimento de Consulta junto ao CADE. Ela é apresentada diretamente ao Tribunal. Isso é, a nosso ver, um grande desperdício de conhecimento técnico acumulado ao longo do exercício funcional da SG/CADE, que é a área do órgão antitruste na qual se processa o maior número de casos, tanto de análise de operações quanto de análise de práticas empresariais.

Auxiliando tanto a SG/CADE como o Tribunal nas questões técnico-econômicas, funciona também junto ao CADE o DEE, comandado por um Economista-Chefe, nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal do CADE, dentre brasileiros com reputação ilibada e notório conhecimento econômico (art. 17). O Economista-Chefe não detém mandato, porém, lhe é permitido participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto (art. 18, parágrafo único).

Funciona também junto ao CADE a PROCAGE, procuradoria especializada em executar a representação judicial e extrajudicial do órgão, como, por exemplo, na execução das

decisões do Tribunal, verificar o cumprimento de acordos celebrados com a autoridade antitruste e emitir pareceres (art. 15).

A PROCADE é comandada por um Procurador-Chefe, nomeado pelo Presidente da República, dentre os cidadãos brasileiros com mais de 30 anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada. Após aprovação do Senado Federal, o Procurador-Chefe terá mandato de 2 anos, permitida sua recondução em um único período (art. 16, *caput* e parágrafo único).

O Ministério Público Federal também tem seu lugar reservado junto ao CADE. Compete ao Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público, designar membro do *parquet* Federal para, na função de *custos legis*, inclusive emitir parecer nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator (art. 20). A Lei n. 12.529/2011 empregou enorme desburocratização ao delimitar a atuação do Ministério Público Federal somente no que concerne às condutas e não às operações empresariais, como era previsto pela Lei n. 8.884/1994, que exigia a participação de membro do *parquet* em ambos os procedimentos.

Dissecadas a estrutura e a competência do CADE, é chegado o momento de descrevermos a forma de atuação ou as funções do referido órgão. Isso porque é sobre elas que se escoram o procedimento de Consulta como forma de se antecipar a possíveis decisões da autoridade antitruste advindas de sua função. Por se tratar de atuação como atividade da autoridade que ao mesmo tempo decorre de função legal, adotar-se-á as expressões atuação ou função como sinônimos.

Dito isso, passamos, a partir de agora, também a empregar as denominações técnicas e legais adequadas ao que até aqui chamamos de “operações empresariais” e “práticas”. Logo, tais termos serão tratados como “atos de concentração” e “condutas anticoncorrenciais” ou “infrações da ordem econômica”, pois é isso que, efetivamente, são objeto da atuação ou funções do CADE e, em última análise, para o fim do presente estudo, do procedimento de Consulta.

Para mantermos a construção do conhecimento-base propiciado pelo presente capítulo, esclarecemos o que se entende por atos de concentração. Eles dizem respeito às operações societárias ajustadas entre agentes econômicos e/ou seus grupos, outrora independentes entre si, de maneira que gerem união dos centros decisórios das partes, propiciando vínculos estruturais de natureza estável, ainda que provisoriamente (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, p. 60).

Condutas anticoncorrenciais ou infrações da ordem econômica, por sua vez, podem abarcar um número sem fim de atos empresariais, inclusive contratos, isolados ou conjugados, sendo tão numéricos quanto for a genialidade humana para criá-los, não importando a forma como são exteriorizados no mundo fático ou se produzem – ou tem a mera potencialidade de – acarretar prejuízos à concorrência, aumento arbitrário dos lucros ou geração de domínio de mercado. Portanto, uma conduta anticoncorrencial, ou infração da ordem econômica, é qualquer prática da empresa no mercado que acarrete os efeitos referidos.

Conjugando as definições acima, o CADE realiza a Defesa da Concorrência, basicamente, por meio de três formas de atuação (também chamadas de funções do CADE): (i) a atuação ou função preventiva, ou seja, por meio do controle de estruturas, isto é, pela análise dos atos de concentração econômica submetidos ao SBDC; (ii) atuação ou função repressiva, que se dá por meio de apuração e punição das condutas anticoncorrenciais ou infrações à ordem econômica; e (iii) atuação ou função educativa: disseminação do conhecimento sobre os benefícios da Defesa da Concorrência, como também por meio da edição de guias. Essa última função não será aprofundada nesta pesquisa, embora tenha sua reconhecida importância. Ressalte-se que a SEPRAC/MF é o órgão designado para a *advocacy*.

Na atuação ou função preventiva, ou seja, no controle de estruturas, compete ao CADE analisar, atualmente de forma antecipada, ou seja, antes da produção de qualquer efeito, se determinado ato de concentração econômica tende a ocasionar a diminuição do nível de concorrência. Tal situação poderia derivar de efeitos semelhantes ao de uma estrutura de mercado sob monopólio ou oligopólio, pelo lado da oferta, ou de monopsônio ou oligopsônio, pelo lado da demanda, ou, então, a partir da geração de posição dominante que propiciasse, então, poder de mercado a agente econômico de modo que dele pudesse abusar em relação a concorrentes e consumidores. Ambas as situações poderiam redundar na redução do bem-estar social. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho (2002, p. 143) acentua que muito mais do que entender a mediação do poder de mercado, é necessário determinar a sua existência e sua forma de manifestação, pois o direito antitruste não sanciona o poder de mercado, mas o poder de mercado estruturado (em forma de monopólios e oligopólios ou monopsônios ou oligopsônios), que prejudica concorrentes e consumidores.

Na atuação ou função sobre o controle de condutas, compete ao CADE, como agente sancionador, baseado no seu poder de polícia conferido pelo legislador, reprimir qualquer ato ou ação de agentes econômicos considerado ilícito concorrencial, ou seja, uma violação à livre concorrência. Para ser considerada uma violação à livre concorrência, tecnicamente designada infração da ordem econômica, o ato ou ação do agente econômico deve ter objeto, ou ao menos

ter a possibilidade, de produzir alguns efeitos, quais sejam: 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.

Após entendermos as funções do CADE e suas particularidades, será possível abstrair a funcionalidade e, principalmente, a finalidade do procedimento de Consulta, que é conferir ao administrado a chance de antecipar-se a uma eventual investigação da autoridade antitruste, exercida dentro daquelas funções, seja para apurar um ato de concentração celebrado e que não fora notificado ao SBDC, seja para saber se uma conduta em andamento ou planejada infringira o princípio da livre concorrência sendo, então, passível de ser considerada uma infração da ordem econômica. Em ambas as situações, evitar-se-ia, por meio do procedimento de Consulta, consequências negativas previstas em lei.

Portanto, não é errado afirmar que a Consulta também serve (tem funcionalidade) para evitar consequências negativas (penalidades) das funções do CADE e, de forma oblíqua, garantir efetividade às normas de Defesa da Concorrência, no sentido de manter ou aumentar o benefício social decorrente da competição intensa entre os agentes de mercado.

1.4 Conceitos importantes para a compreensão das funções do CADE – mercado relevante, posição dominante e poder de mercado

Como notamos da sessão anterior, alguns conceitos técnico-econômicos permeiam as funções do CADE. Essa é uma das características – nem positiva nem negativa – quando se mistura Economia e Direito. São elementos funcionais, especializados, pois são inevitáveis para a compreensão da matéria. Sem o domínio adequado deles torna-se incompreensível a atividade do órgão antitruste e, por conseguinte, o entendimento de uma Consulta ao CADE. Por isso, serão abordados agora os principais desses conceitos: mercado relevante, posição dominante e poder de mercado.

O primeiro conceito técnico-econômico importante a ser apreciado é o de mercado relevante. A expressão decorre da aplicação, no Brasil, do vocábulo em inglês *relevant market*, um verdadeiro anglicismo. Seu sentido é o de delimitar o objeto (produto) e o campo (espaço geográfico) sobre os quais determinados agentes econômicos competem entre si.

É a partir do mercado relevante que será possível identificar o tamanho da participação nele detida por uma empresa ou conjunto de empresas, de maneira a indicar a existência de outros dois conceitos técnico-econômicos igualmente importantes, ou seja, a posição dominante e o poder de mercado, que serão estudados mais adiante.

Conforme mencionamos, o CADE também tem função educativa. Assim, compete ao CADE disseminar conhecimentos sobre a Defesa da Concorrência e, como parte desse mister, editar guias para orientar os administrados. Um dos mais utilizados na prática antitruste é o Guia de Análise de Concentração Horizontal (também chamado de “Guia H”). Por meio dele, o CADE (2016, p. 13) aponta que a delimitação do mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidade e qualidade, dentre outras.

Sérgio Varela Bruna (1997, p. 80), com perfeição, resume todo o conceito de mercado relevante:

Eis a gênese do conceito de *mercado relevante*, termo que constitui um anglicismo, decorrente da tradução literal da palavra *relevant*, cujo sentido, do contrário de *relevante*, não é o de *importante* (ou *que tem relevo*), mas sim o de *pertinente* ou *correspondente*. Assim, mais do que o *mercado importante*, o conceito de mercado relevante denota algo como *mercado relativo*, ou *mercado pertinente*, no qual os produtos dele integrantes são, em conjunto, objeto da concentração de ofertas e procuras que caracterizam a própria noção econômica de mercado. Destarte, o mercado relevante é aquele que se compõe de produtos concorrentes.

A definição de um mercado relevante comporta duas dimensões: a de produto e a geográfica. Na primeira, analisa-se se determinados bens e serviços, considerados pelo consumidor (demanda), são substituíveis entre si. São considerados diversos fatores, como o perfil dos clientes (renda, idade, sexo, educação etc.), a natureza ou as características dos produtos, além de preços e qualidade. Na dimensão geográfica, ainda pelo lado da demanda, delimita-se até que área os consumidores estão dispostos a se locomoverem para buscar os bens e serviços oferecidos. Aqui são avaliados hábitos de compra, transporte, localização das empresas e de seus consumidores.

A definição de um mercado relevante se dá tanto na dimensão produto como geográfica, também pelo lado da oferta, observando-se a capacidade de outras empresas começarem a produzir e oferecer a mercadoria em questão na área considerada, além do incentivo de custo que teriam para distribuir até uma determinada localidade seus produtos e serviços.

Para auxiliar nessa definição de mercado relevante utiliza-se o Teste do Monopolista Hipotético, que vai sendo aplicado repetidas vezes até que se equipare o mercado relevante ao menor grupo de produtos e à menor área geográfica necessária para que um ofertante único hipotético esteja em condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preço. Em outras palavras, o monopolista hipotético deve ser capaz de sustentar a lucratividade mantendo esse pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preço,

sem sucumbir à pressão dos concorrentes (ou seja, de outros *players* baixarem os preços de seus produtos substituíveis, mesmo que pertencentes a outras localidades), que no jogo de disputa de mercado tenderiam a reduzir seus preços, fazendo com que o monopolista hipotético também reduza o seu, não sustentando mais sua estratégia lucrativa.

Não é uma questão trivial definir um mercado relevante. Muitas vezes, é um tema deixado em aberto nas análises do CADE, se for constatado, de plano, que o caso em apreço não tem impacto concorrencial relevante. A par disso, não seria de todo infrutífero ou estranho se um Consulta versasse apenas sobre a definição de um mercado relevante, dada a complexidade dessa tarefa, e desde que não houvesse jurisprudência administrativa a respeito, o que é raro. Atuantes em mercados novos e emergentes, como os de pagamentos digitais e de tecnologia, poderiam utilizar desse instrumento na definição de mercado relevante para melhor decidirem sobre o desenvolvimento de estratégia empresarial futura.

Uma vez determinado o mercado relevante, passamos à identificação da parcela dele que é detida pelo agente econômico envolvido ou resultante da análise de um ato de concentração. Estamos a falar aqui, portanto, do *market share*, ou seja, a fração do mercado de um agente econômico, normalmente adotando-se como *proxy* de medida o seu faturamento.

A identificação do *market share* é imprescindível para se verificar a posição dominante e, depois, o poder de mercado de um agente econômico.

Conforme a Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 2º, presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou um grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante. Este percentual poderá ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Sobre esse artigo, é válido trazeremos, inicialmente, a lição de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 137):

Para ser capaz de distorcer unilateralmente a competição, uma empresa precisa ter um certo porte, que pode ser traduzido em uma participação de mercado relativamente elevada. De fato, empresas de pequeno porte geralmente não conseguem afetar por si mesmas as condições de mercado. Assim, a Lei n. 12.529/2011 estabelece a presunção relativa de que empresas com participação de mercado igual ou superior a 20% do mercado relevante são detentoras de posição dominante, de acordo com o mesmo art. 36, § 2º.

Trata-se de presunção *iuris tantum*, que pode ser afastada pelo próprio CADE, caso entenda que, apesar da participação de mercado elevada, a empresa não tem capacidade de alterar unilateralmente as condições de competição. Assim, a Lei reconhece que a participação de mercado elevada é uma condição necessária, mas não suficiente, para definir a existência de posição dominante.

Portanto, a posição dominante nada mais é do que uma presunção legal, relativa, de que se um agente detém uma significativa parcela de *market share* (>20%), teria *ab initio* condições de agir de forma a controlar o respectivo mercado reduzindo a produção ou aumentando os preços de modo a manipular os efeitos decorrentes da oferta e da procura.

A posição dominante é uma qualificação para o poder de mercado, pois não é possível confundir esses dois conceitos. Assim, por exemplo, se uma empresa detém o primeiro pode não deter o segundo, em que pesem vozes contrárias, como Roberto Domingues Taufik (2017, p. 244) que identifica a existência de dois critérios, um abstrato e outro concreto, trazidos na Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 2º:

O critério abstrato está no controle de 20%, ou mais do mercado relevante. Trata-se de critério ajustável – em geral, para cima – em razão de o Cade verificar se 20% de participação seriam suficientes, em tese, para dominar um mercado. É absolutamente possível que determinada sociedade tenha posição dominante com *share* de 20%, ou menos – em geral, em mercados pouco concentrados ou atomizados/pulverizados. Contudo, é essa mesma pulverização que torna possível questionar se a participação relativamente baixa de mercado não é resultado de elevada elasticidade-preço da demanda e, portanto, da baixa fidelidade do consumidor a determinado *player* – o que afastaria a existência de poder de mercado.

O critério concreto representa a verificação empírica de que um agente é capaz de alterar unilateralmente, ou coordenadamente as condições de mercado (“sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado”). Ora, trata-se da efetiva aplicação da definição de poder de mercado, que nada mais é que a capacidade de influenciar o comportamento do mercado. Não há, portanto, presunção de poder de mercado, mas a sua aferição. Nesse caso, o trabalho do CADE estará em verificar se houve abuso da comprovada posição dominante.

É claro que a análise concreta tem primazia sobre a abstrata: caso determinado agente tenha baixa participação de mercado, mas consiga influir no comportamento do mercado pelo exercício da sua atividade econômica, consta-se que ele detém sim, poder de mercado.

De toda sorte, o conceito de posição dominante não se confunde, pois, com o de poder de mercado. Embora o primeiro possa levar ao segundo, isso não ocorre necessariamente. A posição dominante está relacionada diretamente ao tamanho da participação de mercado, e só é alvo de atuação do CADE se o detentor dessa condição abusar (revelando seu poder) dela prejudicando o mercado (BAGNOLI, 2017, p. 304). Basta a definição do mercado relevante e, depois, das suas participações a partir de uma *proxy* adequada (geralmente o faturamento da empresa) para se definir se há ou não posição dominante.

Entretanto, o poder de mercado, advindo de uma empresa ou grupo de empresas que detenham posição dominante, só pode ser identificado a partir de análises econômicas (ex. existência de barreiras a entradas, impossibilidade de contestação por via de importação, existência de efetiva rivalidade), reveladoras de que aquela empresa ou grupo de empresas

analisadas detêm poder suficiente para agir ignorando a concorrência, ou seja, poderiam aumentar preços ou reduzir produção sem se preocupar com a reação de outros *players* atuantes no mesmo mercado, sem comprometer lucro em função de eventual perda de parcela de mercado. Nesse sentido, é clássica a definição de poder de mercado decorrente da posição dominante, gravada eternamente na literatura antitruste por Paula A. Forgioni (2010, p. 278):

A posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar em um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis do mercado.

Em suma, é a partir da existência do poder de mercado que se verificam eventuais abusos, que poderiam prejudicar ou até eliminar a livre concorrência em um determinado mercado. De forma pragmática, podemos dizer que o poder de mercado seria percebido na situação hipotética em que um determinado agente econômico pudesse estabelecer seus preços a níveis monopolistas e assim mantê-los, ainda que seus concorrentes reduzissem os deles próximo ao nível de custo. Ou, ainda, aquele mesmo agente de mercado pudesse ter a capacidade de reduzir ou aumentar a sua produção, independente da capacidade produtiva dos seus concorrentes, proporcionando oscilação de preços de forma artificial em função da manipulação da oferta e da procura. Desse modo, seja na primeira ou na segunda situação, a estratégia seria vantajosa de maneira a não afetar os lucros (sobrep preço) do agente com poder de mercado. Logo, percebe-se que tal agente agiria em completa ignorância à ação dos seus concorrentes, fazendo com que adotassem comportamentos não desejados (ex.: saída do mercado, aumento ou diminuição de preço). Isso seria possível em razão de diversos fatores como captura e *lock in* de uma quantidade enorme de consumidores, seja por fidelidade à marca, ao produto, ou praticando meios ilegítimos, inclusive, por meio de restrição de concorrentes a canais de distribuição e a fornecedores, daí revelando o abuso.

Calixto Salomão Filho (2002, p. 95 e 96) nos ensina sobre a identificação do poder de mercado a partir de conceitos marginalistas:

Imagine-se a situação em que uma empresa representa praticamente a produção total do mercado. A empresa tem, então, influência sobre o preço. A curva de demanda é decrescente em função a do preço oferecido. Mas, se a curva de demanda é decrescente, a receita marginal é necessariamente inferior ao preço. Isso porque, a não ser que o produtor possa diferenciar entre os consumidores (e no modelo mais simples se pressupõe que ele não pode), ele é obrigado a reduzir o preço de todos os produtos para poder vender uma quantidade maior. Assim, o seu prejuízo se reflete no preço de cada produto, e a receita agregada por cada unidade a mais vendida (a receita marginal) é inferior ao preço (diferença entre ambos representa exatamente a perda em relação ao preço de todo o volume por ele produzido).

Aí está a explicação do sobrepreço obtido pela empresa com poder no mercado. O comportamento racional do agente é sempre igualar custo marginal e receita marginal. Isso porque, como visto acima, antes desse ponto, qualquer unidade a mais produzida lhe proporciona aumento de receita total. Ocorre que existindo agente ou agentes com poder no mercado (por hipótese, em situação de monopólio), o preço será necessariamente maior que a receita marginal (que, por sua vez, é bastante próxima, mas não idêntica ao preço em concorrência perfeita). O preço obtido por esse “comportamento racional” será, portanto, necessariamente superior ao preço vigente na situação de concorrência perfeita.

Essa descrição econômica do comportamento dos agentes com poder no mercado pode ser entendida de maneira muito mais simples. É, na verdade, intuitiva. Se o agente sabe que pode influenciar os preços, procurará necessariamente encontrar a combinação de quantidade e preço que lhe proporcione o maior lucro.

Para não pairar dúvida, poder de mercado é poder econômico. Trata-se da capacidade de fazer agentes econômicos se comportarem segundo a vontade daquele que o detém, e de forma diversa se houvesse concorrência perfeita. Não se trata só de controle de preços, pois também pode estar relacionada à qualidade e à quantidade de um produto (VARELLA BRUNNA, 1995, p. 105).

Embora não se tenha visto, desde a entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011, até o momento, um procedimento de Consulta junto ao CADE para tratar apenas sobre a verificação ou não de poder de mercado, isto é, sendo esse o objeto imediato do procedimento, não nos parece absurdo que assim possa existir. Ora, é possível existir diversas estruturas de mercado e diversas formas de comportamentos dos seus agentes, itens indispensáveis à análise do poder de mercado, que tornam turva a situação para efeito de diagnóstico e, principalmente, para uma estratégia futura de um empreendedor. Com efeito, mesmo havendo agentes com grandes participações de mercado, revelando sua posição dominante (> 20% de *market share*), os comportamentos dos consumidores, influenciados por normas de reguladores, ou dados da própria estrutura de um mercado pulverizado, não possibilitariam àqueles exercer qualquer poder de mercado. Logo, uma Consulta ao CADE nesse sentido seria elucidativa para práticas comerciais futuras, como campanhas de fidelidade por um dos agentes envolvidos naquela forma peculiar de mercado.

De qualquer forma, para se propor um procedimento de Consulta ao CADE, nenhum desses conceitos (mercado relevante, posição dominante e poder de mercado), embora extremamente úteis e que, certamente, serão utilizados durante a análise, são obrigatórios. Talvez, pudesse sê-lo de modo a provocar na autoridade concorrencial algum incentivo para corrigir ou confirmar os dados apresentados pelo administrado nesse sentido, de modo a facilitar as suas decisões futuras e de toda a sociedade que se vale do resultado da Consulta quando tornado público. Afinal, como se pôde perceber, tais conceitos são inevitáveis para a atuação

do CADE; além disso, tudo o que se busca com um procedimento de Consulta é evitar o desfecho negativo (aplicação de multas) para os administrados.

1.5 Os atos de concentração

O direito concorrencial pode ser, por si só, um celeiro de dúvidas. Trata-se de ramo complexo das ciências jurídicas. Conforme explicitado, a relação entre Direito e Economia faz surgir diversas variações de resultados quando aplicados sobre as iniciativas empresariais.

Na prática concorrencial, há duas fontes das quais jorram uma quantidade enorme de inquietações ao administrado, as quais justificam a própria existência de um procedimento de Consulta junto ao CADE. São elas: os atos de concentração e as condutas anticompetitivas ou infrações da ordem econômica. Destarte, por diversas vezes, nem mesmo os advogados mais experientes atuantes no antitruste conseguem orientar com segurança seus clientes sobre qual caminho seguir, ou seja, se é mesmo um ato de concentração que deve ser apresentado – ou não – ao CADE, ou se uma prática comercial em análise seria – ou não – uma conduta anticoncorrencial, que poderia ser enquadrada como infração da ordem econômica e, assim, passível de punição. O máximo que tais militantes conseguem indicar nessas situações é uma probabilidade de o CADE ter interesse ou não na estratégia do seu cliente e, assim, sugerir submissão de uma Consulta à autoridade antitruste.

A ideia de uma Consulta ao CADE não é, portanto, responder a toda e qualquer questionamento meramente conceitual da seara da Defesa da Concorrência. Nem poderia sê-lo para não desvirtuar a autoridade de sua missão principal que é proteger a livre concorrência pelas suas funções preventiva e repressiva e, de certa forma, também a educativa. Reserva-se esse papel de explicar conceitos à doutrina especializada e à jurisprudência administrativa da autoridade antitruste construída ao longo da sua história e, ainda, utilizando-se desse arsenal todo, aos profissionais que militam na área.

Adentrando às fontes de Consulta junto ao CADE, os atos de concentração são objeto de função preventiva do CADE relacionada ao controle de estruturas. Diversamente da Lei n. 8.884/1994 – que trazia em seu art. 54, *caput*, um conceito muito aberto dos atos de concentração que seriam objeto de controle de estruturas ao impor que deveria ser submetido à autoridade aqueles que, sob qualquer forma manifestados, pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens

ou serviços – a Lei n. 12.529/2011, art. 90, por sua vez, buscou traçar parâmetros mais objetivos e claros ao prever que são atos de concentração quando as situações abaixo estiverem presentes:

I. 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II. 1 (uma) ou mais empresas adquiram, 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; IV. ou 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, sendo que todos esses últimos, quando destinados a licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, não serão considerados atos de concentração.

Para registro, não podemos ignorar também a técnica de ampliação de espectro do legislador de 1994 ao acrescentar no § 3º do art. 54 que seria também ato de concentração de submissão obrigatória ao CADE aquele que visasse a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implicasse em participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões.

Por muito tempo, na égide da Lei n. 8.884/1994, a verificação do critério de faturamento acabou sendo, na prática, o único elemento realmente observado pelo administrado para decisão de submeter ou não um ato de concentração à análise do CADE.

De toda forma, a iniciativa de esclarecimento da Lei atual foi válida em relação a certas operações empresariais, mas ainda assim persistem certas dúvidas diante da vasta criatividade humana, dificultando a compreensão do que deve – ou não – ser levado ao conhecimento da autoridade antitruste. Isso porque a questão ganha ainda mais pressão e relevo ao se ter ciência de que, também por força da Lei n. 12.529/2011, o sistema de análise da lei anterior, que permitia a produção de efeitos da operação antes da sua avaliação pela autoridade concorrencial e, na verdade, previa somente multa de intempestividade baseada em UFIRs se o ato de concentração não fosse submetido ao CADE em até 15 dias úteis da data da assinatura do primeiro documento vinculativo, passou a prever que o controle dos atos de concentração será prévio. Aqueles que seriam alvo do controle de estruturas do CADE não poderiam ser consumados ou produzir efeitos antes de apreciados definitivamente pela autoridade, sob pena de nulidade, com imposição de multa pecuniária de valor não inferior a R\$ 60 mil nem superior a R\$ 60 milhões, a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo (Lei n. 12.529/2011, art. 88, § 3º). Nos termos da legislação atual, caso

as partes não aguardem a autorização prévia e definitiva do CADE e comecem a trocar entre si informações concorrencialmente relevantes ou a permitir produção de efeitos relativos à consumação da operação (ex.: integrar áreas e equipes, apresentarem-se como uma só etc.), ocorre o que se passou a chamar no jargão antitruste de *gun jumping* (“queimar a largada”, em tradução livre).

A análise de ocorrência de *gun jumping* depende de um criterioso exame dos fatos, atualmente levado a cabo por meio de um procedimento específico, denominado APAC e previsto na Resolução CADE n. 24, de 8 de julho de 2018. Não é uma questão trivial e, sabendo disso, o CADE registra em seu Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica (CADE, 2015):

Deve-se destacar também que, por suas próprias características, eventual prática de *gun jumping* deve ser sempre analisada e verificada conforme as particularidades de cada caso, não sendo possível fazer generalizações em abstrato que sejam aplicáveis a todas as situações.

Portanto, o objetivo da nova dinâmica da Lei n. 12.529/2011 de submissão prévia de atos de concentração à autoridade foi de preservar ao máximo o ambiente concorrencial entre as empresas celebrantes de um ato de concentração até que o CADE avalie se a operação trará risco para a concorrência no mercado relevante afetado por ela, relativamente à criação ou reforço de uma posição dominante que tem potencialidade de fazer com que seu titular possa abusar do poder decorrente de tal posição. A adoção desse sistema fez com que o Brasil se alinhasse aos modelos de análise dos países desenvolvidos, como os Estados Unidos e aqueles pertencentes à União Europeia e, ainda, permitiu que as decisões da autoridade nacional se tornassem mais eficazes, evitando o que ocorria na égide da Lei n. 8.884/1994, ou seja, quando a autoridade emitia parecer final às empresas requerentes da análise de um ato de concentração, elas já estavam integradas. Por isso, Fernando de Magalhães Furlan, ex-Presidente do CADE, sobre a substituição do modelo de controle posterior para o modelo prévio apresenta:

O argumento mais simples a favor do controle prévio seria o de que ele é adotado pelas principais economias, tendo o Brasil, de outra parte, por companhia o Egito e o Paquistão na utilização do sistema de análise posterior. Um argumento a favor da análise prévia seria o de que as outras duas instâncias mais importantes também o adotam, a saber: A Diretoria Geral da Concorrência da União Europeia e os Estados Unidos da América, por meio da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça e da *Federal Trade Commission* (MARQUES GILBERTO, CAMPILONGO e GIRADELLI VILELA, 2011, p. 176).

Na nova sistemática da Lei n. 12.529/2011, conforme parágrafos anteriores, o CADE tem prazo legal de 240 dias para analisar um ato de concentração, prazo este que, se estendido, poderá chegar até um período máximo de 330 dias. Se o CADE não decidir nesse prazo, ocorrerá a aprovação automática da operação apresentada.

Não há dúvidas de que nos termos da Lei n. 12.529/2011, devem ser previamente submetidas à análise do CADE, sob pena de incorrer em *gun jumping*, como dissemos, operações nas quais duas ou mais empresas unem seus centros decisórios, recursos e estruturas, formando um novo agente econômico (fusão) ou quando uma ou mais empresas absorvem outra ou outras, sendo a absorvida completamente extinta (incorporação) ou, ainda, quando duas ou mais empresas celebram consórcio, *joint venture* e contrato associativo. Nesses últimos três casos (consórcio, *joint venture* e contrato associativo), quando destinados à participação em licitações promovidas pela Administração Pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, são excluídos da necessidade de submissão prévia ao CADE (Lei n. 12.529/2011, art. 90, parágrafo único). Essa isenção decorre de grande preocupação do legislador em não travancar o desenvolvimento de grandes empreendimentos pelo Estado, como aqueles decorrentes do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC).

Quando se trata de celebração de contrato associativo, uma novidade trazida pela Lei n. 12.529/2011, ou de contrato que vise adquirir, 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, as dúvidas do administrado se tornam mais presentes, fazendo-se útil o instrumento Consulta junto ao CADE caso não se encontre resposta na doutrina e na jurisprudência da referida autoridade.

Especificamente no que tange à compra ou à permuta envolvendo partes de uma empresa, inclusive por meio de aquisição de títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações em bolsa ou não (participações societárias), o CADE logo se adiantou a sanar possíveis dúvidas que certamente embasariam diversas Consultas, por meio de sua Resolução CADE n. 2, de 29 de maio de 2012, alterada posteriormente pela Resolução CADE n. 9, de 1º de outubro de 2014, para assegurar direcionamento ao administrado ao prever:

Art. 9º. As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei n. 12.529/11 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:
I – Acarretem aquisição de controle, unitário ou compartilhado;
II – Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de *minimis* do artigo 10.

Parágrafo único. Não são de notificação obrigatória as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador unitário.

Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:

I – Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida;

b) Aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

II – Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social;

b) Última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida.

Parágrafo único. Para fins de enquadramento de uma operação nas hipóteses dos incisos I ou II deste artigo, devem ser consideradas: as atividades da empresa adquirente e as atividades das demais empresas integrantes do seu grupo econômico conforme definição do artigo 4º dessa Resolução.

Art. 11. A subscrição de títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações é de notificação obrigatória quando, cumulativamente:

I – a futura conversão em ações se enquadrar em alguma das hipóteses dos artigos 9º ou 10 desta Resolução; e

II – o título ou o valor outorgar ao adquirente o direito de indicar membros dos órgãos de gestão ou de fiscalização ou direitos de voto ou veto sobre questões concorrentialmente sensíveis, excetuados os direitos já conferidos por lei.

§ 1º Para fins do inciso I deste artigo, calcular-se-á a quantidade de ações adquiridas caso a conversão fosse hipoteticamente exercida na data da subscrição.

§ 2º Em se tratando de oferta pública de títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, a sua subscrição independe da aprovação prévia do Cade para consumação, mas fica proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados aos títulos ou valores adquiridos até a aprovação da operação pelo Cade.

§ 3º A notificação da operação de subscrição de títulos ou valores mobiliários com base nos critérios do artigo 11 afasta a necessidade de notificação da sua conversão em ações.

No que tange aos contratos associativos, por sua vez, o CADE demorou um pouco mais para tentar sanar as compreensíveis dúvidas, demora essa que explica a quantidade de Consultas no período inicial de vigência da referida lei. Tratava-se de elemento novo, não mencionado sequer na Lei n. 8.884/1994, nem mesmo numa interpretação mais rigorosa e abrangente do art. 54, § 3º, justificando a inquietude e a provocação da autoridade para se obter um direcionamento.

A primeira tentativa de esclarecimento do significado de contrato associativo foi feita com a Resolução CADE n. 10, de 29 de outubro de 2014, pela qual considerou-se ser associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 anos em que houvesse cooperação

horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretassem, entre as partes contratantes, relação de interdependência. Isso ocorreria sempre que: I – nos contratos em que as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato fosse igual ou superior a 20%; ou II – nos contratos em que as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detivessem 30% ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, e ainda desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições: a) o contrato estabelecesse o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes; b) do contrato decorresse relação de exclusividade.

Ainda para efeito da Resolução CADE n. 10 seriam considerados contratantes as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos. Por fim, os contratos com duração inferior a 2 anos deveriam ser notificados quando, mediante sua renovação, o período de 2 anos for atingido ou ultrapassado.

Posteriormente e valendo até os dias atuais, sobreveio a Resolução CADE n. 17, de 18 de outubro de 2016, para disciplinar o que se deve entender por contrato associativo. Conforme referida Resolução, consideram-se associativos os contratos (i) com duração igual ou superior a dois anos, (ii) que estabeleçam empreendimento comum para a exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente, (iii) estabeleçam o compartilhamento dos riscos e dos resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto, e (iv) as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

A citada Resolução CADE n. 17 define “atividade econômica” como a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo – neste último caso, a atividade deve, pelo menos em tese, poder ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.

Manteve-se da Resolução CADE n. 10 a instrução de se considerar “parte contratante” não apenas aquela diretamente envolvida no negócio, mas seus respectivos grupos econômicos, bem como o dever de submeter à autoridade contratos com duração superior a 2 anos (ou por prazo indeterminado) ou, se em prazo inferior a 2 anos, tal prazo venha a ser atingido ou ultrapassado.

Mesmo com o regramento do CADE, a figura do contrato associativo ainda é hoje uma incógnita em face da diversidade de estratégias que os empreendedores podem estabelecer. São, portanto, objeto de algumas Consultas à autoridade antitruste. Isso porque, a depender das disposições, parcerias simples, isso é, antes não preocupantes para efeito concorrencial, podem ser considerados “contratos associativos” para submissão prévia à autoridade antitruste. Isso se

aplica também a meros contratos de distribuição e de prestação de serviços, que a depender das suas cláusulas, podem ser enquadrados na Resolução CADE n. 17 e, assim, serem atos de concentração de notificação prévia e obrigatória.

O fato é que o enquadramento de operações sob a alcunha de contrato associativo ainda tem bastante potencial de despertar diversas Consultas junto ao CADE, mesmo após a entrada em vigor da Resolução CADE n. 17, conforme será demonstrado no capítulo terceiro.

De toda forma, mesmo que se tenha noção clara sobre um ato de contratação em espécie, conforme exposto nos parágrafos acima, ainda há que se ponderar que nem todos eles são de submissão prévia e obrigatória ao CADE. Isso porque há de se conjugar outro critério, no caso, o de faturamento, previsto na Lei n. 12.529/2011, art. 88. Logo, se uma empresa, cujo grupo econômico faturou, no Brasil, mais de R\$ 750 milhões no último ano fiscal, celebra com outra empresa, cujo respectivo grupo econômico, no mesmo período, também no Brasil, faturou mais de R\$ 75 milhões, qualquer operação que se enquadre em uma das espécies do art. 90 da referida Lei, antes mencionadas, as partes serão responsáveis por apresentar essa operação à análise prévia do CADE e não poderão consumir qualquer dos seus efeitos sem antes obterem sua aprovação final.

A questão do cômputo do faturamento para efeito de análise do atingimento dos *triggers* da Lei n. 12.529/2011, art. 88, I e II, não é algo trivial uma vez que compreende a noção de grupo econômico das partes diretamente envolvidas na operação. Assim, ela foi tratada pelo CADE na sua Resolução n. 2/2012, com redação atualizada conforme a Resolução CADE n. 9/2014, nos seguintes termos:

Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei n. 12.529/11, cumulativamente: (Redação dada pela Resolução n. 09, de 1º de outubro de 2014)

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§ 2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente (Redação dada pela Resolução n. 09, de 1º de outubro de 2014)

I – o grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas (Redação dada pela Resolução n. 09, de 1º de outubro de 2014);

II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante (Redação dada pela Resolução n. 09, de 1º de outubro de 2014);

§ 3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos

fixados no artigo 88 da Lei n. 12.529/11, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos (Redação dada pela Resolução n. 09, de 1º de outubro de 2014).

Note-se que a disposição acima, embora tenha méritos de tentar elucidar a questão sobre o cômputo do faturamento do grupo econômico para efeitos de atingimento dos *triggers* de submissão ao CADE, ainda carrega consigo dúvidas práticas como, por exemplo, a identificação de controle externo e o envolvimento de fundos de investimentos em participações, que em muitas situações exercem preponderante ingerência sobre as suas investidas, sem ter por base participação societária relevante, conforme os arranjos permitidos legalmente. Mas quanto às operações praticadas por fundo de investimento, consigne-se que houve uma tentativa de se excluir as suas operações do conceito de ato de concentração, conforme era o objetivo do Projeto de Lei n. 3.937/2004, que acabou não sendo contemplado na redação final da Lei de Defesa da Concorrência de 2012. Segundo o Projeto de Lei, aquisições de participação societária para mero efeito de investimento temporário não seriam caso de ato de notificação de submissão prévia e obrigatória à autoridade antitruste. Se tivesse sido emplacada tal propositura, isso ajudaria o ambiente de negócios e investimento, embora, provavelmente, tenha sido necessário a normatização pelo CADE para se chegar a uma orientação do que seria investimento temporário.

Porém, o fato é que, conforme reflete Caminati Anders:

Em que pesem os recentes esforço identificados na jurisprudência do CADE para diminuir a incerteza com relação à distinção entre aquisições de participação minoritária que representem meros investimentos financeiros e operações que configuram atos de concentração, há, ainda, insegurança jurídica com relação a esse tema que poderia ser reduzido se prevalecesse no texto final da nova Lei de Defesa da Concorrência o dispositivo legal acima mencionado (MARQUES GILBERTO, CAMPILONG, GIRARDELLI VILELA, 2011, p. 154).

Uma vez identificados todos os pontos acima (espécie de ato de concentração e critério de faturamento dos grupos econômicos das partes diretamente envolvidas), submete-se a operação ao crivo da autoridade concorrencial mediante preenchimento de um formulário próprio, que poderá ser mais ou menos exigente quanto a dados e informações das partes, da operação e do mercado, de acordo com a complexidade do arranjo sob avaliação. A análise das informações pode seguir um rito sumário, mais simples, ou ordinário, mais complexo.

Importante destacar que nos termos da Lei n. 12.529/2011, art. 88, § 7º, o CADE pode, a seu exclusivo critério, no prazo de um ano a contar da consumação de um ato de concentração, requerer a submissão de qualquer um que não tenha, eventualmente, se enquadrado nos critérios de faturamento dos incisos I e II constantes do art. 88, *caput*. Muito se discute atualmente se

essa faculdade compreende somente operações que não atingiram o critério de faturamento ou se seria qualquer outro tipo de concentração não especificamente elencada no art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência. Na nossa opinião, textualmente, aplica-se para operações que não atenderam ao critério de faturamento. A hipótese de outros tipos de atos de concentração, não previstos no art. 90, que é rol taxativo (*numerus clausus*), não tem guarida. Também é importante ressaltar que operações enquadradas nessa situação de extraordinário conhecimento pela autoridade concorrencial podem ser “chamadas” à análise por meio de APAC. Contudo, nesse caso, não há que se falar em *gun jumping*, não estando as partes passíveis de multa, nulidade da operação e até abertura de processo para apuração de infração da ordem econômica, em razão de eventual acesso ou troca de informações concorrencialmente sensíveis, pois se trataria de operação que não se enquadraria no critério de faturamento da Lei n. 12.529/2011, art. 88 e, mesmo assim, exercendo a faculdade legal, a autoridade antitruste nacional resolveu conhece-la para analisar o mérito em função do seu impacto a mercados locais ou regionais, por exemplo.

Embora seja extremamente interessante – e tentador – nos debruçarmos sobre cada uma das fases de um processo de análise de um ato de concentração, que se inicia com a definição de mercado relevante, segue para identificação de poder de mercado e avaliação da probabilidade de se utilizar tal poder, e pode chegar na identificação de eficiência econômica do ato para, posteriormente, obter-se o resultado, isso não será objeto de análise na presente dissertação em razão de se distanciar demais do foco de concentração desta pesquisa. Contudo, consignamos que o CADE, para esse mister, utiliza-se do Guia H, já mencionado. Para aplicá-lo, no entanto, a autoridade antitruste pondera:

ACs podem gerar efeitos negativos e positivos simultaneamente. Entre os efeitos negativos de uma concentração, por um lado, é possível mencionar os seguintes: elevação de preços aos consumidores; diminuição da quantidade, de qualidade e/ou de variedade de produtos ou serviços a um dado preço; contração do ritmo de inovações com relação aos níveis que vigoravam antes da operação. Por outro lado, é possível também que exista uma série de efeitos positivos específicos da operação, tais como: eventuais incrementos de produtividade e competitividade derivados dos ganhos de eficiência específica da operação; melhorias na qualidade dos produtos; maior diversidade de produtos, introdução de uma tecnologia melhor, etc.

Cumpra ao Cade verificar se os efeitos negativos do AC não superam seus efeitos positivos. Ou seja, se o resultado líquido for não-negativo para os consumidores, haverá condições de aprová-lo.

Não é possível definir, *a priori*, se a concentração será benéfica ou prejudicial, sendo necessária a análise específica caso a caso, com a ponderação das eficiências específicas da operação *vis-à-vis* seus efeitos negativos derivados de uma maior probabilidade do exercício do poder de mercado. Trata-se da condição de efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico dos consumidores.

Podemos entender, pela redação da Lei n. 12.529/2011, art. 88, § 5º, que todos os atos de concentração nascem com certa previsão de aprovação. Somente serão proibidos aqueles que impliquem em eliminar parte substancial da concorrência no mercado relevante sob o qual incide a operação, ou que possam criar ou reforçar uma posição dominante (ou seja, aquele acréscimo percentual de 20% de *market share*) ou, ainda, possa resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Na prática, ocorre o seguinte: se um ato de concentração, após sua análise técnica, não gerar problemas concorrenciais, ele será aprovado sem restrições. Por outro lado, se o ato de concentração tem, ao menos potencial de prejudicar a concorrência no mercado relevante envolvido na operação, ele pode ser reprovado ou aprovado com restrições – são os chamados “remédios”.

Importante destacar que embora um ato de concentração venha a diminuir a concorrência, criar ou reforçar a posição dominante de um agente, ou resultar na dominação de mercado, pode ser autorizado nos termos da Lei n. 12.529/2011, art. 88, § 6º, ou seja, ainda pode ser aprovado pelo CADE desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico. II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da operação. Tal disposição teve clara influência da Escola de Chicago, que prezava pela eficiência econômica do ato de concentração, ou seja, ainda que haja algum grau de diminuição da concorrência ou geração de aumento de poder de mercado, as eficiências geradas (aumento de produtividade ou competitividade, melhoria de bens e serviços ou desenvolvimento tecnológico), com possibilidade desses benefícios serem repartidos com o consumidor, recomenda a autorização da operação.

Mas a aprovação também pode decorrer da aplicação ou da imposição de remédios pela autoridade concorrencial, ou seja, condições estruturais ou comportamentais exigidas pelo CADE para que se alcance os objetivos indicados nos referidos dispositivos legais. De uma forma geral, conforme lecionam Vinicius Carrasco, João M. P. de Melo e Paulo Orestein (RODAS, 2012, p. 54), os remédios estruturais, por definição, alteram a estrutura da firma pós-fusão; os remédios comportamentais são restrições impostas à firma pós-fusão em sua atuação.

Essas condições, que podem ser venda de ativos, inclusive de uma operação toda, abstenção de adquirir outras empresas por um determinado período e aumento de índices de qualidade, são também chamadas de remédios e podem obedecer a um guia específico do CADE denominado “Guia de Remédios Antitruste”.

Amanda Flavio de Oliveira, em obra sobre o tema, centraliza o debate:

Os “remédios antitruste”, assim compreendidos os instrumentos previstos em lei para obtenção do valor da preservação da livre concorrência, dentro desse contexto, devem ser classificados como formas de intervenção do Estado no domínio econômico, ou de ação estatal no mercado, na modalidade indireta. Sua existência, seus limites e seus objetivos, conduto, para serem legítimos, devem ter fiel observância às normas da Constituição Econômica de 1988.

Os remédios antitruste, tais como os conhecidos “remédios” constitucionais ou “remédios processuais” têm como finalidade última a contenção de um abuso de poder, ou retificação de uma ação em desconformidade com o ordenamento jurídico. Os “remédios jurídicos em geral buscam, portanto, sanar dano a bem jurídico, retificar comportamentos. Da mesma forma, os remédios antitruste são medidas ou instrumentos previstos em lei para a conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos, sanando o dano à livre ocorrência, que se configura e/ou adequando o comportamento em desconformidade com a lei a esta (OLIVEIRA, MACHADO RUIZ, 2011, p. 18-19).

Os chamados remédios antitruste também podem ser objeto de negociação junto à autoridade de defesa da concorrência por meio de ACC.

Por fim, faz-se necessário, no contexto do estudo sobre atos de concentração, abordar o conflito de competência entre BACEN e CADE envolvendo operação celebrada no âmbito das instituições financeiras.

É imperioso fixar a relevância da questão para se entender o que está em jogo, ou seja, quais os pontos de vista das autoridades e o porquê da divergência entre elas. Aqui temos um conflito entre dois valores: de um lado, a manutenção da estabilidade do SFN de modo a se evitar o efeito sistêmico decorrente da quebra de uma instituição sobre a outra e, de outro lado, a concorrência efetiva entre os *players* desse mesmo mercado da qual poderia gerar bem-estar social.

Nesse sentido, Jorge Fagundes analisa:

[..] deve-se destacar a existência de uma especificidade do setor bancário e dos atos de concentração nele ocorridos. Trata-se da possibilidade de que tais atos gerem benefícios sociais ao reduzirem o risco sistêmico, ou seja, o risco de que as dificuldades financeiras de uma determinada instituição acabem produzindo efeitos negativos sobre a situação de outros bancos, dadas as inter-relações financeiras entre todos os componentes do sistema bancário, provocando um colapso do sistema financeiro.

Aliás, nesse sentido, é importante notar que, no setor bancário, nem sempre a maior concorrência leva ao aumento do bem-estar social: o excesso de competição entre bancos pode, pelo contrário, gerar posturas agressivas que induzam a operações de maior risco, com aumento da instabilidade do sistema. Não por outro motivo, o sistema bancário está submetido à regulação prudencial, sendo alvo de preocupações das agências reguladoras no que tange à estabilidade financeira (MARANHÃO; CERQUEIRA CESAR, 2012, p. 70).

A discussão iniciou-se sob a égide da Lei n. 8.884/1994 e não foi tratada pela Lei n. 12.529/2011, embora toda a cealuma estivesse instalada. À época, o tema era latente tanto no

Poder Judiciário como no meio acadêmico. Realmente, o legislador de 2011 perdeu uma grande oportunidade de encerrar o assunto.

Atualmente, a discussão encontra-se pacificada e, de certo modo, até datada, mas vale um breve panorama a respeito, até porque, em tese, poderia ter sido objeto de procedimento de Consulta ao CADE por alguma instituição financeira, embora isso não tenha ocorrido visto que seria facilmente previsível a resposta da autoridade antitruste.

O caso teve origem no desfazimento de uma *joint venture* entre o antigo Banco de Crédito Nacional, adquirido pelo Banco Bradesco, em 1997, com a Alliance Capital, no que tange a operações envolvendo fundos de investimento³. Não que esse desfazimento da *joint venture* entre Bradesco e Alliance Capital em si tivesse sido o cerne do debate, até porque a referida operação foi apresentada pelo Bradesco ao CADE, já que a Alliance Capital não era uma instituição financeira. O problema foi que a autoridade concorrencial brasileira, no âmbito do desfazimento da *joint venture* mencionada, determinou que o Bradesco submetesse à análise de estrutura a aquisição do Banco de Crédito Nacional, ocorrida em 1997, inclusive, apontando para a multa de intempestividade prevista na Lei n. 8.884/1994.

O Bradesco não acatou a decisão do CADE e propôs ação judicial alegando que aquele órgão não detinha competência para analisar estruturas no âmbito do SFN, competindo tal mister apenas ao BACEN.

Em janeiro de 2001, o então membro da AGU e, atualmente, Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, emitiu parecer definindo que a competência para a análise de ACs entre instituições financeiras seria exclusivamente do BACEN, sem concorrência de qualquer outro órgão, inclusive o CADE. O parecer propugnava que todo órgão da Administração Pública deveria obedecer a tal decisão⁴.

Porém, ainda em 2001, o CADE, na análise do AC entre Banco Finasa, Brasmetal e Zurich⁵, entendeu não estar vinculado ao parecer da AGU por ser uma autarquia, logo,

³ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.002381/2001-23. Data de registro: 12-04-2001. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQHWdFrwfugH3JBCr6LZvbKPVoEvvNhsqZfLwyzw5dVL. Acesso em: 27 ago. 2020.

⁴ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Consolidação de Pareceres Vinculantes**. Jan. 2020. Disponível em:

<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/Consolidacaodepareceresvinculantesatualizacaoam08.pdf>, p. 34. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁵ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.006762/2000-09. Data de registro: 13-12-2000. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBccUWhrCNGDknM_F56i9dILnOxHX7ggUXTW-x-8dyBaVi. Acesso em: 28 jul. 2020.

vinculado à administração indireta e possuir conselheiros independentes. O CADE reafirmou essa sua posição, em dezembro de 2002, no caso BNP Paribas/Inter American Express⁶ por ele analisado.

Uma primeira tentativa de apaziguar o cenário acima ocorreu em 2005, por meio de um Convênio firmado entre CADE e BACEN; porém, em agosto de 2007, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que CADE e BACEN têm funções complementares, ou seja, o primeiro analisa questões de concorrência e, o segundo, as questões de equilíbrio prudencial e sistêmico.

Em setembro de 2009, a AGU elaborou um novo parecer (02/2009/MP/CGU/AGU) para reafirmar a competência do BACEN. Sem prejuízo, em agosto de 2010, o CADE aprovou as operações Itaú/Unibanco⁷ e BB/Nossa Caixa⁸ demonstrando que não estava disposto a ceder nessa questão. Todavia, em agosto de 2010, o STJ decidiu, por maioria apertada, que o BACEN era competente isolado para analisar as operações envolvendo o SFN. O CADE, então, recorreu ao STF, que teve seu recurso negado pelo Ministro Dias Toffoli por entender que a questão não envolvia matéria constitucional e já fora decidida no âmbito do STJ.

Atualmente, não há mais que se falar sobre a existência de um conflito de competência entre BACEN e CADE para a análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras como fora suscitado. Em 2018, as duas autoridades celebraram um Memorando de Entendimento pelo qual estabelecem a prioridade do BACEN na análise quando se tratar de uma operação que considera o risco sistêmico. Depois de submissão à consulta pública, entrou em vigor o ato normativo conjunto do CADE e BACEN (Resolução CADE n. 22) para disciplinar como deve ocorrer a análise de operações envolvendo instituições financeiras. Em resumo, nos termos desse ato normativo conjunto, será autorizado às autoridades compartilhar informações para os fins de suas respectivas atividades e realizar reuniões para discutir questões que exijam medidas a serem tomadas por essas autoridades. Esse ato normativo conjunto

⁶ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.004499/2002-77. Data de registro: 04-07-2002. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd0bPZZYFCVObXfbvf2G8ERG5UmvQOTKtBbfbBlz3jGv Acesso em: 28 jul. 2020.

⁷ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.011303/2008-96. Data de registro: 24-11-2008. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnSexfTBsxdHUIJ_vOJetxiP085CuksK9PMQ9Wek7bpO Acesso em: 28 jul. 2020.

⁸ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.011736/2008-41. Data de registro: 10-12-2008. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnRLLWUQOEfg71ORSF4eTBZyIe0yW23qP-qTj98zz9410 Acesso em: 28 jul. 2020.

também estabelece que as transações envolvendo instituições financeiras deverão ser submetidas a análises independentes de cada uma dessas autoridades. Em casos envolvendo risco ao sistema financeiro, o Banco Central aprovará a transação e o CADE será vinculado por essa aprovação devendo adotar a mesma decisão do Banco Central como fundamento. O CADE e o Banco Central também deverão cooperar com os procedimentos administrativos do CADE em relação a condutas anticoncorrenciais realizadas pelas instituições financeiras. No que tange às condutas anticompetitivas praticadas no âmbito do SFN, o CADE continua competente para investigá-las, devendo o BACEN colaborar com a autoridade antitruste no quesito técnico afeto ao mercado financeiro.

Portanto, para operações entre instituições financeiras, obedecidos certos requisitos, o Banco Central do Brasil (BACEN) é mais um balcão, pois analisa as condições concorrenciais, conforme a Circular n. 3.590 e alteração posterior e a Carta-Circular n. 22.366/2012, ambas de 29 de maio de 2012 (ou seja, entraram em vigor no mesmo dia em que começou a ter efeito a Lei n. 12.529/2011).

De um certo tempo para cá, portanto, e de modo geral, as duas autoridades, com competências distintas, mas complementares, têm mantido colaboração amistosa e profícua que tem a sociedade como o maior beneficiário dessa interação. Contudo, um ponto de melhoria poderia ser alguma forma de unificação dos “balcões” quando se tratar de análise de um ato de concentração envolvendo instituições financeiras. A nosso ver, há espaço para um único procedimento apresentado em uma única “casa”, ainda que a análise ocorresse pelas duas simultaneamente e preservando a divisão estabelecida no ato normativo conjunto. Isso redundaria em eficiência e economia operacional e transacional para instituições financeiras, melhorando o ambiente fiscalizatório e, mais ainda, propiciando uma interação mais corrente entre duas autoridades.

1.6 As condutas

Tão instigante quanto a primeira, a segunda fonte de Consultas junto ao CADE é riquíssima. Nela, em regra, não há que se falar mais em operações societárias, que geram a união de centros decisórios, outrora autônomos, das partes celebrantes, representando fusões, aquisições, incorporações, *joint ventures*, consórcios ou parcerias – essas desde que preenchidos determinados requisitos previstos em regulamento do CADE –, as quais são alvo do controle de estruturas, decorrente da função preventiva da autoridade antitruste, conforme estudado acima.

Agora, iniciaremos uma reflexão sobre a base de um sem número de práticas ou ações, que podem ser manifestadas de várias maneiras e serem adotadas por empresas com a finalidade ou com a mera potencialidade de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência, dominar mercados relevantes de produtos ou serviços, abusar de posição dominante ou aumentar arbitrariamente os lucros. Essas práticas ou ações são também conhecidas no meio antitruste como condutas anticompetitivas ou anticoncorrenciais, mas tecnicamente são definidas como “infração da ordem econômica”, tratadas na Lei n. 12.529/2011, Título V.

Nos termos do art. 31 da Lei, podem cometer infração da ordem econômica e, assim, sujeitar-se a severas punições, pessoas naturais e jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações ou entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sobre regime de monopólio geral. Como há de se saltar aos olhos, é extremamente abrangente a responsabilidade subjetiva ativa sobre a infração da ordem econômica, ou seja, quem pode cometê-la. Nesse sentido, pessoas naturais que tenham participado da influência de adoção de condutas anticoncorrenciais, além de sociedades em geral, de qualquer tipo, com ou sem personalidade jurídica, cooperativas, federações e confederações, associações profissionais, comerciais e de classe, sindicatos, ou qualquer tipo de organização, inclusive internacionais com atuação no território brasileiro, com ou sem fim lucrativo, fundações e, ainda, autoridades governamentais estão sujeitas à lei referida. Com relação às autoridades governamentais, entretanto, Paula Forgioni (2010, p. 110) argumenta que elas não estão passíveis de enquadramento na lei antitruste quando da implementação de políticas públicas:

A Lei n. 8.884/94 volta-se à disciplina de condutas de agentes econômicos no mercado, não incidindo sobre a implementação de políticas pelos poderes públicos. Isso significa que a Administração, ao desempenhar suas funções (= deveres/poderes), não está sujeita ao mesmo tratamento que as normas antitruste dispensam aos agentes econômicos que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito. Repita-se: a Administração está sujeita às limitações da Lei Antitruste apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como Administração Indireta, de atividade econômica em sentido estrito.

No que tange ao tipo de responsabilidade atribuída ao cometimento de uma infração da ordem econômica, a Lei n. 12.529/2011, em seus arts. 32 e 33, determina que a empresa e seus dirigentes ou administradores respondam solidariamente. Esses últimos, porém, de forma individual. Mas havendo empresas ou entidades integrantes de um mesmo grupo econômico, seja ele de fato ou de direito, serão todas elas solidariamente responsáveis, mesmo que somente uma delas pratique a infração da ordem econômica.

A Lei n. 12.529/2011, em seu art. 34, possibilita a desconsideração da personalidade jurídica do responsável pela infração da ordem econômica. Claramente, isso só deve ocorrer na impossibilidade de haver outro mecanismo que possibilite a reparação de todo o dano antitruste ou, então, haja incapacidade de se atingir tal fim. Para isso, deve ser provado que houve abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou ainda, violação dos atos constitutivos da pessoa jurídica. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

É comum que determinadas condutas anticompetitivas configurem não só infração da ordem econômica, nos termos da Lei n. 12.529/2011, punível por meio de processo administrativo levado a cabo pelo CADE, mas também, outro delito previsto em legislação diferente. Por exemplo, a prática de cartel, além de punível pelo CADE, também pode configurar crime nos termos da Lei n. 8.666/1993, art. 90. Nessa hipótese, são diferentes os bens jurídicos tutelados: no primeiro caso, o fenômeno da concorrência e, no segundo, o erário. Embora as ações talvez sejam as mesmas, ou seja, frustrar o caráter competitivo da licitação mediante, por exemplo, conluio com outro licitante, a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei (Lei n. 12.529/2011, art. 35).

A Lei n. 12.529/2011, em seu art. 36, traz o núcleo no que tange à disciplina das condutas anticoncorrenciais:

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.

Alguns elementos importantes para a configuração de uma infração da ordem econômica podem ser extraídos do dispositivo transcrito. O primeiro deles diz respeito ao tipo de responsabilidade envolvida. É que o cometimento de uma conduta anticompetitiva prescinde de culpa, em qualquer das suas modalidades, ou seja, não há que se falar ou comprovar ter o agente econômico infrator agido com negligência, imprudência ou imperícia. Não é, portanto, uma reponsabilidade subjetiva dele, mas, sim, objetiva. Logo, basta a comprovação da autoria e do nexu causal, ou seja, o liame subjetivo que liga o autor à sua conduta.

O segundo elemento observável é como se exterioriza a infração da ordem econômica. Nesse aspecto, uma conduta anticoncorrencial pode ser manifestada por qualquer forma, verbal

ou não verbal, por exemplo. Isso significa dizer que, para existir, a ação anticompetitiva não precisa estar materializada em papel ou qualquer outro suporte físico. Basta que haja a ação em questão e ela tenha sido praticada por alguém. O suporte é uma questão de meio de prova, razão pela qual atas, livros, fotografias, gravações, *e-mails* e todos os demais documentos, físicos ou digitais, inclusive conversas gravadas em aplicativos de mensagens, são admitidos como meio de se provar a ocorrência de uma infração da ordem econômica, que veio ao mundo pela autoria de alguém e sob alguma forma, verbal ou não. Isso permite-nos dizer que o ilícito anticompetitivo pode assumir a forma intangível, como, por exemplo, uma conversa ilícita entre concorrentes, sendo o registro dela, como a sua gravação ou a filmagem, então, o suporte físico onde se encontra a prova daquela ação. Além disso, apenas para registro, além da prova documental há a disposição para esse mister outros meios de prova admitidos em Direito, como a testemunha ou a confissão.

O terceiro elemento que se pode depreender da Lei n. 12.529/2011, art. 36, é em relação ao seu propósito. Isso porque uma infração da ordem econômica pode ocorrer tendo por conteúdo um ato deliberado contra o bem jurídico tutelado, ou seja, trata-se de uma vontade ou *animus* do agente econômico direcionado a prejudicar diretamente o fenômeno econômico da concorrência, isso é, a dinâmica competitiva. Nessa linha, um agente ou mais agentes, em conjunto ou separadamente, pode tomar uma ação, ou seja, praticar um ato com o objetivo de (conteúdo ou propósito) prejudicar ou combater diretamente a concorrência entre eles, arrefecendo-a ou eliminando-a completamente. Na outra mão, porém, pode haver atos pelos quais não há aquele conteúdo ou propósito citado ou, em outras palavras, o agente não direcionou sua intenção com a finalidade específica de prejudicar a concorrência. Sequer era algo querido por ele ou pelos demais agentes que participaram do mesmo ato porque, em princípio, poderiam até ter pensado tratar-se de uma ação ou ato com conteúdo benéfico. Contudo, ainda assim, se tal ato ou ação teve ou poderia ter a mera potencialidade de produzir algum efeito negativo sobre a concorrência, ou seja, sobre aquela pressão competitiva que deve sempre existir entre eles, diminuindo-a, haverá a infração da ordem econômica.

Portanto, notamos que a importância da competição entre agentes econômicos é de tamanha relevância para a sociedade que a mera potencialidade de efeitos negativos sobre ela é passível de embasar a configuração de uma infração da ordem econômica. Os efeitos, isto é, as consequências para a concorrência e que adiante serão especificados não precisam ter sido efetivamente alcançados no mundo fático para configurar a infração da ordem econômica. Essa constatação atesta, assim e por outro lado, que se uma ação perpetrada por um agente não tiver sequer a potencialidade de alcançar efeito negativo à concorrência, por ter sido diminuta ou

irrelevante, ou por ser o infrator muito pequeno, não estaremos diante de uma infração da ordem econômica.

Dito isso, temos a primeira grande classificação sobre as condutas, as chamadas condutas por objeto, de um lado, e as condutas por efeito, de outro, classificação essa que não se confunde com outra, realizada entre condutas *per se* e por regra da razão, que serão estudadas mais adiante, e se relacionam à profundidade de estudo ou investigação sobre os benefícios da ação ou ato anticompetitivo praticado.

No gancho dos efeitos, para se constituir uma infração econômica (conjugada aos elementos acima), temos:

- I. Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa consiste em macular, ainda que minimamente, aquele fenômeno econômico decorrente da disputa entre agentes de mercado que gera bem-estar social (inovação, menor preço, qualidade, quantidade etc.).
- II. A dominação de mercado, por sua vez, depende, primeiramente, de sua delimitação técnica do que seja mercado relevante afetado pela conduta por meio da aplicação de estudos econométricos envolvendo Teste do Monopolista Hipotético, exames de elasticidade da oferta e da demanda, ou seja, substituíbilidade, como foi visto anteriormente e outros. Todavia, a dominação de mercado proibida e combatida, configurando uma infração da ordem econômica, é aquela adquirida ou conseguida em decorrência de um ato ilícito, que prejudica a concorrência. Para identificá-la, entendemos ser mais útil utilizarmos da ferramenta trazida pela Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 1º, observando como decorreu a dominação do mercado relevante pelo agente econômico. Logo, se a conquista não adveio de processo natural fundado na maior eficiência do agente com relação a seus competidores mas, sim, de uma ação anticompetitiva, estamos diante de uma infração da ordem econômica por meio da dominação ilegal do mercado e, assim, punível nos termos da lei.
- III. O aumento abusivo de lucros deve ser visto conjuntamente com o abuso de posição dominante. Isso porque, nessa vertente, aquele que detém posição dominante pode ter, em tese, poder suficiente para impor ao mercado um preço elevado, garantindo ou aumentando sua margem de lucro de forma abusiva, sem se incomodar com eventuais ações de concorrentes incumbentes, nem mesmo com aqueles potenciais já instalados ou com aqueles que poderiam entrar no mercado dado ser ele lucrativo, todos os quais com chances de retirar daquele parte substancial da demanda, uma

vez que a esmagadora parte de seus clientes (consumidores finais ou empresas da cadeia *downstream*) continuarão adquirindo daquele que aumentou seu preço e, conseqüentemente, manteve ou conseguiu um incremento abusivo de lucros.

- IV. Nos termos da Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 2º, presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado de modo ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante. Na versão inversa do aumento abusivo do lucro, imagine-se um agente econômico, com mais de 20% de participação de mercado, que consegue manter seus preços muito baratos, a ponto de ser inferior ao preço de produção, ou seja, do custo, por um longo período, até que seus concorrentes não consigam sustentar o mesmo preço e saiam do mercado, restando somente aquele primeiro, que poderá praticar agora, sem a pressão competitiva, preços monopolistas. Tem-se aqui um exemplo do abuso da posição dominante por meio de prática de preço predatório. Portanto, o problema não está na detenção da posição dominante, mas no uso abusivo dela. Observe-se que a presunção de posição dominante trazida pela legislação é relativa, pois admite prova em contrário. Assim, uma empresa, ainda que detenha participação de mercado grande o suficiente (>20%), não terá posição dominante caso sua ação ou suas ações não possam alterar unilateralmente as condições de mercado. Essa posição dominante ficaria, então, contestada por baixas barreiras à entrada, alta rivalidade e até mesmo pela pressão de importações, por exemplo. Importante destacar que o CADE tem, pela parte final do dispositivo mencionado, a prerrogativa de alterar o percentual de 20% relativo à presunção de posição dominante para setores específicos da economia.

No que tange às condutas anticoncorrenciais em geral, fica claramente demonstrada a importância fundamental do procedimento de Consulta junto ao CADE como: a) meio de comunicação entre o administrado e a autoridade para que o primeiro possa entender claramente os limites de suas iniciativas, obtendo a tão desejada previsibilidade e segurança jurídica para não incorrer em infração da ordem econômica e; ao mesmo tempo: b) trata-se de instrumento contundente para que o CADE garanta a efetividade das normas de Defesa da Concorrência, ou seja, sua observância e obediência visando a manutenção ou o incremento de bem estar-social.

No que se refere à disciplina das infrações da ordem econômica, o legislador de 2011 “copiou” o sistema consagrado pela Lei n. 8.884/1994 de modo que no *caput* do art. 36 (antes, art. 20) estabeleceu o ilícito concorrencial de modo geral e nada concreto, como vimos até

agora, de maneira a abrigar as múltiplas ações e atos que a engenharia econômica e a criatividade dos agentes de mercado pudessem desenvolver ao longo dos tempos e, no § 3º (antes, 21) indicou um rol exemplificativo de condutas que caracterizariam infração da ordem econômica, sem prejuízo de haver outras, na medida que configurassem as hipóteses previstas no *caput*.

Tal rol exemplificativo é assim disposto:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI – exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII – utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII – 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;

IX – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativas a negócios destes com terceiros;

X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII – dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII – destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV – açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV – vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; (*)

XVI – reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII – cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; (*)

XVIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX – exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca⁹.

Antes de detalharmos alguns dos exemplos trazidos pela Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 3º, acima transcrito, demonstrando ainda mais a pertinência de um procedimento de Consulta junto ao CADE, faz-se necessário apresentar mais uma classificação a respeito das condutas anticompetitivas, agora em relação à pluralidade de agentes executantes, ou melhor, aqueles que podem estar envolvidos enquanto autores da infração, de modo a compreendê-las melhor.

Assim, uma conduta pode ser unilateral, ou seja, quando há somente um agente executor; no mesmo evento, poderá haver mais de um agente autor da infração – nesse caso, todos eles, isoladamente considerados e individualizados por suas respectivas ações. As condutas unilaterais são relacionadas a abuso de posição dominante e poder de mercado.

Ao lado das condutas unilaterais há, por sua vez, as condutas colusivas, que envolvem ação conjunta e concertada de mais de um agente de mercado, como são os casos de cartéis.

Essa classificação entre condutas unilaterais ou colusivas, também chamadas de coordenadas, dá azo para uma nova distinção das condutas em relação ao grau de análise a ser depreendido por uma autoridade antitruste sobre o eventual benefício econômico que delas pode advir, o que poderia acarretar na sua legitimidade. Isso porque condutas unilaterais, geralmente, são analisadas pela regra da razão, ou seja, elas podem conter algum tipo de justificativa econômica ou jurídica (racionalidade), com destaque para eficiências (ex.: aumento de produtividade, redução de custo ou melhoria de qualidade) que, quando sopesados com eventuais efeitos deletérios à concorrência, os benefícios são neutros, de modo a deixar a situação dos consumidores igual ou, ainda, minimamente melhor. Os exemplos clássicos disso são: a) a venda de ovos somente em cartela, não sendo possível, *ab initio*, a aquisição de apenas um ovo, separadamente, dado que o custo de produção, transporte, armazenamento dentre outros elementos que um ovo só poderia acarretar tornaria seu preço equivalente ou substancialmente elevado quando comparado ao preço da cartela como um todo; b) a situação em que se adquire um veículo automotor somente com os pneus inclusos, pois a aquisição em

⁹ Os incisos XV e XVII, bem como o inc. IV, do art. 90 da Lei n. 12.529/11, relativo a constituição de ato de concentração por meio de *joint venture*, consórcio ou contrato associativo, tiveram a eficácia suspensa conforme a Lei n. 14.010/2020, art. 10, em relação a atos praticados e com vigência de março de 2020 até outubro de 2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública da pandemia de Coronavírus (COVID-19) reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020. Além disso, ainda nos termos da Lei n. 14.010/2020, o CADE, na apreciação das demais infrações previstas na Lei n. 12.529/11, art. 36, se dentro do período acima indicado, deverá considerar as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia.

separado desse último equipamento, ainda que possível, aumentaria o custo de transação do consumidor (ter que ir em outro lugar comprar, transportar e instalar os pneus), além de não fazer sentido para a funcionalidade do veículo em si.

Nas situações exemplificadas acima há, portanto, razões econômicas que determinariam não haver indício de infração de ordem econômica por configuração de venda casada porque há uma justificativa econômica, ou seja, uma razão que legitima o agente a agir assim.

Por outro lado, as condutas coordenadas, em regra, são consideradas *per se* ilícitas, porque há anos de estudos, em todos os lugares do mundo, no sentido de que elas não geram nenhum tipo de benefício aos consumidores, como são os cartéis de preço, por exemplo.

Há de se registrar que uma conduta unilateral pode ser anticompetitiva, como uma restrição pura à concorrência, além de haver conduta coordenada que seria analisada pela regra da razão, como a edição de um manual ou cartilha técnica para a adoção de um padrão a ser seguido por agentes de um determinado segmento de mercado.

De todo modo, embora fosse bastante tentador esmiuçar, detalhadamente, cada um dos exemplos de condutas anticompetitivas trazidos pela Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 3º, bem como alçar esse mesmo aprofundamento sobre outras ações possíveis e não contidas no rol exemplificativo mencionado, infelizmente, não poderemos fazê-lo por dois motivos: o primeiro, de ordem prática, é que existe uma gama de situações que demandariam trabalho voltado só para isso; o segundo, de ordem metodológica e decorrente do primeiro, refere-se à concentração do presente estudo. Mesmo assim, mas principalmente com base nesse último, traçaremos breves apontamentos sobre as condutas coordenadas e unilaterais mais conhecidas ou usuais e suscitantes de grandes dúvidas que poderiam ser objeto de um procedimento de Consulta junto ao CADE.

Começemos obedecendo a ordem trazida pela Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 3º, ou seja, pela mais grave conduta: o cartel.

Trata-se de um tipo de conduta coordenada assim definida pelo CADE (2007, p. 34):

É um acordo entre agentes econômicos que ofertam produtos substitutos, visando elevação de preços e lucros por meio da divisão de mercado, da combinação de preços, da divisão de cotas de produção, do controle das quantidades produzidas/distribuídas ou da divisão territorial.

Em outras palavras, o cartel é um ajuste, expresso ou tácito, porém sempre ilícito, entre concorrentes, mas que também pode envolver agentes econômicos em relação vertical, com vistas a prejudicar ou até eliminar a concorrência, por meio de combinação, manipulação ou

acordo, envolvendo diferenciais competitivos, a exemplo de preço, condições comerciais como descontos, divisão de cliente ou de territórios, além do respeito à limitação de produção.

O acordo pode ser explícito ou formal, quando agentes concorrentes articulam diretamente uma colusão entre eles envolvendo preços, produção, divisão entre si de regiões para atuação ou abrangendo qualquer outro diferencial competitivo, como também pode ser implícito ou não formal, quando não houver a combinação expressa entre os agentes, mas foi possível algum tipo de articulação entre eles dada uma troca indevida de informações concorrencialmente sensíveis.

O cartel pode ocorrer também no âmbito de licitações, que consiste no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública (CADE, 2019).

A ação cartelista corresponde à formação de um monopólio, de modo que a concorrência é eliminada e os preços são aumentados. Estimativas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) indicam que ações de cartéis fazem com que os preços dos produtos afetados subam entre 10% e 20% (CADE, 2019). Com isso, menos pessoas podem adquirir ou consumir aquele produto ou serviço. O pagamento de um valor a mais daquele que seria obtido num processo de livre concorrência corresponde à transferência indevida de renda do consumidor para o fornecedor ou distribuição de riqueza quando não aproveitado por esse. Trata-se de uma alocação ineficiente de recursos na economia (CADE, 2010, p. 7). Inclusive, seria o dano correspondente a essa alocação ineficiente de recurso na economia alvo de reparação civil conforme agora textualmente possibilitado pela Lei n. 12.529/2011, art. 47, conforme veremos mais adiante.

Quando o acordo entre concorrentes envolve reduzir ao máximo o preço que eles, enquanto compradores, pagarão aos vendedores de insumos, estamos diante de um cartel de compras, correspondente a um monopsônio.

Cartéis, sejam de venda ou de compra, correspondem realmente à prática anticompetitiva mais grave considerando os malefícios diretos à sociedade e nenhum benefício advindo deles, sequer indiretamente.

Na jurisprudência do CADE, os cartéis têm sido classificados como *hardcore* ou clássicos e *softcore* ou difusos. Cartéis *hardcore* ou clássicos são os mais graves pois há neles certo aparato ou mecanismo de estabilidade, monitoramento e punição para aqueles que desviam do quanto combinado. São, assim, institucionalizados. Os cartéis *softcore* ou difusos decorrem de uma ação eventual e não institucionalizada, embora tenham a mesma finalidade que os primeiros, relacionada à fixação de uma variável competitiva de maneira a arrefecer ou

até eliminar a concorrência entre os participantes. Pode ocorrer, por exemplo, por meio de uma troca negligente de informações concorrencialmente sensíveis durante uma reunião em associação de classe. De toda forma, cartéis *hardcore* ou clássicos têm, historicamente, recebido uma pena maior em relação aos cartéis *softcore* ou difusos.

Sindicatos e associações de classe, embora possam ter funções legítimas no sentido de representar seus participantes, podem eventualmente facilitar a colusão entre concorrentes, na medida em que congrega e promove reuniões entre eles. Nessas situações pode haver troca de informações concorrencialmente sensíveis sem qualquer tipo de tratamento antitruste, ocasionando os cartéis tácitos ou implícitos. Sindicatos e associações também podem, com a participação de concorrentes ou não, induzir à conduta comercial uniforme por meio de tabelamento de preços, cartilhas de atuação por meio de códigos de ética, critérios de adesão e exclusão de sócios, dentre outras ações concertadas.

O procedimento de Consulta junto ao CADE pode ser um importante instrumento estratégico do administrado para proteger-se contra a formação inconsciente de um cartel, dada a sensibilidade e os limites tênues que pode haver na interação entre concorrentes, limites esses muitas vezes ignorados pelos objetivos principais e diários de um agente econômico em seu mercado ou, ainda, pela associação de classe que o representa.

No que tange às condutas unilaterais, agentes econômicos com posição dominante podem limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, além de criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas concorrentes, ou de fornecedores, ou adquirentes ou financiadores de bens e serviços. Esses agentes ainda podem impedir o acesso de concorrentes a fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, como também a canais de distribuição. Todas essas ações ou práticas, enfim, condutas, além de outras, podem gerar a exclusão de competidores do mercado mediante “fechamento” deste último àqueles. Com a exclusão de competidores do mercado, aquele que perpetrar a prática pode, posteriormente, aumentar seus preços criando um monopólio, prejudicando o consumidor, uma vez que esse deixaria de contar com opções, sujeitando-se, então, ao preço, qualidade, quantidade, enfim às condições daquele.

Um exemplo de fechamento de mercado pode ocorrer por meio da chamada integração vertical, ou seja, quando um agente econômico junta seu centro decisório com outro agente econômico que está abaixo ou acima da cadeia produtiva, e dessa integração opera-se, por exemplo, exclusividades de fornecimento ou de distribuição, conforme o caso. Se essa ação for perpetrada por meio de uma operação, será ela objeto do controle de estrutura pelo CADE se atendidos determinados requisitos. Porém, não o sendo, ainda assim a operação pode ser objeto

do controle de condutas. Nesse caso, o fechamento de um fornecedor ou distribuir estratégico pode criar dificuldades à entrada de novos competidores ou o desenvolvimento daqueles já instalados e atuantes na cadeia acima (*upstream* ou a montante) acarretando a exclusão desses. Não estamos afirmando que integrações verticais são ilícitas ou que invariavelmente geram efeitos negativos. Isso porque elas podem acarretar benefícios econômicos não desprezíveis, como economias com custo de transação. Porém, a prática em questão torna-se ilícita quando os agentes nela envolvidos a utilizam de modo a prejudicar a concorrência, com ou sem esse propósito.

Na mesma esteira, há várias outras formas de um agente econômico com posição dominante, com propósito ou somente decorrente de uma outra prática não intencional, prejudicar a atuação de concorrentes, como exigências de condições contratuais abusivas. Um outro exemplo relevante são as chamadas práticas de *price* ou *margin squeeze*. Trata-se da imposição de preço de um insumo muito além do seu custo de produção, injustificadamente, por um agente econômico situado em determinado elo da cadeia produtiva, a montante ou a jusante. Esse agente, eventualmente, poderá estar verticalmente integrado sobre outro agente econômico (adquirente do insumo) de maneira a comprimir as margens desse último, mediante elevação de seus custos, fazendo com que o preço final do seu produto ou serviço seja mais elevado e, portanto, deixando-o menos atrativo ao consumidor.

Ainda em relação ao aumento de preços de rivais, é importante tratar do efeito “colchão d’água” ou *waterbed effect*, uma vez que àquele se relaciona indiretamente, ocasionado pelo poder de compra de um grande agente.

Conforme explica Amanda Athayde (2017, p 342):

Segundo essa teoria, nos termos de INDERST e VALLETTIN, seria evidenciada uma interação entre as dimensões verticais e horizontais quando do exercício do poder de compra. Para os autores, um poder de compra assimétrico por um grande comprador resultaria em termos de compra mais vantajosos a este em detrimento de maiores preços aos rivais menos poderosos. O efeito, portanto, não seria apenas vertical (ou seja, nos fornecedores) mas também horizontal (ou seja, nos concorrentes do grande comprador).

Nesse cenário, o dano aos consumidores seria verificado mesmo no curto prazo, pois a deterioração dos preços de compra dos concorrentes resultaria no aumento médio dos preços e, conseqüentemente, reduzirá o excedente e o bem-estar do consumidor, ainda que o número de empresas e qualidade/opções de produtos se mantivessem constantes. Assim, a lógica da teoria está na decisão de um agente econômico que, ao ter suas margens de lucro comprometidas diante de uma relação de mercado com outro agente econômico com maior poder (um lado do “colchão”) tenta recuperar suas perdas aplicando um preço superior nas vendas dos agentes econômicos com menor poder de mercado (o outro lado do “colchão”). Se esse efeito for verificado, ter-se-á, então, que o exercício do poder de mercado pela ótica da compra poderá afetar os custos dos rivais.

Ainda, tratando da conduta exclusionária, que pode prejudicar o desenvolvimento de concorrente, há a prática de preço predatório. De modo geral, ainda que tal conduta, ao tempo da elaboração desta dissertação, tenha se tornado temporariamente sem efeito anticoncorrencial, em função da Lei n. 14.010/2020 que visou amenizar os efeitos da pandemia do coronavírus (COVID-19), pelo preço predatório, o agente com posição dominante diminui o preço do seu produto ou serviço para além dos custos de produção suportando tal preço infracompetitivo e absorvendo certo prejuízo por tempo suficiente até que seus rivais, sem conseguir superar ou equivaler o mesmo preço, deixem o mercado. Em seguida, com a saída desses rivais do mercado, o autor da prática consegue aumentar seus preços gerando um monopólio, considerando que não haverá mais opções ao consumidor. Pode até parecer que a prática de preços predatórios é algo salutar para o consumidor, que pagará menos. Contudo, a longo prazo, o efeito é contrário, dado que o preço daquele que efetuou a prática e permanecerá no mercado será, com certeza, aumentado para recompor as perdas tidas com a conduta de preço predatório. Trata-se de uma infração concorrencial de difícil demonstração e, por isso, com relação à sua prática, o anexo I da Resolução CADE n. 20, de 29 de julho de 1999, orienta:

O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.

O desenvolvimento de autorregulações entre fornecedores ou distribuidores, as quais teriam por objetivo aumentar os níveis de qualidade ou de produtividade, podem ocasionar infração da ordem econômica se não houver aplicação de *expertise* antitruste antecedente, uma vez que elas podem limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou de prestação de serviços, ou, ainda, dificultar os investimentos destinados a essa finalidade ou a distribuição deles.

Um agente com posição dominante em determinado mercado pode praticar fixação de preços de revenda, ou seja, estabelecer em contrato preço (mínimo ou máximo, porém rígido) a ser praticado pelos distribuidores ou revendedores. A infração dessa cláusula contratual sujeitará esses últimos a penalidades (ex.: multas contratuais). A fixação de preços de revenda é combatida porque propicia a coordenação de cartel ou outras formas de colusão sobre preços, dado que facilita o monitoramento de preços de venda aos consumidores e porque pode provocar aumento unilateral de poder de mercado, uma vez que poderá até inibir a entrada de

novos distribuidores mais competitivos e detentores de sistemas mais eficientes. De toda a forma, devemos analisar a prática de fixação de preço de revenda com cuidado, a possibilidade de benefícios decorrentes da redução de custos de transação, que deve ser considerada na avaliação dos efeitos líquidos sobre o mercado. À luz da Lei n. 12.529/2011, IX, inferimos que somente a imposição de preço de revenda (ou de alguma outra variável competitiva) pode dar azo ao cometimento da infração da ordem econômica, ao passo que a mera sugestão não configuraria o ilícito.

Uma prática anticompetitiva bastante comum é a discriminação de preços. Por meio dela, o agente com posição dominante fixa preços diferentes para o mesmo produto/ou serviço, de modo a discriminar adquirentes ou fornecedores. Com a distorção de preços, há vantagens artificiais entre os diferentes competidores do mercado no qual a conduta gerará efeito. Em regra, a discriminação de preços ocorre por agentes verticalmente relacionados contra agentes que não detém tal característica, mas dependem da aquisição de insumo daqueles agentes verticalizados integrados a um competidor. Com o aumento do custo, há migração da demanda para aquele verticalmente relacionado ao último, que perpetrar a discriminação de preços. Trata-se de prática que não é sempre anticompetitiva e pode ser justificada. No entanto, depende de análise detalhada em relação à formação de preços. Algumas vezes, se houver consideráveis economias de escala, torna-se eficiente cobrar menos daquele que consome maior quantidade, por exemplo. Em certos casos, a prática de discriminação de preços pode estar inserida ou tratada em um contexto de recusa de contratar ou de venda casada.

Assim, outra prática recorrente é a recusa de contratar, em especial, a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro de condições normais de mercado, cuja variante também pode se dar por dificultar ou romper a continuidade ou o desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão da outra parte se recusar a submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis. A princípio, aquele civilista, mais especificamente, contratualista, pode invocar o princípio da autonomia da vontade para preservar a liberdade de contratar ou de se manter contratado com quem queira. Ocorre, contudo, que se tratando de Direito Econômico, principalmente da proteção da concorrência, há determinadas situações em que o princípio da autonomia da vontade perde um pouco seu valor. Isso porque um agente com posição dominante, em regra fornecedor, ao se recusar a contratar, e decidir por romper a relação contratual outrora estabelecida por prazo indeterminado, porque a outra parte contratante não sucumbiu às suas condições abusivas, pode gerar efeitos anticoncorrenciais no mercado a jusante, com a saída do mercado de *players*. Nessa esteira, há situações em que uma empresa tem controle parcial ou total sobre uma rede ou infraestrutura entendida como

essencial, e assim, sua recusa de contratar pode ocasionar a exclusão daquele que necessita do acesso a tal estrutura, considerada essencial, ocasionando efeitos nocivos à livre concorrência. Além da necessidade de o fornecedor possuir poder de mercado na cadeia *upstream* para se configurar a infração da ordem econômica por recusa de contratar, não devem existir justificativas plausíveis e comprováveis na ação negativa, seja econômica ou jurídica, de maneira a indicar a ausência de qualquer racionalidade na conduta, uma vez que deixar de contratar é uma renúncia de receita.

Roberto Domingues Taufick (2017, p. 320) indica que há dois tipos de recusa de contratar:

A recusa de contratar pode ser simples, ou interpretativa (*construed*). No primeiro caso, o agente econômico claramente mostra desinteresse – seja por omissão, ou por comissão – em negociar com terceiros. No segundo caso, o agente econômico adota estratégias comerciais que têm como efeito prático uma recusa em contratar. É o caso, por exemplo, da oferta de determinado produto a preços que limitem, ou impeçam a capacidade de outro agente econômico competir.

Resgatando os exemplos mencionados sobre os ovos em cartela e a venda de veículos automotores com pneus, abordaremos outra estratégia que pode redundar numa conduta anticompetitiva muito comum: a venda casada. Essa conduta pode configurar tanto uma infração da ordem econômica quanto uma prática abusiva contra o consumidor, por isso, é vedada nos termos da Lei n. 8.078/1990, art. 39, I, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. No centro das duas regulações (antitruste e consumerista), há a intenção do legislador em afastar a vontade corrompida, isso é, aquele desejo de somente adquirir um determinado produto ou serviço é desviado ou contaminado – logo, corrompido – pela imposição do vendedor na aquisição de outro produto em serviço não desejado. É essa imposição – a aquisição forçada de algo não desejado – que os legisladores do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Defesa da Concorrência desejam combater. Os campos de proteção, ou melhor, os bens jurídicos tutelados são dois e são distintos. No primeiro, está o consumidor ou a coletividade de consumidores (objeto mediato). No segundo, o objeto imediato, é o fenômeno da concorrência (disputa de mercado). Isso porque, em algumas situações, o agente com posição dominante vincula um produto ao outro, ou seja, subordina a aquisição de um produto ao outro somente com a finalidade de aproveitar de um mercado já dominante para alavancar um outro mercado.

Nessa linha, Damien Geradin e Caio Mário da Silva Pereira Neto (2013, p. 37-38) explicam:

Enquanto a maioria dos casos de venda casada é pró-competitiva, a venda casada também pode ser usada como uma estratégia excludente. Em primeiro lugar, podem existir circunstâncias em que uma empresa que domina o mercado do produto principal (*tyindig product*) procura estender seu poder para o mercado do produto vinculado (*tied product*), fazendo a venda casada dos dois produtos em conjunto (uma estratégia geralmente denominada “alavancagem monopolista”). Como os clientes precisam obter o produto monopolista da empresa dominante, se esta casar a venda do produto vinculado com seu produto monopolista (ou seja, os clientes só podem comprar o produto monopolista se também comprarem o produto vinculado), então os clientes se sentirão menos propensos a comprar o produto vinculado separadamente (agora redundante) de um fornecedor independente, fechando, assim, à concorrência, o mercado do produto vinculado, que de outra forma seria competitivo. Segundo, podem existir outras circunstâncias em que a venda casada pode não ter relação com a alavancagem da posição dominante no mercado do produto monopolista no tocante ao mercado do produto vinculado, mas sim com a proteção da posição dominante no mercado do produto monopolista. Quando a empresa do produto dominante acredita que os produtores do produto vinculado terão a probabilidade de evoluir para o mercado do produto monopolista no futuro, devido ao seu sucesso, tem incentivo suficiente para o fechamento do mercado vinculado para evitar ou reduzir a erosão em seu mercado principal no longo prazo.

Não se confunde a venda casada com a prática de empacotamento ou *bundling*. Por esse último, o agente econômico vincula a aquisição de dois produtos, em regra conectados tecnicamente, podendo ser independentes quanto ao uso ou destinação, mas não subordina a aquisição de um deles somente se levar o outro. Ambos podem ser adquiridos separadamente se assim for desejado. Na verdade, o agente econômico concede um desconto ao adquirente pela aquisição conjunta dos dois produtos ou serviços vinculados, em outras palavras, o consumidor só gozará do desconto se – e somente se – adquirir os dois produtos conjuntamente. O consumidor, entretanto, se desejar, pode adquirir separadamente apenas um dos produtos inicialmente vinculados, contudo, se ele assim o fizer, perderá o desconto concedido pelo agente econômico. Esse desconto pode ser atribuído a várias eficiências econômicas repassadas ao consumidor: lançamento de um novo produto no mercado, redução de custo de transação, hábito de consumo e até facilidade técnica. No entanto, não estamos a defender que uma prática de empacotamento ou *bundling* será sempre lícita. Algumas vezes, o agente com posição dominante, a depender da estrutura do seu mercado, pode utilizar a prática para a mesma finalidade anticompetitiva da venda casada, ou seja, alavancar um mercado quando, por exemplo, concede uma razão de desconto ou vantagem ao consumidor pela compra conjunta que seria irracional a não aquisição (desconto ou condição irresistível), inclusive quando esse mesmo consumidor compara ofertas de concorrentes no mercado, conjugadas ou não, e não lhe parece haver um substituto que pudesse servir aos seus interesses, ainda que precise pagar um preço um pouco maior para adquirir outra proposta conjugada ou de um serviço em separado.

Outra prática largamente encontrada são os pactos de exclusividade. Por meio deles, seja numa relação de prestação de serviço, de fornecimento de um produto, de distribuição ou na aquisição de um insumo, enfim, em várias e infinitas possibilidades negociais, o agente com posição dominante exclui seus concorrentes de acesso ao mesmo serviço, ou produto, ou a um canal de distribuição ou à aquisição de um insumo, gerando efeitos deletérios à dinâmica competitiva.

Sobre esse aspecto, Damien Geradin e Caio Mário da Silva Pereira Neto (2013, p. 32) lecionam:

A maior preocupação anticoncorrencial levantada pelos acordos de exclusividade é que tais acordos podem fechar o mercado aos concorrentes a ponto de prejudicar a concorrência. Esse fechamento pode impedir a entrada ou acelerar a saída de rivais do mercado, aumentando, assim, o poder de mercado da empresa excludente. Em primeiro lugar, a maioria das indústrias está sujeita a economias de escalas, ou seja, as empresas podem reduzir seus custos mediante sua expansão até que atinjam um nível de produção que minimize seus custos, o que é denominado escala eficiente mínima. Se o fechamento do mercado impedir que um número competitivo de rivais mantenha essa escala ou expanda suas operações para alcançá-la, então, isso prejudica sua eficiência. Em segundo lugar, o fechamento pode, igualmente, privar os rivais de economias de escopo se, sem o fechamento, a expansão de rivais lhes permitissem oferecer uma variedade de produtos que poderiam ser mais eficientemente produzidos ou vendidos junto do que separadamente. Por último, a maior parte das indústrias é caracterizada por uma curva de aprendizado, de maneira que o fechamento substancial do mercado pode prejudicar a eficiência dos rivais mediante a simples desaceleração de sua expansão, mesmo que esse fechamento não impeça a expansão inteiramente.

Embora cláusulas de exclusividade possam parecer sempre deletérias de competitividade dado o fim notoriamente excludente de rivais, há situações em que elas podem conter justificativas, por exemplo, no investimento inicial realizado pelo agente econômico que exige a exclusividade, como forma de resgatar esse investimento. As cláusulas de exclusividade, clássicas ou arranjos que geram esse efeito, precisam ser minuciosamente analisadas à luz da estrutura de mercado dos seus celebrantes.

Uma das várias maneiras de os agentes econômicos se destacarem de seus competidores é, principalmente, em relação a preços. Essa pode ser a principal variável competitiva em muitos setores. Por isso, não é incomum que os agentes de mercado, para conseguirem obter mais vendas e, assim, maior participação, lancem mão de políticas promocionais. Muitas dessas promoções ocorrem por meio de desconto, ou seja, de abatimento no preço originalmente praticado. Desconto é, portanto, uma grande arma dos competidores e representa uma relevante materialização da dinâmica da concorrência, inclusive gerando bem-estar direto à sociedade. Ocorre que determinados descontos podem gerar problemas competitivos. Isto porque eles são condicionados, ou seja, os consumidores só auferem tal vantagem se cumprirem determinada

obrigação. Muito usual é o desconto condicionado por volume, ou seja, se o consumidor adquirir determinado volume ou quantidade de um bem ou serviço fará jus a um abatimento do preço. Essa prática pode, sim, representar certa eficiência em razão de ganho de escala. Ocorre que quando o agente econômico com poder de mercado promove descontos em níveis diferenciados, aumentando exponencialmente o desconto a ser concedido, em níveis quanto mais o volume ou a quantidade adquirida pelo consumidor, é possível haver um problema concorrencial uma vez que haverá o desvio de demanda para essa prática em detrimento dos demais competidores que não desfrutam do mesmo poder, inibindo a competição. Por outro lado, descontos lineares, ou seja, aqueles que guardam elevação em seu montante com equivalência linear em razão do volume e das quantidades consumidas são usualmente aceitos pelo CADE.

Novamente, Damien Geradin e Caio Mário da Silva Pereira Neto (2013, p. 35) esclarecem:

A preocupação com efeitos anticompetitivos relacionados com os descontos condicionados é basicamente similar àquela gerada pelos acordos de exclusividade, tendo em vista que tais descontos são, em sua essência, uma forma menos absoluta de acordo de exclusividade (já que dão aos compradores a escolha em cumprir com a condição referente ao desconto ou abrir mão deste). A preocupação, então, é que quando eles amarram uma participação suficientemente grande do mercado, os descontos condicionados podem levar à exclusão dos rivais. Os descontos condicionados podem, assim, ser utilizados pelas empresas dominantes para impedir a entrada ou a expansão de seus rivais, ou forçá-los a sair do mercado quando não conseguem equiparar os descontos das empresas dominantes com manutenção de rentabilidade.

Agentes econômicos desejam maximizar seus lucros ou minimizar, o quanto puderem, suas perdas. Esse é o comportamento racional sobre o qual a ciência econômica se debruça. Nesse espírito, agentes econômicos podem querer aproveitar suas chances e, assim, estabelecer arranjos contratuais nos quais procuram blindar suas negociações já celebradas de maneira que em relação a outras que as sucederão, ainda que com terceiros, continuem gerando vantagens. Assim, um agente econômico pode exigir que numa negociação constem cláusulas contratuais nas quais, por exemplo, o seu vendedor de um certo insumo é obrigado a conceder àquele agente econômico as mesmas vantagens (ou até maiores), caso esse vendedor, no futuro, celebre com terceiros, em especial, concorrentes daquele, contrato de fornecimento em condições mais vantajosas. São as chamadas cláusulas de *most-favoured nation clause* – MFN.

Amanda Athayde (2017, p. 302) define esta disposição:

Trata-se de arranjo contratual segundo o qual o comprador se beneficia automaticamente de termos e condições mais favoráveis que vem a ser concedidos pelo vendedor a outros compradores. Esse arranjo contratual se tornou uma preocupação das autoridades antitruste ao redor do mundo, que vem analisando se elas têm o condão de prejudicar a concorrência e se deveriam ser analisadas pela regra da razão ou *per se*.

As cláusulas de MFN podem ter justificativas relevantes como evitar *free riding* de oportunistas e possibilitar a redução de custos de transação em decorrência de uma solicitação de renegociação. Porém, também podem facilitar a colusão explícita e tácita, essa por meio de monitoramento dos preços de concorrentes, como também o aumento das barreiras, na medida em que evita o acesso de competidores a preços melhores. Em outras palavras, em razão da possibilidade futura de exercício da cláusula, reduz-se o incentivo para a diminuição de preços.

Nas operações de *Mergers and Acquisitions*, também conhecidas pela sigla M&A, é prática usual estabelecer cláusulas de não concorrência ou de não solicitação, inclusive no âmbito de celebração de *joint ventures*. Ora, aquele que adquire uma operação ou empresa, assim como aqueles que celebram um empreendimento comum, querem garantir ou preservar seus investimentos, impedindo que o vendedor ou a outra parte, a depender da operação, utilize sua expertise para imprimir concorrência com o negócio adquirido ou a ser desenvolvido conjuntamente e, assim, retirar valor ou interesse da operação. São cláusulas exclusionárias de concorrência, mas que podem fazer sentido, inclusive, para viabilizar ambientes de negócio e contribuir para a economia. Assim, o CADE tem admitido cláusulas de não concorrência desde que obedeçam a requisitos jurisprudenciais já consagrados relativos à temporariedade, objetividade, subjetividade e espaço geográfico. Em suma, pelo requisito da temporariedade, a cláusula de não concorrência deve ser celebrada por prazo determinado (ex.: 2 anos), admitindo-se até 5 ou, em raros casos, até mesmo por um prazo mais largo se, porém, perfeitamente justificável, a dilação em razão do investimento; do contrário, o prazo máximo admissível é de 5 anos. Também se admite cláusula de não concorrência por toda a duração de uma *joint venture*. Essas duas circunstâncias já estão pacificadas no CADE por meio das Súmulas 4 e 5, ambas de 9 de novembro de 2009, que têm, respectivamente, a seguinte redação:

É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio. É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.

No que se refere ao requisito de objetividade, a cláusula de não concorrência deve estar voltada apenas para os mercados relevantes envolvidos diretamente na operação. Assim, não é

admitida a exclusão do vendedor ou da parte celebrante de uma *joint venture* de todo e qualquer mercado. A restrição deve estar circunscrita ao mercado relevante tratado na *joint venture*.

Nessa mesma linha, agora no requisito de subjetividade, a cláusula de não concorrência deve envolver apenas as partes celebrantes diretamente vinculadas, reservadas às questões de grupo econômico que pode conter outras empresas, não diretamente vinculadas, mas envolvidas no mesmo mercado relevante objeto da operação, situação essa em que se torna admissível incluir tais empresas na restrição.

Por fim, no aspecto territorial, a cláusula de não concorrência deve abranger apenas o âmbito de atuação geográfica das partes celebrantes da operação, não podendo ser estendida além do definido pela visão técnica da delimitação de um mercado relevante. Ou seja, se o mercado relevante geográfico é regional, não se pode estender a restrição para todo o território nacional, por exemplo.

Aquele detentor de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca, embora possa ter certos privilégios decorrentes de lei, pode igualmente praticar uma infração da ordem econômica. Parece até um certo paradoxo, pois as leis de proteção industrial têm por objetivo fazer com que as pessoas inovem garantindo-lhes o direito de exploração individual e exclusivo da invenção por um prazo geralmente longo. Contudo, ao mesmo tempo que isso ocorre, a lei concorrencial determina que o abuso desse direito – ou seja, explorar ou exercer o direito de propriedade intelectual – é considerado infração da ordem econômica. Observamos que a saída deste dilema está no emprego da palavra “abuso” pelo legislador. Um exemplo desse abuso tem sido alvo de discussão no CADE no que tange às montadoras de veículos inibirem a utilização dos moldes de peças de seus produtos para a produção das peças chamadas “paralelas”, considerando que esse pode conviver com outro mercado, das peças originais, onde o direito de propriedade das montadoras poderia ser integralmente preservado, sem efeito deletério à concorrência no mercado de paralelas¹⁰.

Ainda no que tange ao delineamento de condutas, faz-se necessário acrescentar, de forma meramente indicativa, ou seja, não exaustiva, discussão sobre a eventual configuração de infração da ordem econômica o não recolhimento de tributos por um concorrente. De fato, o ponto é relevante porque aquele que, deliberadamente, deixa de pagar seus impostos, taxas e contribuições à Administração Pública, em geral, tem a possibilidade de repassar essa economia, obtida de forma não ética, aos seus preços. Logo, não se trata da diminuição de preço

¹⁰ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.002673/2007-51. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajR6QVNAPoFg81ow9srRKfIc0exuAKvw8vqggjgA3PB5G. Acesso em: 8 ago. 2020.

em função de concorrência ou por eficiência em decorrência de redução lícita de custos, mas de ardid, que prejudica, também, os cofres públicos. Na medida em que um concorrente opera dessa maneira, gera-se barreira artificial para a entrada e a permanência no mercado daqueles que operam regularmente, mediante o recolhimento dos impostos devidos.

Vinicius Marques de Carvalho (2019, p. 249-250) explica que o dano à concorrência decorrente da prática reiterada do pagamento de tributos é fruto do aumento de barreiras à entrada, da exclusão de concorrentes e da seleção adversa:

O dano à concorrência pode ser mensurado pelo aumento das barreiras à entrada no mercado em questão, exclusão ou impedimento de crescimento de concorrentes e seleção adversa no mercado, sem prejuízo de outros [...]

O efeito de aumento das barreiras à entrada, por exemplo, pode ser demonstrado através do incremento dos obstáculos de acesso de novas empresas ao mercado relevante em análise em decorrência da posição de privilégio da empresa que adota a conduta evasiva. Com efeito, a evasão fiscal aumenta os custos a serem suportados pelos agentes econômicos para viabilizar sua entrada no mercado. Para conseguirem praticar preços competitivos, sem o recurso à evasão, exige-se um grau de eficiência não raramente impossível em decorrência da elevada tributação e da baixa margem de lucro.

A evasão fiscal também cria incentivos para que demais concorrentes do setor também se utilizem de condutas ilícitas para permanecerem competitivos no mercado. Na prática, as empresas que já atuam no mercado são obrigadas a adotarem prática semelhante para sobreviverem: ou elas sonogam, ou vão gradualmente perdendo participação. A eliminação do mercado, nesses casos, não decorre do baixo grau de eficiência econômica, mas da não aderência ao jogo ilícito. Os *players* que não se comportarem dessa forma podem ser eventualmente aliçados do mercado pela impossibilidade de reduzir suas margens de forma compensatória – no limite, são totalmente excluídos.

Já o efeito de seleção adversa reflete-se no predomínio da comercialização de produtos de pior qualidade e de agentes que não respeitam as normas legais, uma vez que vendedores que possuem os piores produtos ou não cumpram com as leis acabam sendo beneficiados pela estrutura de mercado.

Todas as condutas acima, sobre as quais tecemos breves considerações de maneira a exemplificar a complexidade das relações jurídicas e econômicas e, assim, indicar o cabimento de procedimento de Consulta junto ao CADE, são apenas exemplos dado que a criatividade humana e a engenhosidade econômica permitem criar inúmeras outras situações.

De toda forma, condutas unilaterais ou coordenadas podem ser evitadas e até detectadas e tratadas com eficácia, minimizando os danos delas decorrentes, por meio de um efetivo programa de *compliance* que pode redundar num procedimento de Consulta junto ao CADE para efeito de acautelamento. Isso depende, com efeito, de mudança de mentalidade ou de cultura do empresariado, que parte necessariamente do alto escalão da companhia. Claudia Travi Pitta Pinheiro põe relevo nessa estratégia do *tone from the top* para se ter uma cultura de *compliance* concorrencial:

Como as demais ferramentas, o compromisso da liderança deve ser formal: o endosso de um código de ética e de conduta pelos acionistas e/ou órgãos da administração da companhia, conforme o caso; mensagens eletrônicas do CEO, uma carta do presidente do conselho de administração, emoldurada e exposta em todas as instalações da empresa; depoimentos escritos e orais dos executivos em veículos internos de comunicação. Essas práticas – e outras tantas já utilizadas com a mesma finalidade – são de indiscutível relevância no contexto corporativo e responde às exigências formais inerentes à implementação de um programa de *compliance* (RODAS; MARQUES DE CARVALHO, 2017, p. 114).

A apuração de uma infração da ordem econômica pelo CADE se dá por meio da instauração de procedimentos administrativos, tal qual ocorre com o procedimento de Consulta, logicamente, esse com fim diverso daqueles. A depender da conexão da matéria com a Defesa da Concorrência, do nível de indício de infração existente ou, ainda, da existência ou não de prova da sua configuração, o CADE pode tomar um caminho mais longo ou mais curto para a investigação, conforme procedimentos administrativos regulados pela Lei n. 12.529/2011, arts. 48 a 83: (i) procedimento preparatório de inquérito administrativo para apurar infração da ordem econômica; (ii) inquérito administrativo para apurar infrações à ordem econômica; e (iii) processo administrativo para impor sanções administrativas por infrações da ordem econômica.

O processo preparatório seria o primeiro estágio de uma investigação administrativa, mas não é obrigatório começar por ele. Nele ocorre uma espécie de triagem para, principal e primeiramente, checar se há realmente matéria concorrencial a ser tratada na denúncia ou na circunstância a ser apurada. Em regra, o processo preparatório ocorre sob sigilo. Não havendo conexão do assunto em questão com o CADE, o procedimento preparatório será arquivado. Por outro lado, se apurado realmente tratar-se de assunto da competência do CADE, instaura-se o inquérito administrativo ou o processo administrativo em ambas as situações, a depender dos indícios e das provas até então existentes.

O inquérito administrativo, por sua vez, pode ou não ser antecedido do procedimento preparatório. Tudo depende, como dissemos, da existência ou não de conexão da matéria a ser apurada com o CADE e do nível de indícios existentes. Por meio do inquérito administrativo, apura-se a existência de indícios de configuração da infração da ordem econômica; se não houver indícios suficientes, a SG/CADE determina o arquivamento do inquérito; havendo fortes indícios, a SG/CADE instaura o processo administrativo.

O processo administrativo também não depende de ter havido um procedimento preparatório ou um inquérito anterior. Havendo prova substancial, parte-se direto para um processo administrativo para impor a penalidade, cabendo nessa fase o contraditório e a ampla defesa. Importante frisar que ele é sempre instruído pela SG/CADE, que ao final opina pelo arquivamento ou pela condenação do representado ou investigado. Independentemente da

decisão da SG/CADE, o caso é levado à apreciação do Tribunal, único competente legal para arquivá-lo por completo (por exemplo, pela constatação de insuficiência de provas ou eficiência da defesa apresentada) ou determinar a aplicação das penalidades.

As penas por infração da ordem econômica são graves e estão previstas na Lei n. 12.529/2011, art. 37:

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 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.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

De uma simples leitura do dispositivo acima, saltam aos olhos quatro pontos principais:

a) a base de cálculo é o faturamento bruto, ou seja, antes dos descontos relativos aos impostos; não se trata de lucro; b) pode envolver a empresa diretamente praticante da consulta, e todas as empresas do seu respectivo grupo econômico ou conglomerado, porém, sempre atrelado ao ramo empresarial em que ocorreu a infração; c) em se tratando de administrador, direta ou indiretamente responsável, pela conduta praticada pela pessoa jurídica autora da infração, a aplicação de multa depende de comprovação de dolo ou culpa e a base de cálculo é a multa aplicada à empresa; d) se a empresa investigada ou o grupo de empresas investigadas não dispuser do valor de faturamento do ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, ou prestar informações a esse respeito de forma incompleta, ou não sendo mostrado de forma inequívoco e idônea, o CADE poderá utilizar o faturamento todo da empresa ou do grupo.

Além das penas administrativas principais indicadas, o CADE poderá impor outras penalidades acessórias, de forma isolada ou cumulativamente, em razão da gravidade dos fatos ou do interesse público, conforme demonstradas abaixo:

- I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
- II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
- III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
 - a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
 - b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- VI – a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
- VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Não à toa a aplicação das penas acessórias com a multa administrativa levanta certas discussões, principalmente, se sua utilização não seria como “matar o paciente em razão da dose do remédio”. É que algumas delas, a depender do mercado em questão, podem gerar mais prejuízo do que benefício relacionado ao *enforcement* da Defesa da Concorrência. É, por exemplo, o caso da aplicação da pena acessória de não participar de licitação, conforme alerta Tereza Cristine Almeida Braga:

Não obstante, a discussão foi aprofunda de maneira mais sistematizada no julgamento do “cartel da roupa suja”, em que o CADE assumiu que a aplicação indiscriminada da medida acessória de proibir de licitar tem o potencial de causar prejuízos sociais a partir da redução da oferta em um mercado com consideráveis barreiras à entrada e sem capacidade ociosa suficiente para absorver a demanda do sancionado (MACEDO; BRAGA, 2018, p. 47).

Como astreintes, de modo a gerar incentivo para o cumprimento voluntário e o acatamento das decisões do Tribunal, e igualmente torná-las eficaz, pode haver incidência de multa diária no valor de R\$ 5 mil, que será aumentada em até 50 vezes se a situação econômica do infrator e a gravidade da infração assim recomendarem, caso o agente econômico continue com os atos ou situações que configuram infração da ordem econômica após a decisão do

Tribunal, como também pelo descumprimento de obrigação de fazer, de medida preventiva ou de obrigações em TCC.

Registremos que na Lei n. 12.529/2011, arts. 40 ao 44, há previsão de multas por (i) omissão ou retardamento injustificado de atendimento de solicitação de informação; (ii) pela falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados a comparecer e prestar esclarecimentos pela autoridade (CADE ou SEAE); (iii) impedir, obstruir ou de qualquer forma dificultar a realização de inspeção pela autoridade em curso de procedimento em andamento; (iv) enganosidade ou falsidade de informações, documentos e declaração prestadas à autoridade; (v) disseminação indevida de informações praticada por prestadores de serviços da autoridade.

De toda forma, na aplicação de qualquer das penalidades previstas na Lei n. 12.529/2011, a autoridade considerará, nos termos do art. 45, I – a gravidade da infração; II – a boa-fé do infrator; III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV – a consumação ou não da infração; V – o grau de lesão, ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII – a situação econômica do infrator; e VIII – a reincidência.

Não é prudente concluir este capítulo sem tecer poucas linhas a respeito da prescrição e da inovação atinentes à possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória por terceiros prejudicados em função de cometimento de infração da ordem econômica, ambas previstas na Lei n. 12.529/2011, arts. 46 e 47, respectivamente.

No que tange à prescrição, na verdade, não há novidade, uma vez que a matéria já havia sido prevista na Lei n. 9.873/1999. De modo geral, prescrevem em 5 anos as ações punitivas da Administração Pública federal, direta ou indireta, no exercício do poder de polícia, no caso em estudo, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contado da data da prática do ilícito, ou no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática. Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto apurar a infração da ordem econômica. Suspende-se a prescrição durante a vigência de TCC ou ACC. Incide a prescrição no procedimento administrativo, qualquer que seja ele, se paralisado por mais de 3 anos, se pendente de julgamento ou despacho, aplicando-se a prescrição intercorrente. E, por fim, quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. Sobre essa última parte, descontando-se a discussão sobre a aplicação para pessoa jurídica, o prazo prescricional para punir o crime de cartel, conforme entendimento da PROCADE, seria de 12 anos em função da previsão trazida

pelo art. 109, III, do Código Penal, considerando que o crime de cartel tem pena de 2 a 5 anos e multa, conforme a Lei n. 8.137/1999, com a alteração da Lei n. 12.529/2011.

Conforme dissemos há pouco, importante inovação foi trazida na Lei n. 12.529/2011, art. 47, no que tange à legitimação de prejudicados por cometimento de infração da ordem econômica a proporem ações indenizatórias visando a reparação do dano:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Inspirado por outras jurisdições, em especial pelos Estados Unidos, o legislador brasileiro abriu verdadeiro campo às ações indenizatórias, de natureza civil, que visem a reparar danos perpetrados por infrações da ordem econômica. Assim, além dos prejudicados, o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990); e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo referido Código, dispensada a autorização assemblear, poderão pleitear indenização por perdas e danos junto ao agente de mercado que cometer infração da ordem econômica, independentemente de haver inquérito ou processo administrativo iniciado pelo CADE.

Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2012, p. 279), sobre as ações indenizatórias relacionadas a infrações da ordem econômica, pontuam:

A exemplo do que ocorre nos EUA, a busca de recuperação dos danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais demonstra uma tendência que deve se fixar na Europa e no Brasil. As condutas anticompetitivas (como por exemplo, o cartel), além de serem ilícitos administrativos, são ilícitos penais e civis (à medida que geram danos a terceiros em virtude da prática de atos ilícitos). No caso brasileiro, essa tendência decorre de uma mudança cultural, tendo em vista a possibilidade jurídica de coleta dos danos já há tempos, i.e., há no ordenamento jurídico pátrio disposições que legitimam a propositura de ações de indenização em âmbito civil.

Embora ainda muito incipiente no Brasil, talvez pela dificuldade de se provar e quantificar o dano decorrente de uma infração da ordem econômica, o CADE tem incentivado tais ações civis, até como uma medida de incrementar o *enforcement* da legislação de Defesa

da Concorrência, por meio da facilitação do acesso a informações e documentos constantes de procedimentos administrativos, acordos de leniência, TCC, e ações de busca e apreensão conforme disciplina a Resolução CADE n. 21, de 12 de setembro de 2018, de maneira a aparelhar as chamadas Ações de Reparação de Danos Concorrenciais. Monica Tiemy Fujimoto delinea alguns desafios para o desenvolvimento efetivo dessas ações, sem prejudicar outros mecanismos tão importantes para o antitruste, como a leniência:

A necessidade de se aprofundar as discussões acerca do fomento à reparação de danos concorrenciais no Brasil e regulamentar os procedimentos no órgão para acesso a documentos provenientes de acordo de leniência tem como principal ponto de preocupação os incentivos necessários para garantir a eficácia do programa de leniência. De um lado, a autoridade antitruste busca provas e indícios que sejam substanciais o suficiente para garantir a instauração e o prosseguimento de investigação de acordos anticompetitivos. De outro, os infratores necessitam de respaldo e incentivos que façam com que a delação de um cartel seja mais vantajosa que o prosseguimento deles no conluio, ensejando um jogo de interesses que fundamenta os programas de leniência (MACEDO; BRAGA, 2018, p. 146).

Não obstante as dificuldades de implantação propiciadas por toda mudança de cultura, não é se desprezar que as ações de reparação de danos concorrenciais precisam apenas de bons resultados junto ao Poder Judiciário para, assim, conseguirem espaço e servirem de mais um canal de tutela de interesses, que não se esgota nos procedimentos administrados pelo CADE, tampouco nas ações penais.

2 O PROCEDIMENTO DE CONSULTA JUNTO AO CADE (aspectos legais e infralegais)

No capítulo anterior tivemos contato com os principais aspectos relacionados a um procedimento de Consulta junto ao CADE, ou seja, a matéria relativa aos atos de concentração e às condutas anticompetitivas ou anticoncorrenciais, tecnicamente designadas por infrações da ordem econômica, além dos conceitos técnicos inerentes e competências.

Nesse capítulo segundo, nosso objetivo será esmiuçar o procedimento de Consulta junto ao CADE em si, expondo e analisando pormenorizadamente seus aspectos legais e infralegais, esses últimos decorrentes da competência normativa conferida à autoridade antitruste nacional pelo legislador.

Apontaremos ainda procedimentos semelhantes existentes em outros ramos do direito da legislação nacional, além de institutos que têm a mesma finalidade em outros países, com foco nos Estados Unidos da América (modelo americano) e na União Europeia (modelo europeu).

Registramos que o domínio completo dos aspectos legais e infralegais do procedimento de Consulta junto ao CADE possibilitará a compreensão da análise empírica dos julgados a ser executada no capítulo terceiro. Antes de mais nada, é significativo demonstrar que Elias Canetti (1995, p.13) inicia uma de suas mais importantes obras, a qual versa sobre o estudo das massas populares, com uma constatação irrefutável: “o homem tem absoluto medo do desconhecido”. O desconhecido é sinônimo de insegurança e a insegurança tem potencial de refrear avanços. A Consulta junto ao CADE por um *approach* mais imediato visa superar esse obstáculo.

É por isso, pois, que Paulo Burnier da Silveira e Noemy Melo Colin (RODAS, 2018, Livro. 2, p. 232) explicam:

A consulta constitui, assim, um importante mecanismo de comunicação do mercado com a autoridade da concorrência que pode conduzir, pela ótica da autoridade, ao aperfeiçoamento do controle preventivo e, pela ótica do mercado, uma maior segurança jurídica aos agentes econômicos envolvidos.

A segurança jurídica, então, é o coração da Consulta junto ao CADE, correspondendo à intenção primeira do próprio legislador ao instituí-la. Contudo, não há noção única sobre segurança jurídica, conforme aponta Rogério Donnini (2015, p. 17) em sua tese de livre-docência, que versa sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade. Dito isso, transcrevemos a nota do professor da PUC-SP em referência ao entendimento de José Joaquim

Gomes Canotilho sobre o tema, de maneira a entender o que se busca pelo procedimento de Consulta junto ao CADE:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem o direito de poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento (Direito constitucional e teoria da constituição, 5ª Edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2020, p. 257).

Dito isso, o procedimento de Consulta junto ao CADE está previsto na Lei n. 12.529/2011, art. 9º, §§ 4º e 5º e art. 23, e pode ser compreendido como formular pedido pelo administrado, pessoa jurídica ou natural, de direito público ou privado, que deve comprovar efetivo interesse sobre o assunto, e ser direcionado ao órgão público responsável por assegurar a Defesa da Concorrência no Brasil (CADE), mediante o pagamento de uma taxa, requerendo a manifestação do entendimento deste último quanto à legalidade de determinado ato no âmbito do ramo referido ou interpretação de determinados pontos da normatização antitruste, mediante delimitação clara e precisa do objeto. É sobre isso que o CADE deverá se debruçar.

Incluído como atribuição legal do Plenário do Tribunal do CADE, admite-se que o principal objetivo do procedimento de Consulta é esclarecer ao administrado sobre questões ligadas à Defesa da Concorrência, especificamente. É um importante meio de comunicação com a autoridade especializada nesse intrincado ramo do Direito. Assim, o procedimento volta-se à matéria restrita, não cabendo sua extensão para buscar manifestação estatal sobre qualquer outra questão que deveria ser endereçada por outro ramo do Direito. No entanto, é natural que, algumas vezes, haja motivação do procedimento de Consulta a partir da aplicação de outros ramos do Direito (ex.: aliciação de empregados de empresas concorrentes, havendo, assim, ligação com o Direito do Trabalho, ou utilização exclusiva de patente, que é matéria de Direito de Propriedade Intelectual). Contudo, isso não leva o CADE a ter sua competência amplificada – a resposta do Tribunal deverá desembocar seus efeitos, única e exclusivamente, na seara da Defesa da Concorrência.

A competência para responder às Consultas formuladas é absoluta do Tribunal do CADE, nos termos da Lei n. 12.529/2011. Não cabe ao órgão delegar tal atribuição a qualquer outro, interno ou externo à autoridade antitruste, nem mesmo à SG/CADE, ainda que a questão submetida em procedimento seja simples ou complexa ou depender de uma experiência maior. Logo, a Consulta deve ser dirigida exclusivamente ao Presidente do Tribunal que, por sorteio,

designará um Conselheiro, cuja função será relatá-la e analisá-la, proferindo seu voto em sessão de julgamento, reduzindo-o a termo para posterior juntada aos autos. Caberá aos outros membros Conselheiros igualmente apreciá-la, consignando seus entendimentos em votos de forma verbal em audiência ou em documento escrito que será acostado aos autos, designado “voto-vogal”. No voto-vogal, que é facultativo, os outros Conselheiros poderão fazer considerações sobre a Consulta, acompanhando ou divergindo do Conselheiro-Relator em qualquer aspecto.

Embora a Lei n. 12.529/2011 utilize o verbo “poderá” no § 4º, do seu art. 9º, o ato de responder Consultas não significa ser uma faculdade atribuída ao órgão antitruste. Na verdade, deve-se interpretar tal locução conjuntamente com o princípio constitucional do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF/1988). Logo, uma vez que é assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, peticionar aos poderes públicos em defesa de seus direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e, assim, obter uma resposta, o atendimento do CADE a uma Consulta torna-se um dever-poder.

Uma falha técnica legislativa, porém, é imediatamente percebida na Lei n. 12.529/2011, ao traçar aquilo que poderia ser objeto de um procedimento de Consulta junto ao CADE. Isso porque, na literalidade do art. 9º, § 4º, o legislador definiu que tal procedimento deve versar sobre condutas em andamento, esquecendo-se dos atos de concentração. Contudo, a bem da tecnicidade, é de se observar que não são somente condutas, analisadas em seu conceito *stricto sensu*, que podem ser objeto de Consulta, mas, também, atos de concentração. Logo, a nosso ver, a interpretação correta é a de que o termo *condutas* empregado na Lei n. 12.529/2011, art. 9º, § 4º, é gênero, do qual condutas anticoncorrenciais e atos de concentração são espécies, ambas passíveis de Consulta à autoridade antitruste.

Além disso, ao estipular que seriam condutas “em andamento”, deu-se a impressão de que o objeto (a conduta ou o ato de concentração) já deveria ter sido iniciado, produzindo efeitos no mundo jurídico. Isso seria um contrassenso, em especial com a nova sistemática de análise prévia de atos de concentração trazida pela Lei de 2011. Contudo, mais uma vez, não é aquela a correta interpretação. Por “andamento”, devemos considerar a idealização, a pretensão, desde que não meramente hipotética, da conduta ou do ato de concentração a ser objetivado, de modo a se garantir concretude ao procedimento de Consulta. Não se admite Consulta em tese (diversamente do que se verá na Consulta do Direito Tributário, por exemplo). É possível, portanto, que seu objeto verse sobre prática concebida e planejada, ou seja, nada abstrato. É por isso, pois, que a parte final do § 4º do art. 9º da Lei n. 12.529/2011 determina que a Consulta deve estar acompanhada dos respectivos documentos, uma vez que servirá para se averiguar

que não se trata de uma mera conjectura do administrado requerente do pronunciamento. De fato, para ideias de conduta ou de atos de concentração, adequados aos termos da Lei n. 12.529/2011, o administrado deve se valer de opiniões legais de advogados especializados e experientes, atuantes na área de Defesa da Concorrência ou da varredura da jurisprudência administrativa do CADE. Não há, nesse ponto, qualquer tipo de contrassenso uma vez que se o advogado *expert* recomendar, a partir da análise da ideia de conduta ou do ato de concentração do seu cliente, a necessidade de uma Consulta ao CADE, é porque ele não encontrou na doutrina ou na jurisprudência específica uma resposta segura. É esse, pois, o efeito buscado pelo procedimento, ou seja, atribuir segurança jurídica, previsibilidade, o que gera efetividade às normas de Defesa da Concorrência.

Roberto Domingues Taufick (2017, p. 98), reconhecendo que a questão submetida à Consulta não deve ser algo abstrato, defende essa posição de maneira a guardar efetiva utilidade para o próprio CADE no desenvolvimento do seu *mister* de análise de condutas e de atos de concentração:

Embora a Administração já viesse questionando, há muito, a utilidade das consultas, sob o receio de que servissem para isentar de punição determinadas práticas ilícitas, foi mantida aquela modalidade referente às práticas em andamento. Trata-se, justamente, do modelo de consulta mais útil ao próprio CADE, pois dele se pode partir para a advocacia da concorrência, ou instaurar o procedimento administrativo adequado para apuração de conduta anticompetitiva.

A própria Lei n. 12.529, art. 9º, § 5º, conferiu competência normativa ao CADE para, em resolução, definir normas complementares para o procedimento de Consulta. Aqui é importante destacarmos que o CADE não pode restringir ou criar mais direitos, afetos ao procedimento de Consulta, do que aqueles previstos em lei, pois sua competência normativa é limitada à regulamentação, tal qual função têm os decretos para as leis em geral.

Por fim, relevante lembrarmos que o procedimento de Consulta envolve a movimentação da máquina administrativa. Dessa movimentação decorrem vários dispêndios e custos. Conselheiros e suas equipes técnicas e administrativas dedicam muitas horas e recursos públicos para preparar e apreciar o procedimento. É por isso, pois, que o legislador instituiu o pagamento de uma taxa, no valor de R\$ 15 mil, para os processos que têm como fato gerador a apresentação de Consulta junto ao CADE. Basta, assim, a mera apresentação do procedimento ao Tribunal. Ou seja, não cabe devolução da taxa se, por exemplo, logo após o ingresso do procedimento junto à autoridade, a requerente, por qualquer motivo, desistir do pleito ou se não for levada adiante a conduta ou o ato de concentração subjacente.

O procedimento de Consulta junto ao CADE está regulamentado atualmente pela referida autoridade por meio da Resolução n. 12/2015, que foi precedida de Consulta Pública aberta em 29 de outubro de 2014 por meio de despacho n. 314/2014/PRES/CADE, à época do Presidente Vinicius Marques de Carvalho. As contribuições da sociedade em geral deveriam ser enviadas ao CADE até 28 de novembro de 2014.

Pesquisando no *site* do CADE os autos da Consulta Pública referentes à Resolução CADE n. 12/2015¹¹ observamos que, primeiramente, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), por meio de sua gerência do departamento jurídico estratégico, enviou contribuição em 27/11/2014 insurgindo-se contra a proposta específica do CADE, constante no art. 8º da minuta de Resolução apresentada na Consulta Pública, que previa a vinculação da decisão do CADE por um prazo máximo de 5 anos. Entendia a FIESP que se não forem alteradas as partes, o negócio jurídico ou o mercado, ou seja, a situação de fato objeto de questionamento, não haveria sentido especificar um prazo máximo pelo qual a autoridade estaria vinculada à sua decisão em um procedimento de Consulta. Contudo, a Federação não ponderou em sua argumentação o dinamismo das relações econômicas de maneira que o hoje pode ser lícito, amanhã pode não ser e vice-versa. Isso, por si só, implica na impossibilidade de a Administração Pública que lida com a Defesa da Concorrência se vincular por prazo indeterminado em relação à decisão em sede de Consulta, sob pena de, em algum momento, deixar de atingir seu objetivo principal, que é a manutenção do bem-estar social.

A empresa Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras), por meio da coordenação de direito da concorrência de seu departamento jurídico, também apresentou contribuições de maneira a (i) ampliar os legitimados a formular Consulta; (ii) simplificar os requisitos exigidos para a apresentação do procedimento; (iii) desvincular a resposta do CADE ao prazo máximo de 5 anos e (iv) ressaltar a observância da boa-fé, como eventual fator de reduzir a multa a ser imposta, caso a Consulta fosse revertida em processo administrativo para apurar infração da ordem econômica ou de ato de concentração. Embora tenha sido também trazido o ponto da desvinculação da resposta da autoridade a um determinado prazo, assim como havia feito a FIESP, a Petrobras inovou ao apresentar importantes contribuições, em especial, ligadas à dosimetria da pena, indicando que a boa-fé deveria ser considerada na hipótese de a autoridade entender que é necessário transformar a Consulta submetida pela parte em procedimento de análise de infração da ordem econômica dada a gravidade dos fatos apresentados.

¹¹ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.009128/2014-67. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnelu8NhzRw5tgEBS6AreRtX-DQaoRSX1QqoLd3aqfGXN. Acesso em: 24 mar. 2020.

O Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consulta e Comércio Internacional (IBRAC), a maior e mais representativa entidade no Brasil que congrega militantes e interessados na matéria de Defesa da Concorrência, encaminhou uma série de contribuições do setor especializado, formado principalmente por advogados. O IBRAC, dentre suas várias sugestões, apresentou proposta de: (i) redução do prazo de resposta do CADE com relação a procedimento de Consulta a ele submetida de 150 dias para 60; (ii) inclusão da possibilidade de haver requisição de informações a terceiros ou a órgãos governamentais; e (iii) desnecessidade de fixação de prazo de vinculação do CADE à sua resposta – inclusive, nesse ponto, de modo a conferir segurança jurídica, o IBRAC sugeriu que houvesse vedação quanto à aplicação retroativa da nova interpretação do CADE no caso de reconsideração da resposta da autoridade proferida em sede de Consulta.

Dois pontos foram muito contundentes na contribuição do IBRAC na consulta pública sobre o procedimento de Consulta: a celeridade para uma resposta da autoridade e a possibilidade de instrução do procedimento em questão por meio de requisição de ofícios a terceiros. Conforme veremos na análise empírica trazida mais adiante nessa pesquisa, se tal recomendação tivesse sido acatada, certamente haveria mais efetividade ao procedimento.

Leandro Badi Taouil, estudante de Direito, também apresentou sugestões. Interessante ponto trazido pelo administrado pessoa física foi no sentido de que não se deveria indeferir consultas puramente hipotéticas, uma vez que “um dos objetivos da Consulta é entender a interpretação do CADE a respeito de determinados dispositivos legais, e essa seria uma das maneiras de se extrair a visão do Tribunal a respeito”.

A Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP (CECORE) também encaminhou ponderações e sugestões. De modo geral, dentre alguns pontos, fez referência à redução do prazo de julgamento da Consulta submetida ao órgão antitruste e ao abatimento do valor da taxa devida ao CADE quando da análise de ato de concentração, caso se decida que uma operação, então consultada, deva ser submetida ao controle de estruturas do CADE. Nesse último ponto, porém, a Comissão, a nosso ver, não observou que haveria movimentações distintas da máquina administrativa: uma para o procedimento de Consulta e outra para análise do AC, possivelmente sem aproveitamento comum dos resultados, razão pela qual o abatimento do custo havido com a primeira no processamento da segunda, na nossa compreensão, seria equivocado.

A empresa de telefonia “Oi” apresentou suas contribuições. Dentre elas, também propôs a redução de prazo para solucionar Consulta menos complexas em até 90 dias, deixando o prazo

de 150 dias constante da minuta apresentada na Consulta Pública para aqueles feitos de enfrentamento mais difícil.

A Grinberg e a Cordovil Advogados, banca de advogados com bastante experiência em antitruste, propôs a possibilidade de emenda ao texto inicial da Consulta, se não preenchidos os requisitos exigidos para sua apreciação. Somente se não atendida a emenda à Consulta, então, seria ela indeferida. Destaque importante foi a sugestão do escritório quanto a incluir a possibilidade de se conferir confidencialidade de trechos da Consulta, em especial, em razão de informações concorrencialmente sensíveis. Esse último aspecto parecia-nos extremamente relevante para aquelas operações societárias ou práticas comerciais que envolvam, de um lado, pontos que poderiam influenciar no mercado acionário e, por outro lado, segredos de negócio.

A Comissão Permanente de Estudos do Direito da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB de Minas Gerais (CECORE/MG) apontou que a proposta de Resolução posta em Consulta Pública não foi acompanhada de uma exposição de motivos ou de considerações acerca do tema e da necessidade da regulamentação pretendida, sendo interessante o CADE fazê-lo a exemplo de muitos outros órgãos da Administração Federal.

Analizadas todas as contribuições da sociedade, os autos da Consulta Pública foram encaminhados à PROCADÉ que se manifestou no sentido de que a versão final da minuta, então já submetida, absorvia muitos dos critérios de admissibilidade do procedimento em estudo já delineados pelo referido órgão do CADE em seus julgados (vide capítulo terceiro). Além disso, relatou que a minuta final da Resolução sobre o procedimento de Consulta junto ao CADE não exorbitava os limites de delegação regulamentar outorgados à autarquia, amoldando-se, ao contrário, aos ditames da legislação antitruste.

Assim, o Plenário do CADE resolveu pelo regramento do procedimento de Consulta previsto na Lei n. 12.529/2011, §§ 4º e 5º, o qual veio a lume em 17 de março de 2015, no DOU, por meio da Resolução CADE n. 12. Não houve período de *vacatio legis*.

Com efeito, a Resolução CADE n. 12 é composta de 12 artigos divididos em quatro sessões: da admissibilidade; da solicitação e seus requisitos; do processamento do pedido; e da decisão e seus efeitos.

Quanto à admissibilidade da Consulta, dispõe o art. 1º da Resolução CADE n. 12 que qualquer parte interessada poderá formular Consulta ao Tribunal. O objetivo do procedimento é solicitar posicionamento sobre a aplicação das normas concorrenciais em relação a hipóteses de fato específicas. E para delimitar os legitimados a ingressar com um procedimento de Consulta junto ao CADE, a Resolução CADE n. 12, conforme seu art. 1º, parágrafo único, considera o agente econômico, pessoa natural ou jurídica, diretamente envolvido na operação

ou prática. Assim, a nosso ver, um terceiro, ainda que eventualmente possa ser prejudicado, não pode efetuar Consulta. Nessa hipótese, porém, cabe denúncia do fato à autoridade, que promoverá a investigação. Também são legitimados a propor Consulta junto ao CADE as entidades ou associações, que observadas as suas finalidades estatutárias, representem o setor envolvido e demonstrem o interesse de, pelo menos, mais de um associado na questão objeto de Consulta. Essa delimitação da legitimidade destinada às associações de classe tem por objetivo, no nosso entender, limitar que entidades capturadas apenas por um agente econômico atuem de fachada para a defesa de interesse individual e não setorial.

Nos termos da Resolução CADE n. 12, art. 2º, uma Consulta pode versar sobre:

I. a interpretação da legislação ou da regulamentação do CADE atinente ao controle de atos de concentração, em relação a certas operações ou situações de fato adequadamente definidas; II. licitude de atos, contratos, estratégias ou condutas de qualquer tipo, já indiciadas pela parte consulente; ou III. a licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já concebidas e planejadas, mas ainda não iniciadas pela parte consulente.

Portanto, o objeto de um procedimento de Consulta junto ao CADE pode ser questão relacionada à aplicação da legislação concorrencial nacional (Lei n. 12.529/2011 ou outra que vier a existir conjuntamente) ou sobre o regramento do CADE voltado à sua função preventiva ou repressiva. Com relação à última, deve-se tratar de conduta já em andamento ou planejada e ainda não executada.

Importante destacar que nos termos da Resolução CADE n. 12, em se tratando de procedimento de Consulta sobre atos, contratos, estratégias ou condutas de qualquer tipo já iniciadas pela parte consulente, o Tribunal, entendendo que dela há meros indícios de ilicitude quanto ao objeto consultado, determinará na mesma decisão sobre o procedimento de Consulta a sua conversão em procedimento preparatório de inquérito administrativo para apurar infração à ordem econômica ou processo administrativo para impor sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Cada um deles será definido e processado segundo o grau de existência de indício ou de suficiência de provas.

Quanto aos requisitos para se solicitar um procedimento de Consulta junto ao Tribunal do CADE (Lei n. 12.529/2011, art. 3º) são eles:

I. a qualificação da parte consulente e, quando necessário para a compreensão da Consulta, a identificação das demais partes envolvidas; II. a indicação precisa de seu objeto, incluindo uma descrição completa e exaustiva de todos os fatos reputados relevantes; III. toda a documentação necessária à análise; IV. a indicação de todos os dispositivos de lei e precedentes do CADE eventualmente relacionados ao seu objeto, bem como da questão específica que se pretende ver respondida; V. a comprovação

do legítimo interesse da parte; VI. quando se tratar de licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já iniciadas pela parte consulente, a declaração de que os fatos e objeto da Consulta não são objeto de nenhuma investigação ou processo administrativo pendentes ou já julgados pelo CADE. Acrescente-se a esse rol, embora ali não previsto, o comprovante do pagamento da taxa processual relativo à Consulta, nos termos do art. 23 da Lei 12.529/2011, no valor de R\$ 15 mil.

Nos termos da Resolução CADE n. 12, art. 4º, a Consulta será indeferida de plano quando:

I. houver sido formulada por terceiro não envolvido diretamente na transação ou conduta submetidas à análise; II. disser respeito a práticas que estejam em curso de investigação junto ao CADE ou que já tenham sido consideradas pelo órgão como infrações à ordem econômica; III. exigir, para sua análise, consideração de fatos outros além daqueles descritos e comprovados na Consulta; IV. envolver questão puramente hipotética; V. não permitir, a partir exclusivamente das informações fornecidas, uma resposta adequadamente informada por parte do CADE; VI. envolver tema alheio às competências do CADE e; VII. versar sobre hipótese já disciplinada em ato normativo ou súmula do CADE.

Dissecando todas as hipóteses de indeferimento de plano, temos: I. conforme dissemos, terceiros, ainda que prejudicados ou afetados por um ato de concentração ou conduta anticompetitiva, têm em seu socorro meios apropriados para provocar a investigação do CADE, não lhes sendo permitido ingressar com procedimento de Consulta, até porque não disporiam de todos os elementos necessários para apresentação e instrução, nesse procedimento, ao CADE; II. em se tratando de algo ainda em investigação pelo CADE ou já decidido pela autoridade como ilícito, é evidente o não cabimento do procedimento de Consulta sobre tais questões, dada a litispendência ou a coisa julgada formada, à comparação com os mesmos institutos do processo civil ou penal; III. uma das principais críticas dirigidas ao procedimento de Consulta é o rigorismo quanto à descrição dos fatos, de maneira que isso deverá ser exaustivo e completo, não permitindo que o CADE promova investigações ou instruções complementares. No entanto, a busca de eventual completude pela autoridade seria extremamente salutar e economicamente eficiente; IV. diversamente do quanto pontuado pelo estudante de Direito Leandro Badi Taouil, durante a Consulta Pública promovida pelo CADE a respeito da Resolução CADE n. 12, decidiu-se pelo indeferimento do procedimento de Consulta na hipótese de a questão ser puramente hipotética. Concordamos com a visão do estudante – e lamentamos o não acolhimento da sua sugestão – na medida em que uma Consulta poderia partir apenas de conjecturas (à semelhança da Consulta no Direito Tributário); V. também relacionado ao item III, é digno de inconformismo não ser permitido que o CADE promova, em sede de procedimento de Consulta, levantamento de informações junto a terceiros, em especial, por meio de ofícios, de maneira a subsidiar melhor a sua resposta. Como veremos,

muitas Consultas interessantes apresentadas desde 2012 foram arquivadas ou não conhecidas com base nessa restrição, culminando em desperdício de escasso tempo e recursos públicos, que poderiam ser aproveitados com um mero procedimento de investigação complementar pela autoridade antitruste e, assim, trazer efetividade às normas de Defesa da Concorrência. Não justifica tal limitação, nem mesmo em função do prazo regulamentar de resposta (120 dias), o qual a autoridade reputa ser exíguo. Bastaria o rigorismo no controle desse prazo para se dar acolhida à complementação da instrução; VI. logicamente, ainda que a Consulta nasça da incidência de outros ramos do Direito ao fato, somente sobre a matéria de competência do CADE, ou seja, a Defesa da Concorrência, deve versar sua análise e resposta, descartando-se opinião sobre outras esferas do Direito; e VII. à primeira vista, parece não ter sentido prever que em hipóteses já disciplinadas em atos normativos ou súmulas do CADE o procedimento de Consulta será indeferido, pois é exatamente a respeito da incidência deles ou não sobre determinado fato que se funda eventual dúvida objeto imediato do procedimento em estudo. Ocorre, no entanto, que há situações já definidas pela autoridade concorrencial muito bem estabelecidas, a exemplo dos prazos de duração de uma cláusula de não concorrência na hipótese de estabelecimento de uma *joint venture* ou na alienação de estabelecimento. Essas situações já foram analisadas e definidas quanto ao posicionamento da autoridade, conforme súmulas do CADE n. 4 e n. 5, ambas publicadas em 9 de dezembro de 2009, que determinam ser lícita a estipulação de cláusula de não concorrência na vigência de *joint venture* (desde que guarde relação direta com seu objeto e fique restrita aos mercados de atuação), como também ser lícita a estipulação de cláusula de não concorrência, com prazo de até 5 anos da alienação do estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio.

Quanto ao processamento do pedido, deve ser dirigido ao Presidente do Tribunal, que determinará as providências de registro e de distribuição, mediante sorteio, a um dos outros conselheiros, na primeira sessão de distribuição subsequente ao protocolo do pedido (Resolução CADE n. 12, art. 5º).

O prazo para julgamento de uma Consulta formulada é de no máximo 120 dias, contado da sua distribuição a um Conselheiro, que será o relator (Resolução CADE n. 12, art. 6º). Não cabe dilação do prazo. No entanto, ele nos parece suficiente para tratar por completo de uma Consulta, inclusive admitindo-se investigações e instruções complementares pela autoridade, embora isso não seja permitido.

A descrição do fato que embasa a dúvida e o aparelhamento do procedimento com todas as informações e documentos possíveis prestados e apresentados pela parte consulente é fundamental para um bom aproveitamento do resultado do procedimento de Consulta junto ao

CADE. Isso porque, a Resolução CADE n. 12, art. 7º, vincula o Relator ao quanto for submetido a ele, pela parte, como instrução do feito. No entanto, o artigo permite que o Relator se valha de informações adicionais, desde que obtidas em fontes públicas de credibilidade ou, ainda, socorrendo-se de informações constantes de decisões ou análises anteriores depreendidas pelo CADE.

A decisão e os efeitos do procedimento da Consulta são disciplinados pela Resolução CADE n. 12, arts. 8º, 9º e 10. Primeiramente, observamos que há um certo limite objetivo da resposta da Consulta, ou seja, ela se circunscreverá, especificamente, ao exame da questão que constar do objeto o procedimento, de maneira que não se estenderá o pronunciamento do CADE para a análise de outros fatores não questionados pela parte consulente. Isso é compreensível, na medida em que a resposta ao procedimento de Consulta vincula, por até 5 anos contados da publicação da decisão no DOU, o Tribunal e as partes consulentes, nos limites estritos dos fatos originalmente expostos pelos últimos. O limite objetivo da resposta da Consulta tem efeito intrínseco e extrínseco, pois a autoridade somente pode avaliar aquilo que lhe é perguntado pela parte consulente, e nada mais. Sua resposta o vinculará, sobre aquele objeto, por determinado prazo regulamentar estatuído. A vinculação também se estende às partes, que não poderão fazer interpretação extensiva ou restritiva da resposta do CADE, de maneira a acomodar questão não apresentada à autoridade. Além disso, embora sem efeito *erga omnes*, é reflexo da resposta ao procedimento de Conduta que a sociedade também – e de certo modo – se vincula para efeito de orientação, revelando-se mais uma característica da Consulta aqui estudada relacionada à sua contribuição visando a efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

Quanto ao prazo de vinculação em si, ou seja, 5 anos, esse nos parece adequado. Seria impensável que a autoridade concorrencial se vinculasse *ad eternum* às suas decisões em procedimento de Consulta considerando o dinamismo das relações econômicas. Ao final desse prazo, se a parte consulente se sentir insegura sobre a continuidade da prática anteriormente analisada, poderá solicitar um novo pronunciamento do CADE e, a partir daí, um novo prazo de vinculação.

De toda forma, o caráter vinculante da resposta da Consulta é relativo, conforme preconiza a Resolução CADE n. 12, art. 9º, pois a resposta não prejudicará o direito de o Tribunal reconsiderar posteriormente sua interpretação sobre as questões jurídicas e/ou fáticas envolvidas ou, ainda, se houver interesse público, se assim o exigir ou determinar a cessação da prática analisada na Consulta em virtude da existência de fatos ou motivos novos, outrora não conhecidos pelo CADE quando da análise do procedimento. No entanto, é vedada a aplicação retroativa da nova interpretação para aplicação de qualquer penalidade à parte

consulente. De fato, questões fáticas e jurídicas não conhecidas pelo CADE à época do procedimento, e que eventualmente interfiram posteriormente na resposta da Consulta, podem trazer a reconsideração, uma vez que se fossem notadas à época da análise, o resultado não seria o mesmo. De toda forma, atribuindo-se certa segurança jurídica, ainda que ocorra tal reconsideração, ela não seria capaz de atingir retroativamente as partes consulentes ou administrados para fins de aplicação de penalidade.

Por fim, quando o fundamento da resposta a um procedimento de Consulta for, direta ou indiretamente, a existência de precedentes anteriores divergentes do CADE quanto ao seu objeto, o Tribunal poderá, a seu critério, dar à decisão da Consulta eficácia adicional de uniformização de jurisprudência, fazendo editar súmula do CADE. Nesse caso, a aprovação concomitante da súmula com a Consulta dispensa a verificação de julgamentos de casos tomados pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Plenário do Tribunal em pelo menos 10 precedentes concordantes e as decisões definitivas de competência da SG não reformadas em, pelo menos, 10 precedentes concordantes, sendo, contudo, exigida a aprovação da maioria absoluta do Plenário.

Em conclusão, o procedimento de Consulta é relativamente simples e acessível. Basta seguir à risca o previsto na Resolução CADE n. 12/2015, cujo intuito foi, exatamente, não engessar os pleitos dos administrados de modo a, em tese, criar-se os incentivos necessários para sua larga utilização. O CADE, ao regulamentar o instituto, previu incentivos imprescindíveis como a vinculação da autoridade (e também das partes) ao quanto respondido e tratado no procedimento. Mas não se descuidou de tratar da necessária formalidade e da clareza dos elementos para que o procedimento possa prestar ao seu fim.

2.1 Procedimentos de consulta em outras legislações

O procedimento de Consulta não é um instituto exclusivo do direito concorrencial. No Brasil, outros ramos do Direito e, assim, outras legislações podem prever mecanismo semelhante.

Conforme veremos nas subseções seguintes, que retratam exemplos de legislações brasileiras prevendo algum procedimento de consulta, sua finalidade imediata é a mesma do procedimento de Consulta junto ao CADE previsto na Lei n. 12.529/2011, ou seja, atribuir segurança jurídica ao consulente. Entretanto, a nosso ver, nessa última especialmente, é mais latente a possibilidade de se observar a funcionalidade oblíqua de o instrumento de consulta ser também assegurador do objeto de tutela legal, ou seja, no caso das normas de Defesa da

Concorrência, o bem-estar social mediante manutenção do ambiente de competição entre os agentes de mercado. De toda forma, quando viável, faremos um contraste geral dos exemplos apresentados com o procedimento de Consulta junto ao CADE.

2.1.1 Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)

O mais famoso procedimento semelhante ao ora estudado é a consulta do Direito Tributário, prevista no Código Tributário Nacional, art. 161, § 2º, nos seguintes termos:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Trata-se de processo administrativo que visa a esclarecer ao contribuinte dispositivos da legislação tributária. Enquanto pendente de solução sobre uma consulta tributária apresentada pelo contribuinte devedor, desde que no prazo legal para pagamento, não há incidência de acréscimo de juros de mora ao crédito tributário não integralmente pago no vencimento, tampouco incidem as penalidades cabíveis (ex.: multas).

A consulta tributária existe nas esferas municipal, estadual e federal, exatamente em relação aos tributos devidos aos respectivos entes federados. No âmbito federal, a matéria é regida pelo Decreto n. 70.235/1972, pelas Leis n. 9.430/1996 e n. 11.457/2017 e pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 740/2017, aplicáveis às consultas relacionadas a tributos sobre a administração da Secretaria da Receita Federal até a entrada em vigor da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 1.396, de 16 de setembro de 2013, e suas alterações posteriores.

Conforme apontam Paulo Furquim de Azevedo e Marcos Paulo Veríssimo (2014, p.16-17) em pesquisa patrocinada pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social sobre o “Estatuto das Consultas no CADE: Proposta de Regulamentação do art. 9º, § 4º da Lei n. 12.529/2011”, o processo de consulta tributária conforme a legislação citada:

- impede a instauração de procedimento sancionatório contra a parte consulente durante a sua pendência, e desde que sua resposta seja, a partir da data em que emitida, observada por essa mesma parte;

- é vinculante, nos termos em que respondida, para a autoridade que a emite, mas permite a mudança de posicionamento, desde que a nova interpretação se aplique apenas para o futuro;
- pode ser formulada por entidade representativa de categoria econômica ou profissional, hipótese em que alcançará seus associados ou filiados depois de cientificado o consulente da decisão;
- só produz efeito em relação a situações apresentadas em tese se o fato subsequentemente concretizado for exatamente aquele sobre o qual versou a consulta previamente formulada; e
- não é admissível, entre outras hipóteses:
 - para esclarecer fato que já seja objeto de litígio ou investigação, de que o consulente faça parte, quer na esfera judicial ou administrativa, ou quando se referir à situação já examinada pela autoridade fiscal;
 - quando seu objeto não for descrito de maneira suficientemente precisa, não descrever, completa e exatamente, a hipótese a que se referir, ou não contiver os elementos necessários à sua solução, referir-se a fato genérico, ou, ainda, não identificar com clareza o dispositivo da legislação tributária sobre cuja aplicação haja dúvida;
 - quando formulada por pessoa não interessada;
 - quando referir-se a tema fora da competência da Receita Federal;
 - quando versar hipótese já disciplinada em ato normativo publicado; e
 - quando versar sobre a constitucionalidade da legislação tributária.

É importante destacar que, nos termos da Lei n. 9.430/1996, § 12, a administração pode alterar seu entendimento expresso na consulta tributária, porém, nessa hipótese, a nova orientação valerá apenas aos fatos geradores ocorridos após ser dada ciência ao consulente ou depois da publicação do novo entendimento pela imprensa oficial.

Em contraste com o procedimento de Consulta junto ao CADE, destacamos que na consulta, no âmbito do Direito Tributário, podemos discutir a questão em tese, ou seja, o fato gerador pode não ter efetivamente ocorrido, mas pode ser idealizada a situação que suscitaria a incidência tributária, diversamente do procedimento no âmbito concorrencial sob estudo, no qual é necessário que o ato de concentração ou a conduta seja iniciada no que tange à sua concepção, de maneira a não se tratar de algo abstrato. Além disso, a formulação de consulta tributária pode ser utilizada como estratégia para suspender a exigibilidade do tributo, enquanto no âmbito do CADE isso não seria possível, pois se a autoridade concorrencial entender que do procedimento de Consulta a ela apresentado há elementos suficientes para exercer sua função repressiva, por exemplo, o Plenário poderá convertê-la em um dos procedimentos previstos na Lei n. 12.529/2011 visando apurar infração da ordem econômica.

2.1.2 Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (CVM)

Também há o sistema de consulta no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), previsto na Lei n. 6.385/1976, art. 13. Nos termos da referida norma, a CVM manterá serviço para exercer atividade consultiva ou de orientação junto aos agentes de mercados de

valores mobiliários ou a qualquer investidor, podendo a autarquia, a seu critério, divulgar ou não as respostas às consultas formuladas ou aos critérios de orientação emitidos. Compete ao Colegiado da CVM, formado pelo Presidente e por quatro Diretores, ouvindo as áreas técnicas, avaliar em sessão privada semanal as consultas formuladas à autarquia.

Para registro, a CVM também emite pareceres de orientação, com fulcro na Lei n. 6.385/1976, art. 13, visando guiar os agentes de mercado e investidores sobre matéria que cabe à autarquia, além de vincular a interpretação do órgão a respeito da interpretação da Lei em questão e da Lei n. 6.404/1976.

Diversamente do ocorrido no âmbito do CADE, a CVM não disciplinou seu procedimento de consulta, razão pela qual poderá, em princípio, prescindir de alguns elementos formais.

2.1.3 Lei n. 4.377, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral)

Outro exemplo de sistema de consulta existente para além daquele processado junto ao CADE está na Lei n. 4.377/1965, que instituiu o Código Eleitoral, a qual prevê em seu art. 23, XII, que compete ao Tribunal Superior Eleitoral responder às consultas que lhe forem feitas em tese e em matéria eleitoral por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. Além disso, conforme prevê o art. 30, VIII, da Lei, compete aos Tribunais Regionais, logo em um grau abaixo, responder às consultas que lhe forem feitas em tese e em matéria eleitoral, por autoridade pública ou partidos políticos.

Conforme notamos, é mais um exemplo que, ao contrário da Consulta junto ao CADE, admite a manifestação sobre a situação em tese.

2.1.4 Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992 (TCU)

Podemos citar também a competência do Tribunal de Contas da União (TCU), nos termos da Lei n. 8.443/1992, art. 1º, XVII e § 2º, para decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, conforme estabelecido pelo Regimento Interno. A resposta à consulta terá caráter normativo, constituindo pré-julgamento da tese, mas não do fato ou do caso concreto.

O regulamento do processo de consulta junto ao TCU consta dos arts. 264 a 265 do seu Regimento Interno. Em seus termos, cabe ao Plenário do TCU decidir sobre consultas

relacionadas a dúvidas sobre matéria de sua competência apresentadas pelo: a) presidente da República, Senado Federal, Câmara dos Deputados e STF; b) procurador-geral da República; c) advogado-geral da União; d) presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; e) presidentes de tribunais superiores; f) ministro de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente e g) comandantes das Forças Armadas.

As consultas ao TCU devem conter indicação precisa do seu objeto e, sempre que possível, ser instruída com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente – essas últimas devem demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições as quais representam.

A decisão sobre o processo de consulta no âmbito do TCU somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 7 ministros, incluindo ministros-substitutos convocados, além do Presidente. Finalmente, o relator ou o Tribunal não conhecerá de consulta que não atenda aos requisitos previstos no regimento ou verse apenas sobre caso concreto, devendo o processo ser arquivado após a comunicação ao consulente.

Como vimos, nesse último ponto, diversamente do ocorrido com o procedimento de consulta junto ao CADE, a consulta junto ao TCU é cabível apenas para questões hipotéticas. Essa sistemática para o TCU parece fazer muito sentido na medida em que, se tratando de erário, a ação sobre ele deve ser antecedida de acautelamento, ou melhor, não é conveniente que o administrador avance, primeiramente, sobre a economia fazendária para, em seguida, saber se sua ação teria ou não guarida na legislação.

2.1.5 Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou o disposto nos arts. 20 a 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro)

Por fim e de forma geral, embora não se trate exatamente de regramento de um sistema de consulta, o art. 19, do Decreto n. 9.830/2019, que regulamentou o disposto nos arts. 20 a 30 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, prevê que as autoridades públicas atuarão visando aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas. Todos esses instrumentos terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da Administração Pública a que se destinarem, até ulterior revisão.

2.2 Procedimentos de Consulta em outras jurisdições

O procedimento de Consulta junto a uma autoridade antitruste não é algo exclusivo ou alguma novidade trazida pelo direito concorrencial brasileiro. Na verdade, muitas outras jurisdições adotam instituto semelhante já há muito tempo, bem antes de o Brasil também instituí-lo.

Para efeito de corte metodológico, a presente parte dessa pesquisa concentrou-se, somente, na análise dos institutos semelhantes adotados nos Estados Unidos da América e na União Europeia no âmbito da sua Comissão, revelando os modelos americano e europeu de consulta que influenciaram os modelos brasileiro e de outros países. Quando da apresentação de cada um deles, far-se-á o contraste de alguns dos seus pontos com o procedimento de Consulta adotado no Brasil pelo CADE.

2.2.1 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, o sistema de Consulta em matéria concorrencial ocorre por meio de *Advisory Opinions* e de *Industry Guides*, processadas no âmbito da *FTC* e previstas na subparte A, do Título 16, do *Code of Federal Regulations*.

Em relação às *Advisory Opinions*, qualquer pessoa, natural ou jurídica, tem a faculdade de encaminhar consulta à *FTC* versando sobre uma ação (conduta) que deseja implementar. A *FTC* analisará tal pedido e informará sua opinião, quando possível, à parte solicitante. Para formular uma *Advisory Opinion* é preciso que o (i) o assunto envolva uma questão de fato ou de direito substancial nova e, assim, não exista nenhum precedente claro da *FTC* ou de tribunal relacionado a ela; ou (ii) o objeto do pedido e o respectivo parecer da *TCC* ser de interesse público significativo – esse último ponto é algo alternativo e que se diferencia do adotado no Brasil.

Importante destacar que a *FTC* não responderá perguntas hipotéticas, tal qual ocorre no Direito brasileiro. Além disso, o pedido será indeferido quando: a) a ação pretendida, no todo ou em parte, for igual a uma outra conduta que também está ou já esteve em investigação pela *FTC* ou outra agência do governo; ou b) a *FTC* não puder emitir uma opinião inteiramente informada ou só puder fazê-lo mediante extensa investigação e instrução. Notamos que nesse ponto há uma grande semelhança com o procedimento de Consulta adotado pelo CADE e alinhamento com a sua jurisprudência.

A chamada *application* de uma *Advisory Opinion*, ou seja, o processamento do pedido junto à FTC, deve ser elaborado por escrito, direcionado ao Secretário desta, e conter: a) as perguntas que o solicitante quer ver respondidas; b) a citação da disposição de lei relacionada à questão; e) a descrição de todos os fatos relacionados à questão julgados pertinentes. É necessário também identificar o solicitante – consultas “anônimas” não serão respondidas. Constatamos que é possível submeter fatos adicionais, desde que solicitado antes da emissão do parecer pela FTC, o que distingue o modelo americano do brasileiro.

A opinião da FTC é emitida com base no material apresentado pela parte consulente, ou em qualquer outra informação disponível. Qualquer recomendação dada pela FTC não prejudica o direito dela de reconsiderar sua opinião e, quando o interesse público exigir, determinar a interrupção, mediante notificação à parte consulente, da conduta objeto da Consulta. No entanto, a Comissão não promoverá investigação em face da parte solicitante com relação a qualquer conduta tomada de boa-fé com base no parecer recebido, desde que as informações tenham sido prestadas de forma completa, correta e precisa e se a ação foi prontamente interrompida após a notificação. A assessoria prestada pelo *staff* não prejudica posteriormente o direito da própria FTC, por meio de seu colegiado, de rescindir a opinião, e se apropriado, iniciar um processo de investigação. Como se vê, portanto, a FTC não se vincula aos pareceres emitidos, destoando do sistema do CADE.

Ainda em relação à *Advisory Opinion*, o procedimento como um todo será tornado público no registro da FTC, imediatamente após a parte solicitante ter recebido o parecer. Contudo, é possível requerer tratamento confidencial de determinadas informações, desde que feito separadamente. Esse é um ponto que poderia ter sido adotado pela Resolução CADE n. 12/2015.

Os *Industry Guides* são interpretações administrativas de leis concorrenciais realizadas pela FTC para orientar o público na condução de seus negócios, em conformidade aos requisitos legais. Eles fornecem a base para a interrupção voluntária de práticas consideradas ilegais por membros da indústria. Seu descumprimento pode resultar em processos por parte da FTC, conforme as disposições legais aplicáveis.

Em sua essência, os *Industry Guides* podem estar relacionados a uma prática comum a muitos setores ou a práticas específicas de um determinado setor. Ainda, são promulgados pela FTC por sua própria iniciativa ou de acordo com uma petição apresentada ao Secretário por qualquer pessoa ou grupo interessado. É cabível quando se quer que orientações sobre os requisitos legais aplicáveis a práticas específicas sejam de conhecimento benéfico ao interesse público e sirvam para promover uma observância mais ampla e equitativa das leis de Defesa da

Concorrência. A FTC, a qualquer momento, pode conduzir as investigações necessárias, elaborar estudos e realizar as conferências ou audiências públicas que julgar apropriadas visando a emissão de uma *Industry Guide*.

Por fim, ainda com base no *Code of Federal Regulations*, agora no seu Título 28, há o *business review procedure* (carta de revisão) promovido pelo DoJ. Embora este último não esteja autorizado a dar pareceres consultivos a particulares, é possível que o órgão, por meio da sua Divisão Antitruste, analise uma conduta comercial proposta e declare sua intenção de investigá-la. A solicitação deve ser feita por escrito ao Procurador Geral Adjunto da Divisão Antitruste, que considerará apenas solicitações em relação à conduta comercial proposta, que pode envolver comércio interno ou externo e, a seu critério, pode recusar avaliar a consulta. Cada consulta formulada no âmbito do *business review procedure* deve ser acompanhada de todos os dados, incluindo informações básicas, cópias completas dos documentos operacionais e declarações detalhadas de todas as garantias orais e entendimentos, se houver. Todas as partes que solicitarem a carta de revisão devem fornecer à Divisão Antitruste do DoJ qualquer informação adicional ou documentos que ela possa posteriormente solicitar a fim de analisar o assunto. Após analisar uma solicitação, a Divisão Antitruste pode declarar sua atual intenção de investigar a conduta comercial proposta, recusar transmitir o pedido ou tomar outra posição ou ação que considerar apropriada. No direito concorrencial brasileiro, não há procedimento semelhante. Porém, o modelo de revisão prévia da conduta para indicar a possibilidade de investigação parece ter sido adotado na Alemanha, uma vez que mediante uma solicitação de análise de prática ou de operação, a autoridade concorrencial alemã poderá avaliar se é caso de tomada de providência e, em caso negativo, declarar que não usará seus poderes legais para sanção.

2.2.2 União Europeia

A União Europeia é uma união econômica e política composta por 27 países situados principalmente na Europa, formando a “Comunidade Europeia”, cujos objetivos são:

promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus cidadãos; garantir a liberdade, a segurança e a justiça, sem fronteiras internas; favorecer o desenvolvimento sustentável, assente num crescimento econômico equilibrado e na estabilidade dos preços; incentivar uma economia de mercado altamente competitiva, com pleno emprego e progresso social; garantir a proteção do ambiente, a luta contra a exclusão social e a discriminação; promover o progresso científico e tecnológico; reforçar a coesão econômica, social e territorial e a solidariedade entre os países da EU; respeitar

a grande diversidade cultural e linguística da EU; e estabelecer uma união econômica e monetária cuja moeda é o Euro¹².

No âmbito da União Europeia, funciona a Comissão Europeia (CE ou Comissão) que, por sua vez, tem por finalidade ajudar a definir a estratégia geral da primeira, propondo atos legislativos e políticas públicas, além de ser responsável por acompanhar a execução e gerir o orçamento do referido bloco econômico.

No âmbito da CE funciona a Direção-Geral de Concorrência, responsável pela política europeia de concorrência e pela aplicação das normas de Defesa da Concorrência europeia previstas no Tratado da Comunidade Europeia, sempre em cooperação com as autoridades antitruste dos países participantes do bloco econômico.

Seu procedimento de consulta é disciplinado pela Comunicação da Comissão sobre a orientação informal envolvendo questões novas relativas aos arts. 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia surgidas em casos individuais (chamadas “cartas de orientação”). Esse sistema também orientou o Japão, onde o instituto da consulta tem bastante utilização no âmbito da *Japan Fair Trade*.

A CE, por meio do seu Regulamento n. 1/2003, tem procurado estabelecer parâmetros de segurança jurídica e eficaz na aplicação das regras concorrenciais previstas no Tratado da Comunidade Europeia. Porém, quando há questões não resolvidas pela legislação, as empresas poderão obter orientações informais por parte da CE em situações novas relacionadas à interpretação dos arts. 81º e/ou 82º do Tratado. Assim, a CE, em decorrência de um pedido formal, apreciará se é adequado dar-lhe seguimento, mediante emissão de uma carta de orientação que só poderá ser processada se observadas de forma cumulativa as seguintes condições:

- a) versar sobre avaliação substantiva de um acordo ou prática à luz dos arts. 81º e/ou 82º do Tratado da Comunidade Europeia envolvendo uma questão de aplicação da lei para a qual não existe clarificação no quadro jurídico comunitário vigente, incluindo a jurisprudência dos tribunais comunitários, nem nas orientações gerais de acesso público, nem um precedente na prática decisória ou em cartas de orientação anteriores;
- b) abarcar uma avaliação *prima facie* das especificidades e dos antecedentes do caso e sugerir ser útil a clarificação da referida questão nova através de uma carta de orientação, tendo em conta os seguintes elementos: (i) a importância econômica, do ponto de vista do consumidor dos bens ou serviços a que o acordo ou prática diz respeito e/ou (ii) a medida em que o acordo ou prática corresponde ou poderá corresponder a uma utilização econômica mais alargada no mercado e/ou (iii) a importância dos investimentos associados à transação relativamente à dimensão das empresas em causa e a medida em que a transação afeta uma operação estrutural, como seja a criação de uma empresa comum que não exerce todas as funções de uma entidade econômica autónoma; e c) sendo possível emitir uma carta de orientação com base nas informações prestadas, não é necessário proceder a novo apuramento dos fatos mediante instrução complementar.

¹² UNIÃO EUROPEIA. Disponível em https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt. Acesso em: 31 out. 2020.

Importante destacar que os elementos dos itens “i”, “ii” e “iii”, da alínea “b”, não foram adotados pelo CADE no regramento do seu procedimento de Consulta. Isso é de se exaltar pois se evitou, no Brasil, o não conhecimento do procedimento de Consulta em razão de análises prévias que poderiam ser marcadas por um alto grau de subjetividade sobre aspectos econômicos da questão. Todavia, esses mesmos pontos foram adotados pela autoridade da Holanda, além da sua não vinculação à resposta emitida.

A CE não acatará um pedido de carta de orientação se: a) as questões incluídas no pedido forem idênticas ou semelhantes àquelas que constituem objeto de um processo pendente no Tribunal de Primeira Instância ou no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias; b) o acordo ou a prática a que se refere o pedido constitui o objeto de um processo pendente na CE, num tribunal de um Estado-Membro ou numa autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-Membro. Além disso, não haverá processamento da carta de orientação em se tratando de questões hipotéticas ou em razão de casos anteriores que deixaram de ser aplicados pelas partes (ou seja, as partes consultaram, mas desistiram de implementar o objeto da consulta).

As empresas podem solicitar uma carta de orientação à CE relativamente a questões suscitadas por um acordo ou prática planejados, isto é, antes da concretização desse acordo ou prática. Neste caso, a operação deve ter atingido um grau de desenvolvimento suficientemente avançado para que o pedido seja considerado, o que corrobora a orientação de não ser uma questão meramente hipotética.

De toda forma, um pedido de carta em orientação não prejudica a competência da CE para dar início a um processo relativamente aos fatos apresentados no pedido, caso se entenda haver uma violação concorrencial. Essa foi também uma importante orientação para o CADE no regramento da sua Consulta no Brasil.

Sobre o procedimento de apresentação do pedido de carta de orientação, a empresa ou empresas que tenham celebrado ou pretendam celebrar um acordo ou prática podem enviar uma simples carta à Direção-Geral de Concorrência da CE pedindo a orientação e contendo:

- a) identificação de todas as empresas em causa, assim como um endereço único para contato; b) as questões específicas relativamente às quais é solicitada orientação; c) informação completa e exaustiva sobre todos os pontos relevantes para uma análise fundamentada das questões suscitadas, incluindo a documentação pertinente; d) exposição pormenorizada dos motivos pelos quais o pedido apresenta uma ou mais questões novas; e) todas as outras informações que permitam uma avaliação do pedido e, em especial, uma declaração de que o acordo ou a prática a que o requerimento se refere não é objeto de qualquer processo pendente num tribunal ou perante uma autoridade de concorrência de um Estado-Membro; f) sempre que o pedido contenha elementos considerados segredos comerciais, uma identificação clara dos mesmos, de modo a requerer confidencialidade.

A CE analisará, em princípio, o pedido com base nas informações prestadas pela parte consulente, contudo, ela pode utilizar informações adicionais disponíveis em fontes públicas, processos anteriores ou qualquer outra e solicitar aos requerentes dados adicionais. Infelizmente, essa extensão da possibilidade de investigação não parece ter sido observada pela autoridade concorrencial no Brasil, inclusive resultando no não conhecimento de uma boa parte das Consultas submetidas ao CADE, conforme veremos no capítulo terceiro.

A CE pode partilhar e debater o conteúdo do pedido com as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros antes de emitir uma carta de orientação. Caso ela não seja emitida, a CE informará o motivo ao peticionário. Além disso, a empresa pode retirar seu pedido a qualquer momento. No entanto, as informações fornecidas no contexto do pedido permanecem em poder da Comissão e podem ser utilizadas em processos subsequentes.

Importante esclarecermos que uma carta de orientação inclui: a) uma descrição sumária dos fatos em que se baseia; b) a principal fundamentação jurídica em que assenta a interpretação da CE sobre questões novas relativas aos arts. 81º e/ou 82º do Tratado da Comunidade Europeia. Além disso, pode incidir apenas em uma parte das questões suscitadas no pedido e incluir aspectos adicionais àqueles apresentados no pedido.

As cartas de orientação serão publicadas no *site* da CE, reservadas as informações concorrencialmente sensíveis em relação às quais forem solicitadas confidencialidade pelas partes. Além disso, destinam-se, em primeiro lugar, a ajudar as empresas a procederem, elas próprias, a uma avaliação com conhecimentos aprofundados dos seus acordos e práticas. Ela não prejudica a apreciação da mesma questão pelos tribunais comunitários. Naqueles casos em que um acordo ou uma prática tenham constituído o substrato de uma carta de orientação, a CE não fica impedida de reexaminar o mesmo acordo ou prática no âmbito de um procedimento investigativo, em especial na sequência de uma denúncia. Nesse caso, a CE terá em consideração a carta de orientação anterior, sob reserva, em especial, de alterações ocorridas nos fatos subjacentes, de quaisquer novos aspectos suscitados pelo denunciante, da evolução jurisprudencial dos tribunais europeus ou de alterações significativas na política seguida pela Comissão.

As cartas de orientação não constituem decisões da CE e não vinculam as autoridades em matéria de concorrência nem os tribunais dos Estados-Membros com competência para aplicar os arts. 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia. No entanto, as autoridades em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros podem considerá-las emitidas pela Comissão, desde que as considerem útil no contexto de um processo.

Portanto, a Resolução CADE n. 12 recebeu forte influência dos normativos dos Estados Unidos da América e da União Europeia. No substrato de relevância, dessa última, porém, poderia ter aproveitado a possibilidade de se manifestar por questões não apresentadas diretamente pela parte consulente, mas intimamente relacionadas ao objeto do pedido da carta de orientação, além de permitir a instrução complementar durante o procedimento. Esses acréscimos ao procedimento de Consulta junto ao CADE poderiam torná-lo ainda mais completo para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

3 CONSULTAS ANALISADAS PELO CADE SOB A ÉGIDE DA LEI N. 12.529/2011

A metodologia empregada para esta parte da pesquisa – corte metodológico para efeito de concentração de nossos estudos – compreende, primeiramente, acesso às informações contidas no *site* do CADE (<http://www.cade.gov.br/>), por meio de busca pelo *link* “Pesquisa Processual”. Em seguida, foi selecionado no campo “Tipo do Processo” a opção “Finalístico: Consulta”. A partir da definição desse parâmetro, foram demonstrados pelo sistema do CADE vários procedimentos de Consulta registrados. Optamos, como início efetivo de nossa investigação, pelo acesso e pela leitura dos processos de Consulta demonstrados e datados a partir de 2009, inclusive.

Nosso objetivo inicial estaria voltado a concentrar a pesquisa em todos os procedimentos de Consulta apresentados ou analisados no âmbito da Lei n. 12.529/2011, dada a profunda modificação por ela provocada no sistema de Defesa da Concorrência nacional, em especial, no que tange à análise de atos de concentração. Contudo, visando a garantia e a completude da pesquisa – e principalmente da premissa acima –, optamos por iniciar a investigação a partir de casos datados de 2009, inclusive, haja vista a possibilidade de existir – como de fato constatamos – procedimentos de Consulta que, embora analisados na égide da Lei n. 12.529/2011, foram Consultas formuladas e apresentadas ao CADE sob o manto da Lei n. 8.884/1994.

A partir dessa seleção, descartamos da análise todos os casos que não configuravam procedimento de Consulta, como consultas internas dos próprios Conselheiros, da Superintendência-Geral e dos demais órgãos do CADE sobre matéria concorrencial, consultas públicas promovidas pela autoridade ou aquelas que versavam sobre dúvidas administrativas relativas ao pessoal do CADE.

Assim, formamos a base desta pesquisa – casos decididos pelo Tribunal do CADE até o fim de outubro 2020 – conforme demonstramos pelos procedimentos abaixo selecionados. Diante disso, analisamos cada um deles, por meio de um resumo dos principais pontos do processo, seguido da nossa compreensão a respeito da importância daquela Consulta para a efetividade da Defesa da Concorrência no Brasil.

Quadro 1 – Consultas analisadas pelo Tribunal do CADE sob a égide da Lei n. 12.529/2011, até 30 de outubro de 2020.

	Data da sessão	Número do processo	requerentes
1	23/10/2013	08700.001710/2012-13	Associação Brasileira da Indústria Pet
2	22/01/2014	08700.002294/2011-90	Banco Sofisa S.A.
3	02/04/2014	08700.000207/2014-02	Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis
4	29/01/2015	08700.009432/2014-04	SAAB Participações e Novos Negócios S.A.
5	08/04/2015	08700.006564/2014-85	Castrolanda – Cooperativa Agroindustrial Ltda.
6	08/04/2015	08700.010488/2014-01	International Finance Corporation – IFC
7	06/05/2015	08700.009476/2014-34	ABB Ltda.
8	24/06/2015	08700.003811/2015-71	Sindicato Nacional das Cooperativas de Serviços Médicos – SINCOOMED
9	05/08/2015	08700.004459/2012-49	José Ronaldo Kulb
10	02/09/2015	08700.007192/2015-94	Centro de Gestão de Meios de Pagamentos S.A. e Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A.
11	14/10/2015	08700.007817/2015-18	MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.
12	25/11/2015	08700.007124/2015-25	Center Norte S.A. – Construção, Empreendimentos, Administração e Participação
13	20/01/2016	08700.010927/2015-67	Polimix Concreto Ltda.
14	27/07/2016	08700.004483/2016-10	Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais
15	23/11/2016	08700.006858/2016-78	Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG
16	18/01/2017	08700.008081/2016-86	Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG (HSDG) e CMA CGM S.A. (CMA CGM)
17	22/02/2017	08700.008419/2016-08	Warner Bros Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl
18	03/05/2017	08700.000468/2017-75	Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.
19	23/03/2018	08700.001540/2018-62	SINTRACON – Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres e Cargas em Geral de Itajaí e Região e SEVEICULOS – Sindicato das Empresas de Veículos de Transporte de Carga e Logística de Itajaí e Região
20	22/08/2018	08700.004208/2018-50	Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores – FENAVIST
21 22 23 24	03/10/2018	08700.004009/2018-41 08700.004010/2018-76 08700.004011/2018-11 08700.004012/2018-65	Redecard S.A.
25	16/10/2018	08700.004594/2018-80	Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.
26	20/03/2019	08700.007296/2018-41	Associação Paulista de Produtores de Sementes e Mudanças – APPS
27	22/05/2019	08700.001930/2019-13	Petrobrás Distribuidora S.A
28	19/02/2020	08700.003594/2019-43	Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG

29	13/11/2019	08700.003762/2019-09	Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará – COOPANEST/CE
30	9/9/2020	08700.003320/2020-98	Banco MODAL S.A, Fundo de Investimento em Participações Malbec Multiestratégia e Fundo de Investimento em Participações Melbourne Multiestratégia
31	21/10/2010	08700.004474/2020-05	Dupatri Hospitalar Comércio, Importação e Exportação

Fonte: Elaborado pelo autor.

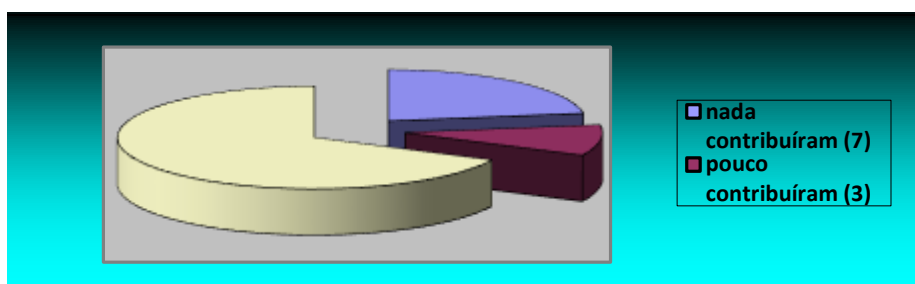
Conforme o Gráfico 1 (abaixo), todos os procedimentos de Consulta trazidos no quadro acima foram separados por tipo de contribuição à efetividade das normas de Defesa da Concorrência, ou seja, em que medida afirmaram, para o mundo real, o comando normativo visando direcionar na manutenção ou no incremento do bem-estar social. A segregação obtida tangenciou o resultado trazido por cada procedimento apresentado ao CADE, no período de análise em arquivamento (que compreende tanto a desistência do pedido como o arquivamento de plano pelo Tribunal do CADE), não conhecidas e conhecidas.

Observamos que a maior parte das Consultas analisadas conforme o universo de estudo identificado no Quadro 1 desemboca no conhecimento do feito, ou seja, na admissibilidade do procedimento apresentado pelas partes enquanto material a ser verificado em seu mérito (a dúvida sobre a matéria concorrencial em si, representativa das atividades repressiva e preventiva do CADE), revelando que na maior parte das vezes o Tribunal do CADE tende a pôr em prática o comando legal de se comunicar com o administrado por meio do procedimento de Consulta, tentar garantir segurança jurídica e, mais ainda, obliquamente, assegurar a aplicação do comando normativo que visa a manter ou melhorar o bem-estar social.

Porém, ainda há um grande caminho a ser percorrido, considerando que quase um terço do total das consultas analisadas corresponde a Consultas que pouco ou em nada contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

Nas análises realizadas de cada bloco (Consultas que nada contribuíram para a efetividade das norma de Defesa da Concorrência; Consultas que pouco contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência; e Consultas que contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência), poderemos chegar em alguma contribuição pessoal para que o instituto vá além do seu desiderato de previsibilidade e segurança jurídica mas, igualmente, e até com o mesmo grau de importância, possa alcançar aquilo que é real, verdadeiro e legítimo – para a Defesa da Concorrência é o ambiente de disputa que move os agentes econômicos que, na realização dos seus objetivos, traz consigo benefícios à sociedade.

Gráfico 1 – Distribuição das Consultas analisadas (Quadro 1) por tipo de contribuição à efetividade das normas de Defesa da Concorrência

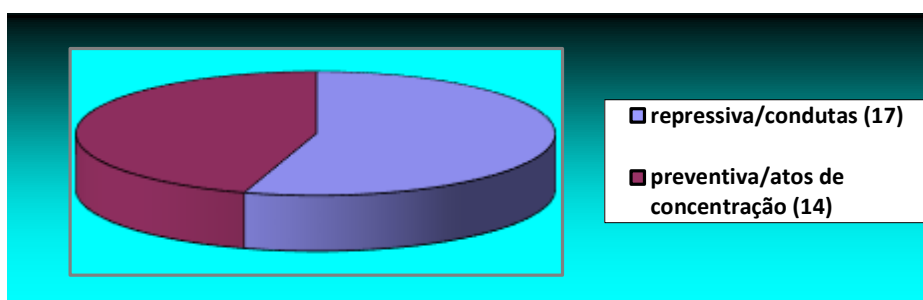


Fonte: Elaborado pelo autor.

O Gráfico 2, a seguir, representa a distribuição das Consultas analisadas pelo CADE conforme seleção do Quadro 1, de acordo com as principais atividades/funções do CADE, ou seja, a atividade repressiva (análise de condutas) e a atividade preventiva (análise de estrutura ou atos de concentração).

Essa representação indica que as condutas têm sido a matéria de maior dúvida do administrado até o momento submetida ao entendimento prévio da autoridade antitruste brasileira.

Gráfico 2 – Distribuição das Consultas analisadas (Quadro 1) por atividade/função do CADE (repressiva/análise de condutas e preventiva/análise de estrutura ou atos de concentração)



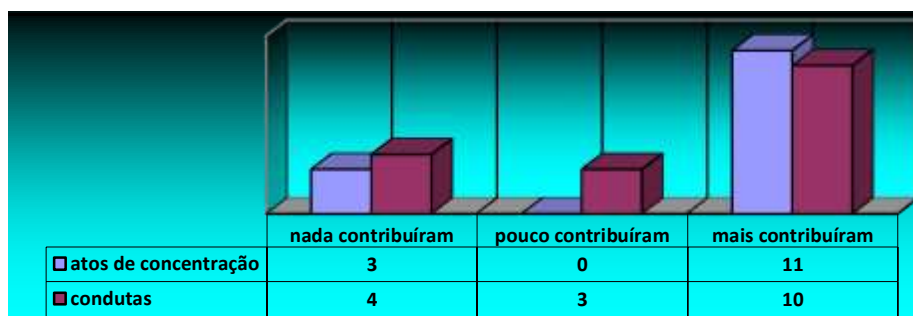
Fonte: Elaborado pelo autor.

O gráfico 3, a seguir, indica que dentre os casos arquivados, 2 versavam sobre ato de concentração e 4 sobre condutas. Entre os não conhecidos, todos eles, num total de 3, eram relacionados a condutas. Por fim, entre os conhecidos, 11 tratavam de atos de concentração e 10 sobre condutas.

Notamos que quando a matéria é relacionada à análise de estrutura ou ato de concentração, a esmagadora parte dos casos é conhecida pelo Tribunal do CADE, revelando uma certa tendência da autoridade em garantir resposta à sociedade nesse quesito. Por outro

lado, a somatória de casos arquivados e não conhecidos quando relacionados à conduta é pouco menor do que aqueles conhecidos sobre a mesma matéria. Conforme veremos adiante, isso pode ser explicado pela dificuldade das partes em, principalmente, reunir documentação necessária para a análise completa do CADE e, em segundo lugar, pela necessidade que o órgão teria de analisar outros fatores não agregados ao processo em razão do impedimento de diligências complementares em sede de consulta, indicando para todos eles que o CADE poderia dar mais efetividade às normas de Defesa da Concorrência se abdicasse de certos paradigmas regulamentares que engessam – sem sentido, a nosso ver – a atuação da autoridade no âmbito do procedimento em análise.

Gráfico 3 – Distribuição das Consultas analisadas (Quadro 1) por atividade/função do CADE (Gráfico 2) dentro do tipo de contribuição para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência (Gráfico 1)



Fonte: Elaborado pelo autor.

Passemos à análise de cada grupo segundo a decisão do CADE sobre a admissibilidade do feito, uma vez que esse escrutínio realizado pelo Tribunal garante algum direcionamento de efetividade ao procedimento sob estudo.

3.1 Consultas que nada contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência

Quadro 2 – Consulta de baixa efetividade

	número do processo	requerentes
4	08700.009432/2014-04	SAAB Participações e Novos Negócios S.A.
12	08700.007124/2015-25	Center Norte S.A. – Construção, Empreendimentos, Administração e Participação
20	08700.004208/2018-50	Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores – FENAVIST
26	08700.007296/2018-41	Associação Paulista de Produtores de Sementes e Mudanças – APPS
27	08700.001930/2019-13	Petrobras Distribuidora S.A.
29	08700.003762/2019-09	Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará – COOPANEST/CE

31	08700.004474/2020-05	Dupatri Hospitalar, Comércio, Importação e Exportação Ltda.
----	----------------------	---

Fonte: Elaborado pelo autor

Em relação à primeira consulta do Quadro 2, a SAAB Participações e Novos Negócios S.A. (SAAB) buscou junto ao CADE, por meio do procedimento de Consulta n. 08700.009432/2014-04¹³, saber se seria caso de notificação obrigatória uma operação de compra de ações representativas de mais de 20% da Companhia de Saneamento do Norte (CSN) pela Solvi Participações em Projetos de Saneamento (Solvi).

A dúvida da SAAB fundava-se no fato de que foi celebrado um contrato de compromisso de compra e venda entre ela e a Solvi tendo por objeto determinada participação na CNS, estipulando opção de compra futura. Porém, tal avença ocorreu ainda na égide da Lei n. 8.884/1994. Também na vigência dessa lei, anterior à atual, o CADE havia aprovado a operação de compromisso de compra e venda já mencionada. Nessa linha, a compra objeto da Consulta, que seria exercida em função daquelas disposições já analisadas pelo CADE decorrente do exercício de opção, estaria agora no âmbito da Lei n. 12.529/2011.

Ocorre que um mês após a propositura da Consulta, a Solvi submeteu a operação objeto de Consulta à análise do CADE, conforme ato de concentração aprovado sem restrições pela SG. Foi consignado no parecer dessa última que é indiscutível a necessidade de notificação da operação prevista no contrato anterior, dada a incidência da Resolução CADE n. 2, art. 10, que trata da regra de *minimis* para a aquisição de partes societárias.

O Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo julgou, em 29/01/2015, pelo arquivamento da Consulta em razão da perda do seu objeto, o que foi acompanhado pelo Tribunal do CADE.

A Consulta parecia ter um fundamento relevante dada a dúvida sobre a aplicação das Leis n. 8.884/1994 ou n. 12.529/2011 no tempo do exercício de compra e venda. Porém, seria uma insegurança somente aparente pois, de fato, o exercício da opção de compra seria na constância da lei nova, aplicando-se o princípio *tempus regit actum*. Assim, a dúvida não era cabível dada a previsão expressa na Lei n. 12.529/2011, art. 90, II, com disciplina pela Resolução CADE n. 2/2011.

¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Consulta n. **08700.009432/2014-04. Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_YSS4iEls0ymirtCqGDB4jU8StbrnWbWi5zJz5suDEdkqEMFjeCutUCKBM0RLqmgAF-aQKhFRMoZog4iz1gFzB. Acesso em: 6 jan. 2020.

De toda a forma, foi correta a decretação de arquivamento por perda de objeto, dada a preclusão consumativa das partes ao submeterem a operação objeto da Consulta. Dessa feita, dela não se extrai qualquer efetividade para as normas de Defesa da Concorrência, haja vista o resultado de arquivamento por perda de objeto.

Com relação ao segundo caso do Quadro 2, o Center Norte S.A. Construção, Empreendimentos, Administração e Participação (Center Norte), grande *shopping center* localizado na zona norte da cidade de São Paulo, submeteu consulta ao CADE (consulta n. 08700.007124/2015-25)¹⁴ distribuída ao Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, tratando da legalidade das chamadas “cláusulas de raio” em seus contratos de locação.

Esse tipo de cláusula consiste em disposição contratual na qual um locador de loja em *shopping center* compromete-se a não instalar novas filiais dedicadas ao exercício da mesma atividade prestada no espaço locado anteriormente, considerando uma determinada área geográfica calculada a partir do *shopping center* locador.

O *shopping Center Norte* sustentava que passaria por um projeto de expansão, com mudanças em seu perfil e *mix* de lojas, de forma que a “cláusula de raio” visaria proteger o investimento a ser realizado. A “cláusula de raio” objeto da Consulta teria a seguinte configuração: (i) vigência de até cinco anos; (ii) proibiria apenas os controladores e as controladas de loja de determinadas marcas de instalarem lojas com a mesma marca e atividade; (iii) estaria dentro da área delimitada por um raio de 2 km na margem do Rio Tietê em que se encontra o *shopping Center Norte* e de 1 km na margem oposta; e (iv) constaria apenas nos futuros contratos de locação a proibição de novas lojas a serem instaladas, dentre as atuais 331, cuja soma das áreas não deveria ultrapassar determinada área bruta locável total do Center Norte.

Destacamos que, em 2005, o CADE já havia condenado o *shopping Center Norte* por infração da ordem econômica em razão da aplicação da “cláusula de raio” (Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13). Naquela oportunidade, o Conselheiro Relator Roberto Augusto Castelanos Pfeiffer entendeu que essa cláusula deveria ser analisada pela regra da razão, não sendo ela uma conduta por si, ilícita. Ocorre que para a questão em debate no processo administrativo, a cláusula proibia, por tempo ilimitado, lojistas de explorar o mesmo ramo de comércio por eles exercidos em um raio de mil metros do *shopping*, excepcionando-se as lojas pré-existentes à data de assinatura do contrato e aquelas

¹⁴ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.007124/2015-25. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcne4fi4R6AcjZvvpTjSMhB2THhsB5lq5IQBtzpRbzNAA o. Acesso em: 09 jan. 2020.

expressamente autorizadas pela representada. Por esta razão, não haveria justificativa econômica para tal imposição, considerando a constatação de poder de mercado do *shopping*, de maneira que a conduta poderia restringir concorrentes reais e potenciais mediante a criação de barreiras à entrada.

Destacou, ainda, o Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castelianos Pfeiffer àquela época, que a “cláusula de raio” seria válida concorrencialmente quando adstrita a razoavelmente prevenir comportamentos oportunistas e garantir o retorno do investimento sem impor limites não razoáveis à concorrência no mercado relevante, motivo pelo qual deve ser temporária.

Retornando à análise da Consulta encaminhada pelo *shopping* Center Norte, em novembro de 2015, a consulente peticionou: em razão de terem sido colocadas a ela pelo Tribunal do CADE questões fáticas sobre o mercado, área de influência do *shopping* e investimentos, matérias que demandariam o levantamento de informações adicionais, seria necessário complementar os dados inicialmente apresentados. Todavia, como a Resolução CADE n. 12/2015 previa que seria indeferida a consulta que exigir, para sua análise, consideração de fatos outros além daqueles descritos e comprovados na Consulta, não havia espaço para realizar a instrução complementar neste tipo de procedimento. Diante disso, a própria Consulente requereu da desistência da Consulta, que foi homologada em Plenário.

Em que pese a Consulta acima tenha sido arquivada por desistência da Consulente, sem contribuir para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência, os fatos subjacentes a ela demonstram a importância do procedimento. Ora, mesmo já tendo havido uma condenação sobre a aplicação da matéria objeto da Consulta, ou seja, a adoção da “cláusula de raio”, a Consulente buscou adequar sua nova conduta de maneira que, além de observar a condenação, também submeteu questionamento à autoridade para identificar se a nova configuração a ser adotada não infringia as normas concorrenciais, considerando que a “cláusula de raio” não é um ilícito por objeto, mas a depender de suas disposições e justificativas de sua adoção, poderia ser aceita.

De toda forma, foi lamentável a desistência de tão interessante Consulta em razão de apego à formalidade instituída de não ser possível aprofundar a instrução do procedimento, resultado esse que, conforme veremos, levou grande parte dos procedimentos à imprestabilidade como efeito real para assegurar o bem-estar social.

Na sequência do Quadro 3, a Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores (FENAVIST), entidade de classe patronal de empresas de vigilância e transporte de valores, elaborou uma cartilha para instruir suas associadas sobre os aspectos

jurídicos e econômicos – teóricos e práticos – incluindo dicas e orientações que poderiam viabilizar a melhor participação em processos licitatórios.

Segundo a FENAVIST, a cartilha tinha por objetivo tornar-se uma importante ferramenta de consulta para a preparação e a participação nos processos licitatórios, contemplando, inclusive, planilhas de custos.

A ideia da FENAVIST, portanto, seria obter aprovação da autoridade quanto à cartilha, ratificando que o estudo nela contido não contemplaria quaisquer violações aos princípios da legalidade e da livre concorrência.

O procedimento tomou o n. 08700.001540/2018-62¹⁵ e fora distribuído à relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira que, reconhecendo a existência de todos os requisitos estabelecidos pela Resolução CADE n. 12/2015, verificou, no entanto, que a entidade não havia juntado as planilhas mencionadas na cartilha.

Esses documentos, com a estrutura de custo referencial, incluindo valores de mão de obra, despesas diretas e indiretas, taxa de administração, além de fórmulas e critérios de cálculo seriam a parte mais sensível para a análise concorrencial. Contudo, como não foram apresentados, a Consulta não foi conhecida.

A Conselheira-Relatora reforçou o entendimento do Tribunal de que, para a realização da Consulta, não é possível instrução adicional e, dado o curto prazo, a insuficiência de documentos necessários para análise é causa de não conhecimento e de indeferimento de plano com posterior arquivamento. Essa decisão foi acompanhada por unanimidade pelo Tribunal.

Com efeito, se o administrado desenvolve uma cartilha que visa instruir sobre a participação em processos licitatórios, e nela constam planilhas para a inserção de informações importantes e sensíveis, como custos – que poderiam ocasionar o alinhamento de concorrentes sobre suas ofertas – evidente que deveriam ser igualmente submetidas à análise da autoridade quando questionada em sede de Consulta, para além de conhecimento do corpo principal e meramente teórico da cartilha. Isto porque, só a partir da análise da documentação mencionada será possível à autoridade concluir se o quanto desejado, ainda que embasado das melhores intenções, não constitui uma infração da ordem econômica, inclusive, se por mera potencialidade de causar dano à dinâmica competitiva dos agentes econômicos.

¹⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.001540/2018-62. Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLu9u7akQAh8mpB9yNirQ9C4gCWQRXBH1SBDTt-PXSza0V8_Ddl2qnLhU4DE2YIwZYT219HK010kPsFTNH1x5Vgph5tJGSaxL7GfkLj
Acesso em: 7 jan. 2020.

O que se destaca da Consulta da FENAVIST é a afirmação da jurisprudência do CADE, a qual julgamos equivocada, sobre a impossibilidade de se promover instrução complementar quando se tratar de procedimento de Consulta, haja vista o fim colimado do procedimento e o prazo para uma resposta pela autoridade. A nosso ver, não é possível se conformar com tal entendimento, ainda que reconheçamos as justificativas dada pelos Conselheiros, pois bastaria que a autoridade oficiasse a Consulente, conferindo-lhe prazo para apresentar a documentação sobre a qual se deseja complementar a análise antitruste, sob pena, caso se mantivesse inerte, aí sim, de arquivamento. Não há qualquer possibilidade dessa complementação comprometer a finalidade do instituto em si, tampouco o prazo para a resposta, uma vez que compete à autoridade controlá-lo para que não seja ultrapassado. Uma proposta de se autorizar a instrução complementar e a flexibilização do prazo de resposta da Consulta poderiam fazer com que o procedimento atingisse a plenitude de seu objetivo, que é transmitir à sociedade orientação sobre o complexo ramo da Defesa da Concorrência.

No terceiro caso do Quadro 2, a Associação Paulista de Produtores de Sementes e Mudanças (APPS) formulou Consulta ao CADE (08700.007296/2018-4)¹⁶ sobre o seu “Programa de Compromisso da Indústria para Aumento da Adoção de Áreas de Refúgio de Milho” (Programa), cuja implementação seria sob certas condições fixadas em termo de compromisso a ser firmado com associadas e não associadas da APPS.

Segundo a APPS, conforme o Programa referido, haveria manutenção da eficácia e da eficiência da tecnologia Bt entre os produtores de milho no país, além de externalidades positivas para aderentes da tecnologia não Bt.

A partir de contextualização da APPS:

[...] o milho Bt é caracterizado pela inserção em plantas de um ou mais genes da bactéria *Bacillus thuringiensis* (Bt), que induz a produção de uma ou mais proteínas tóxicas apenas para determinadas pragas. Assim, nas espigas, o milho Bt permite reduzir o ataque de insetos em até 90%, diminuindo, conseqüentemente, a probabilidade de crescimento de fungos através das perfurações provocadas pelos insetos-pragas.

[...]

A implementação de um programa efetivo de Manejo da Resistência de Insetos (MRI) é fundamental para superar um dos maiores desafios da agricultura brasileira: a evolução da resistência de insetos. A adoção de áreas de refúgio é a principal ferramenta dos programas de MRI para as culturas Bt que expressam proteínas com

¹⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.007296/2018-41. Relatora Conselheira Polyanna Vilanova. Disponível em: [dehttps://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOxAODp6as4SeNFSZbfJi8Ie5DjnfwelPgkuCf_Mc6MOnlUL32M-DZCa7IS6yFfoSwHxk_KJAO3wkBwFnQ1BYN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOxAODp6as4SeNFSZbfJi8Ie5DjnfwelPgkuCf_Mc6MOnlUL32M-DZCa7IS6yFfoSwHxk_KJAO3wkBwFnQ1BYN). Acesso em: 12 jan. 2020.

ação inseticida. Essa característica é obtida por meio da introdução de genes da bactéria *Bacillus thuringiensis* (Bt).

O refúgio é uma área cultivada com plantas não Bt da mesma espécie em lavouras de soja, milho ou algodão Bt. Essa área tem como função produzir insetos suscetíveis às proteínas inseticidas que irão se acasalar com os insetos resistentes provenientes das áreas Bt, gerando novos indivíduos suscetíveis à tecnologia. O objetivo de manter uma população de pragas vulneráveis ao efeito inseticida da variedade transgênica é preservar os benefícios da tecnologia.

Assim, as questões formuladas pela APPS sobre seu programa foram:

- a) O Programa seria enquadrável no conceito de “contrato associativo”, estabelecido no artigo 90, IV da Lei n. 12.529/11 e regulamentado pela Resolução CADE n. 17/16?
- b) O Programa, uma vez implementado pela APPS, poderia configurar alguma das infrações à ordem econômica estabelecidas no artigo 36 da Lei n. 12.529/11?
- c) Caso necessário, quais medidas devem ser adotadas pela APPS para afastar eventuais preocupações concorrenciais que poderiam ser eventualmente suscitadas a partir de sua implementação no Brasil?

Conforme avaliação da Conselheira-Relatora Polyanna Vilanova, a quem o caso fora distribuído, a Consulta recaía sobre um programa com razoáveis dúvidas quanto aos efeitos sobre a concorrência nos mercados de fornecimento de sementes de milho, uma vez que os meios para sua execução são contratos de adesão no qual a associação estabelecia metas (ou restrições) de volume de vendas para a safra por marcas para cada contratante com captação de dados concorrencialmente sensíveis de clientes.

Além disso, na visão da Conselheira-Relatora, para deslinde da Consulta seriam necessários dados mais aprofundados, como definição do mercado relevante, as estruturas de mercados verticalmente envolvidos, os agentes competidores afetados pelo programa, além das características da oferta e da demanda pelas sementes Bt e não Bt, informações que não foram apresentadas pela Consulente.

Não obstante a Consulente tivesse providenciado alguns desses dados, além de definições sobre o mercado em documento apartado, foram insuficientes para o exaurimento de todas as questões sobre os efeitos da conduta nos mercados afetados, segundo o entendimento da Conselheira-Relatora. Segundo ela, havia dúvidas razoáveis quanto às eficiências econômicas pela Consulente como diretamente decorrentes da implementação do Programa, pois poderiam ser alcançáveis independentemente dos seus mecanismos, por decorrerem da tecnologia apresentada. A ausência de demonstração de nexos diretos entre o Programa e as supostas eficiências só reforçava, no entendimento da Conselheira-Relatora, que para uma resposta adequada pelo Plenário seria necessária instrução complementar, o que é impedido em sede de Consulta.

Ponderou também a Conselheira-Relatora que estariam ausentes informações sobre o poder de mercado das associadas (prováveis aderentes) nos mercados relevantes que padecem de definição. Restavam ainda as questões da competência técnica e do reconhecimento dos agentes capacitados para atuarem na inserção de práticas nos mercados de cultivares.

Assim, ponderou-se que a Consulta exigia a consideração de fatos outros para além daqueles trazidos aos autos, como também não permitiria, por parte do CADE, a entrega de uma resposta adequadamente informada sobre a licitude dos atos do Programa e do contrato sugeridos a partir, exclusivamente, das informações fornecidas. Ao final, a Conselheira-Relatora votou pelo indeferimento de plano da Consulta, seguida, por unanimidade, pelos demais membros do Plenário, em 20/3/2019.

A resposta da Consulta formulada pela APPS é um dos exemplos mais evidentes do reconhecimento de que o procedimento em estudo, algumas vezes, torna-se ineficiente para normas de Defesa da Concorrência. Em suma, podemos resumir a decisão relativa à Consulta da APPS como uma espécie de atestado ou mensagem transmitida aos administrados de que quando a matéria a ser consultada envolver elementos técnicos muito complexos e demandarem a participação de especialistas – dada a limitação do prazo para responder ao questionamento posto (120 dias, sem possibilidade de prorrogação) e a inadmissibilidade de instrução complementar em razão do tipo de procedimento (Consulta) – o melhor caminho talvez seja não utilizá-lo dado que a autoridade concorrencial estaria limitada, frise-se, de forma regulamentar, em se aprofundar de maneira a transmitir orientações assertivas ao mercado.

Essa constatação é realmente muito frustrante dados os investimentos de tempo e de recursos financeiros para a formulação de uma Consulta ao CADE, que pode acabar em arquivamento em face da complexidade do assunto. Não é isso o que se espera da autoridade.

Não estamos aqui a desejar que o CADE se torne um oráculo de sabedoria. Mas que, isso sim, as amarras regulamentares não sejam empecilhos para, no mínimo, aprofundar na matéria buscando dar a orientação desejada de maneira a aplicar efetividade às normas de Defesa da Concorrência.

Certamente o CADE, retiradas a questão de limitação de tempo (que ele se impôs em regulamento interno, uma vez que não há obrigação legal de responder ao procedimento de Consulta em até 120 dias), como também a questão da jurisprudência sedimentada de forma equivocada (no sentido de que em função do prazo não seria possível instrução complementar no âmbito do procedimento de Consulta), disporia de uma série de instrumentos, em especial, requisição de informações junto ao mercado por meio de ofícios, ou até acesso a banco de dados do próprio governo (no caso, do Ministério da Agricultura), capaz de desafiar o *status quo* de

uma questão posta sob Consulta e, para além da segurança jurídica e previsibilidade, garantir o real efeito desejado pelas normas antitruste.

Seguindo a ordem do Quadro 2, a Petrobras Distribuidora S.A. (Petrobras) formulou consulta ao Tribunal do CADE sobre sua política comercial sugestiva de preços de revenda, a qual pretendia inserir junto aos postos de combustíveis revendedores de bandeira BR (pertencente a Petrobras) sob determinadas condições ainda a serem formuladas.

Dados específicos sobre a política foram mantidos sob acesso restrito ao CADE e à Petrobras. A iniciativa teria por justificativa alcançar a melhor forma de precificação a ser adotada pela Petrobras objetivando a competitividade da sua revenda sob a perspectiva dos consumidores finais. Assim, requereu que o Tribunal se manifestasse favoravelmente à política sugestiva de preços de revenda a ser formulada.

O caso foi distribuído à Conselheira Polyanna Vilanova (n. 08700.001930/2019-13)¹⁷.

No que tange ao exame de conhecimento da Consulta, a Conselheira-Relatora consignou a obrigatoriedade de o objeto ser totalmente claro e circunscrito, sob pena de submeter à autoridade antitruste obrigação de emitir juízos prévios e vinculantes sobre condutas não suficientemente delimitadas, cujos efeitos sobre o mercado não seriam razoavelmente previsíveis.

Continuou a Conselheira-Relatora, em relação à Consulta, que apesar de a Petrobras afirmar ter havido a indicação precisa do objeto de análise e da identificação dos postos revendedores de bandeira BR como os demais atores abrangidos pela política, não houve registro da apresentação dessas informações. Assim, tal qual fora apresentada a Consulta, o Tribunal não poderia, segundo a Conselheira-Relatora, avaliar minimamente os mecanismos que assegurariam os efeitos positivos elencados pela Petrobras e que fossem capazes de afastar as diversas preocupações que a conduta comercial poderia produzir.

A Conselheira-Relatora apontou também que a jurisprudência do CADE e os casos internacionais, ambos trazidos pela Petrobras para comprovar a licitude da conduta a ser implantada (sua política de preço de revenda), não eram aplicáveis ao caso sob exame. Na visão da Conselheira, a Consulta recaía sobre uma única minuta de política comercial de preços com razoáveis dúvidas quanto à sua configuração, porte e alcance, tanto quanto aos efeitos

¹⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. **08700.001930/2019-13**. Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMRwTrN2S46g6JnBul6Ug_hr2XhzpECDLFI8rzS8RtAuVQ8ijQLDT5bR8kj768J2qDyXFrGslzx-EeRYs1gv2o. Acesso em: 7 jan. 2020.

sobre a concorrência nos mercados de distribuição e revenda de combustíveis, uma vez que os meios para a execução da política são desconhecidos pela autoridade e, conforme afirmação da própria Consulente, ainda estão sendo elaborados.

Dessa feita, a Conselheira-Relatora considerou que a Consulta exigiria o acesso e a análise de fatos outros além daqueles descritos e comprovados nos autos, assim como não permitiria por parte do CADE entregar uma resposta adequada sobre a licitude dos atos da política de sugestão de preços, exclusivamente, com base nas informações fornecidas, lembrando que em sede de Consulta não cabem atos instrutórios – a autoridade está adstrita a se manifestar sobre os documentos apresentados na inicial. Concluiu a Conselheira-Relatora pelo indeferimento de plano da Consulta mediante seu arquivamento, acompanhada, por unanimidade, pelo Plenário do Tribunal, em 22/5/2019.

Com efeito, reconhece-se que o procedimento de Consulta deve ser suficientemente aparelhado com informações e documentos necessários para uma consistente orientação ou posicionamento a respeito da Consulta envolvida pela autoridade. Porém, mais uma vez, com o indeferimento da Consulta da Petrobras, os administrados viram-se órfãos – e, porque não dizer, descrentes – quanto à contribuição do procedimento de Consulta como instrumento para a efetividade das regras de Defesa da Concorrência – pelo simples fato de não poder ser realizado, no âmbito desse tipo de procedimento, uma instrução mais aprofundada e completa. Ressaltamos que a matéria em questão é de absoluto interesse da sociedade, uma vez que aborda o fornecimento de combustível, insumo essencial para cidadãos e empresas em geral.

A análise da licitude da fixação de preço de revenda, especialmente no setor de combustível no varejo, seria algo extremamente importante para a população se considerarmos que se trata de um mercado conhecido por vários casos de condenação por cartel, exatamente em razão de alinhamento de preços.

Contudo, reafirmando a jurisprudência do Tribunal, a contribuição da Consulta da Petrobras para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência foi nenhuma, tendo em vista as amarras burocráticas do CADE.

Na consulta da Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará (COOPANEST/CE ou Cooperativa), que reúne médicos anestesistas do Estado do Ceará, o objeto versava sobre a legalidade concorrencial quanto à aplicação de sanções previstas na Lei n. 5.764/1971 (Lei das Sociedades Cooperativas) e prevista em seu estatuto social em relação a determinados atos que teriam sido praticados por um de seus cooperados.

A Cooperativa narrou que um dos seus associados, que teria tido acesso a informações privilegiadas (como valores de contratos de outros associados), havia constituído uma outra

empresa com atuação no mesmo ramo econômico e, assim, com base nessas informações, utilizou o *WhatsApp* para oferecer plantões em Fortaleza e em Maracanaú a outros cooperados.

A Cooperativa informou que seu estatuto social congregava somente pessoas naturais, permitindo que profissionais do ramo de anestesia pudessem oferecer seus serviços por meio de empresas próprias e elas competissem livremente com a cooperativa. Além disso, destacou que a Lei das Sociedades Cooperativas prevê em seu art. 29, § 4º, a proibição de que agentes de comércio e empresários, com atuação no mesmo campo econômico da sociedade, ingressem nos quadros de sociedades cooperativas.

Assim, a Cooperativa procurou obter do CADE orientação se:

1. Uma vez que este cooperado utiliza informações privilegiadas dos cooperados – tais como os valores de cada contrato – exatamente os contratos antes ocupados por cooperados, passando a administrá-los por empresa própria, tal conduta precisa ser tolerada internamente pela Coopanest/CE?
2. É aceitável tal conduta de cooperados que conhecem também as estratégias internas de negociação da Cooperativa?
3. Todo indivíduo tem a liberdade de constituir sociedades e disputar o mercado, mas faz sentido que, sendo sócio cooperado e obtendo todas as informações decorrentes desta condição de sócio, o cooperado assuma esta postura e a cooperativa não possa sancioná-lo em face da literalidade do § 4º do art. 29 da Lei 5.764/71, o qual também é reproduzido pelo próprio Estatuto da Cooperativa?
4. Enfim, a dicção do § 4º do art. 29 da Lei 5.764/71 possibilita a adoção pela Cooperativa de medida sancionatória em face do cooperado (exclusão), considerando-se conjuntamente tanto o direito cooperativo quanto o direito concorrencial? Eventual sanção pela cooperativa, aplicando o § 4º do art. 29 da Lei 5.764/71 implicaria nas infrações dos incs. I, II ou IV do art. 36 da Lei 12.529/11?
5. Destacando que a empresa do mencionado cooperado possui outros sócios que também são cooperados, é sancionável a atitude concorrencial dos cooperados sócios dessa empresa?
6. É concorrencialmente lícito, ainda, que cooperados que também são sócios de outra pessoa jurídica que atua na mesma área da cooperativa, efetuem plantões diretamente a um hospital ou operadora que não possui contrato com a Coopanest/CE e solicitem ao financeiro da cooperativa, de forma sub-reptícia, sem aviso prévio sobre a origem das guias, receber os valores da respectiva produção por intermédio da Coopanest/CE, como se se tratasse de contrato da cooperativa?

A Consulta tomou o n. 08700.003762/2019-09¹⁸ e foi distribuída à relatoria do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani que verificou a existência dos requisitos de admissibilidade da Consulta nos termos da Resolução CADE n. 12 em razão de ser a Cooperativa parte interessada. Contudo, também entendeu que a Consulta não estaria

¹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.003762/2019-09. Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOQl4n0JVjQssQlAcBB6WVvyCHDVCADDGAqILSeouOWnFb8KbQCrFXdedCNv05K1WbIprXF1MFIA61Vet9OncG-h. Acesso em: 15 jan. 2020.

adequadamente instruída. Isso porque, ao examinar o único documento trazido aos autos como evidência sobre a atuação do cooperado (imagem de conversa pelo aplicativo *WhatsApp*), não foi possível confirmar que quem estaria praticando a suposta ilegalidade possuía empresa própria, tampouco que atuava como agente de comércio e empresário no mesmo campo econômico da Cooperativa. Assim, ficou prejudicada a análise de diversas questões levadas em Consulta pela Cooperativa, as quais tinham como fundamento tal premissa.

Portanto, na visão do Conselheiro-Relator, seria necessária instrução complementar para entender se haveria na Consulta sensibilidade concorrencial, separando-se a questão daquelas voltadas para o exame de lides privadas, que não são objeto da atividade antitruste, como foi o caso da questão 6 formulada pela Cooperativa.

Diante disso, a Consulta não foi conhecida pelo Conselheiro-Relator e o Plenário, por unanimidade, a indeferiu de plano, com fundamento no art. 3º, III c/c art. 4º, III, V e VI, da Resolução n. 12/2015 do CADE.

Em 25/11/2019, a Cooperativa apresentou Embargos de Declaração em face da decisão proferida pelo Plenário do Tribunal do CADE alegando omissão quanto à análise do art. 110 do Regimento Interno do CADE, que segundo a Cooperativa, possibilitaria o saneamento da petição inicial com instrução adicional de documentos e exame de mérito das questões formuladas na consulta, diante da seguinte redação:

Art. 110. Ao verificar que a petição não contém as informações e documentos indispensáveis à análise pelo Cade, bem como o comprovante de recolhimento da taxa a que se refere o art. 23 da Lei n. 12.529, de 2011, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, a Superintendência-Geral determinará, uma única vez, que os requerentes a emendem, sob pena de arquivamento.

Além disso, em 05/12/2019, a Cooperativa protocolou nova petição com pedido de reconsideração da decisão e emenda à inicial da Consulta, requerendo a juntada de documentos adicionais, alegando que seriam suficientes para sanear a petição inicial formulada e viabilizar a apreciação da consulta.

Entretanto, o Conselheiro-Relator, entendendo estar presentes todos os requisitos de admissibilidade, decidiu por conhecer os Embargos de Declaração da Cooperativa, mas não concedeu provimento no mérito, em razão do art. 110 do Regimento Interno do CADE referir-se à possibilidade de saneamento em processo de análise de atos de concentração econômica e não de Consulta, que tem regramento próprio. Assim, não seria possível aplicar o regramento de um procedimento específico, decisão que foi acompanhada pelo Plenário por unanimidade.

Retirando-se da equação o fato de a Consulta da COOPANEST não ter sido acompanhada dos documentos necessários à sua análise desde o início – mesmo isso tendo sido posteriormente solicitado pela autoridade concorrencial – o que é raro, e por si já demonstraria certa negligência da parte interessada, determinando o indeferimento de seu pedido – concluímos de forma bem sintética que o resultado dado à Consulta COOPANEST/CE adere à falta de maleabilidade do procedimento de Consulta quanto a prazo e aprofundamento, tornando-a, indevidamente, um fim em si mesmo.

Ora, não defendemos aqui que a Consulta deva ser submetida de qualquer jeito ao CADE. Não é isso. O procedimento deve ser instruído, desde o início, com as informações e documentos necessários – não mínimos – para a análise da questão, sob pena de dar-se a completa inversão no interesse no deslinde, passando o órgão público a fazer gestão do interesse privado (inclusive, como se poderia extrair da própria Consulta da COOPANEST/CE, que tem mais afinidade com uma lide privada pautada pelo revanchismo do que com a busca de uma orientação geral).

Contudo, no próprio voto do Conselheiro-Relator reconhece-se que no procedimento de Consulta, conforme experiência jurisprudencial, não cabe instrução complementar. Esse argumento tem sido a “válvula de escape” mais utilizada, quase como se fosse o reconhecimento de uma preliminar processual em uma ação em trâmite no Poder Judiciário, para não se enfrentar a questão. Poderíamos imaginar que o CADE tem algum receio ou medo do procedimento de Consulta? Com efeito, não é essa conclusão a que chegamos. Isso porque, no caso específico da COOPANEST/CE, o Conselheiro-Relator, não com o intuito de instruir o feito de maneira complementar, mas tão somente de requisitar material mínimo para análise, solicitou novos documentos, sem êxito, à Cooperativa. Não pode ela (a Cooperativa), portanto, apresentar tal documentação quando julgar conveniente, como no caso já em sede de Embargos de Declaração. Isso apenas comprova o açodamento na submissão de uma Consulta incompleta à autoridade que só poderia acarretar no seu razoável indeferimento, como de fato ocorreu.

Quanto à decisão do Conselheiro-Relator de que o instrumento de Embargos de Declaração é típico do processo de análise de concentração econômica ou de infração da ordem econômica, não cabendo em sede de Consulta, parece-nos revelar rigorismo que poderia ser revisto. Isso porque, até mesmo o resultado de uma Consulta pode se revelar, dada a complexidade da matéria envolvida, ambígua, com relação se mantém dúvida, omissão ou obscuridade. Esses defeitos não são afetos exclusivamente aos resultados de processo de análise de concentração econômica ou de infração da ordem econômica. Caso o resultado de uma Consulta também os comporte, seriam os Embargos de Declaração o instrumento adequado

para saná-los, sem com isso mudar por completo o mérito da decisão, mas corrigir o conteúdo para empregar-lhe maior efetividade.

Com relação à última Consulta indicada no Quadro 2, a Dupatri Hospitalar, Comercio, Importação e Exportação Ltda. (Dupatri) submeteu, em 22/09/2020, questionamento à autoridade antitruste nacional para saber qual seria o momento certo para a consumação, ou como conhecido no meio de M&A, o *closing* de um ato de concentração aprovado pela SG, em rito sumário, sem restrições, em 14/09/2018, referente à operação celebrada com a Elfa Medicamento S.A (Elfa) – a aprovação foi publicada no DOU em 17/09/2018 e, em 3/10/2018, foi emitida a certidão de trânsito em julgado do AC. Em outras palavras, a Dupatri buscava saber por meio de Consulta junto ao CADE o posicionamento da autoridade para aclarar sobre o momento temporal exato para dar eficácia ao AC celebrado com a Elfa, tendo em vista o teor da Lei n. 12.529/2011, em seu art. 88, § 3º.

Designado como relator, o Conselheiro Maurício Bandeira Maia, inicialmente, abordou os requisitos de admissibilidade nos termos da Resolução CADE n. 12/2015, indicando que a matéria tratada já havia sido claramente disciplinada em ato normativo do CADE – seria aplicável, portanto, a Resolução CADE n. 12/2015, art. 4º, VII – indicando seu indeferimento de plano.

Em suma, o art. 131 do Regimento Interno do CADE (Resolução CADE n. 22/2019) determina claramente: “aprovado o ato de concentração ou não conhecido pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação”. Realmente, não pairam dúvidas de que a questão da Consulente estava completamente já endereçada em normativo posto pela autoridade antitruste. Não há espaço para interpretação no sentido de se permitir o *closing* da operação antes de encerrado o prazo de 15 dias para eventual recurso de terceiro interessado habilitado ou, ainda, para avocação de qualquer membro do Tribunal.

Diante do exposto, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu de plano a Consulta.

Essa consulta foi difícil de enquadrar no critério de contribuição à efetividade das normas de Defesa da Concorrência. Isso porque, de fato, foi indeferida de plano, sem qualquer resultado imediato da Consulta a não ser – e daí a dúvida – a afirmação, por meio de fundamento do indeferimento – de dispositivo normativo posto, relacionado ao momento em que uma operação pode ser consumada, sendo hábil a produzir seus respectivos efeitos.

O art. 131 do Regimento do CADE tem lógica completamente enquadrada ao sistema legal de aprovação prévia de ACs. Ora, na medida em que há prazo de 15 dias estabelecido legalmente para terceiro apresentar recurso ou, se não houver terceiro habilitado, para que

qualquer Conselheiro apresente requerimento de avocação justificado, não há qualquer abertura para que as partes de um AC promovam ilações no sentido de evitá-lo (o prazo).

Inclusive, a boa prática antitruste indica que se deve aguardar a emissão da certidão de trânsito em julgado para certificar-se de que o prazo para recurso de terceiro interessado e habilitado ou de avocação correu *in albis*. Nesse sentido, a Consulta até serviu para reafirmar, ou seja, dar efetividade ao art. 131 do RICADE, que visa a ajudar na preservação do ambiente de competitividade até que se esgote a jurisdição do CADE. Porém, optamos por incluir a presente Consulta no bloco daquelas que não contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência considerando que o indeferimento de plano tornou o resultado inócuo à luz, até mesmo, de uma disposição expressa, clara e inequívoca que não dependia de qualquer esclarecimento, a nosso ver.

Em conclusão, das 7 Consultas tratadas nesse bloco, uma foi arquivada por perda de objeto, uma foi indeferida por versar sobre hipótese já disciplinada em ato normativo do CADE, e todas as demais, num total de 5, seguiram o mesmo destino (arquivamento), ora porque seria necessário considerar fatos outros que demandariam dilação da instrução em sede de Consulta, ora porque fora alegado pelo Tribunal que não haviam sido juntados documentos necessários para análise pelas partes, considerando que, em relação a esse último ponto, há um pedido de “desistência” da própria parte interessada.

Enfim, o que extraímos desse cenário complexo, conforme observamos diversas vezes nas análises individuais dos casos, é que se o Tribunal não tivesse tanto apego à sua jurisprudência que impede a instrução complementar em sede de Consulta e, ainda, flexibilizasse, ou melhor, controlasse o prazo de resposta no âmbito do respectivo procedimento, seriam mais 5 casos, no mínimo, a compor a lista adiante tratada engrossando o coro das decisões em sede de Consulta junto à autoridade antitruste que indicaram efetividade às normas de Defesa da Concorrência.

3.2 Consultas que pouco contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência mas tinham potencialidade (Quadro 3)

Quadro 3 – Consulta de efetividade limitada

	número do processo	requerentes
1	08700.001710/2012-13	Associação Brasileira da Indústria Pet
8	08700.003811/2015-71	Sindicato Nacional das Cooperativas de Serviços Médicos – SINCOOMED
11	08700.007817/2015-18	MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Pela Consulta n.: 08700.001710/2012-13¹⁹, a Associação Brasileira da Indústria de Pet (ABIPET), associação representativa do setor de PET, ou seja, de fabricantes de resina, embalagens e reciclados, apresentou ainda na vigência da Lei n. 8.884/1994, petição ao CADE pedindo manifestação da autoridade sobre os impactos concorrenciais da importação sob Regime de Origem do Mercosul e o regime de *drawback* de pré-forma PET de alto volume do Uruguai, Paraguai e Argentina.

A ABIPET esclareceu que a resina PET oriunda de países da Ásia ingressava no Uruguai, Paraguai e Argentina com tratamento tributário diferenciado, em razão do regime de *drawback*, razão pela qual não se recolhe sequer a Tarifa Externa Comum (TEC). Nesses países do Mercosul, a resina PET é convertida em pré-forma PET (peça em forma de tubo com rosca que será, posteriormente, soprada para se chegar ao formato final do produto, por exemplo, uma garrafa PET), ou seja, passa por um processo industrial simplificado que não agrega valor significativo. Essa pré-forma exportada do Uruguai, Paraguai e Argentina para o Brasil recebe tratamento tributário diferenciado pelo qual não incide imposto de importação. Todavia, se tal pré-forma de PET viesse da Ásia aos clientes no Brasil, haveria incidência do referido imposto. Logo, o processo de tributação por meio de origem e *drawback* altera as relações de concorrência, pois não há diminuição de preço por eficiência, mas apenas por questão de isenção (ou não pagamento) de tributos, causando potencial saída de empresas do mercado brasileiro de PET podendo, com isso, resultar em aumento de preços e outros efeitos negativos.

O caso foi distribuído para relatoria do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis.

Instada a manifestar-se pelo Conselheiro-Relator, a ProCADE pronunciou-se pelo não conhecimento da Consulta pela ausência e comprovação de recolhimento da taxa instituída para processar o procedimento. Porém, com base no direito genérico de petição (art. 5º, XXXIV, “a” da CF/1988), opinou que o questionamento contido na petição deveria ser de competência da SEAE.

Em seu voto, o Conselheiro-Relator consignou que para instruir a Consulta em questão, foram realizadas duas rodadas de Audiência Pública junto ao CADE com representantes do setor, da Câmara dos Deputados, da SEAE, do Departamento de Defesa Comercial (DECOM), Confederação Nacional dos Trabalhadores Químicos (CNTQ), da Associação PROTESTE, do

¹⁹ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPbcYBmOeWSdECFMzlsLPmDbOHC9pvu-NIKip2jBHOKmY45. Acesso em: 6 jan. 2020.

Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e da Associação Brasileira da Indústria Química (ABIQUIM).

Além disso, o Conselheiro-Relator também apresentou vasta jurisprudência do CADE sobre a competência do órgão para analisar Consultas, demonstrando que, em que pese ter havido alterações legislativas, o instituto permaneceu íntegro.

Quanto à admissibilidade, o Conselheiro-Relator não conheceu do procedimento da ABIPET como um procedimento de Consulta, porque (i) o seu objeto não seria dúvida nem sobre conduta em tese ou em andamento, nem ato ou contrato em tese; e (ii) não foi recolhida a taxa processual devida. Todavia, entendeu que a petição da ABIPET deveria ser analisada em respeito ao direito genérico de petição, conforme regra constitucional, independentemente de pagamento de taxas.

No mérito, após análise aprofundada, o Conselheiro-Relator entendeu que o núcleo da questão (analisada sob o prisma de direito genérico de petição conforme exposto), versava sobre regras de comércio exterior, não sendo possível, mesmo com longa e ampla instrução como fora realizada, inclusive por meio de Consultas Públicas, enxergar a incidência do ordenamento antitruste brasileiro. Logo, votou pelo encaminhamento dos autos ao Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e SEAE para conhecimento e adoção das medidas cabíveis.

O Plenário, em 23/10/2013, por unanimidade, seguiu o voto do Conselheiro-Relator.

Para efeito de acolhimento do interesse do administrado, a consulta da ABIPET foi interessante para demonstrar a saída dada pelo CADE ao tratar o tema como direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/1988, embora já houvesse no momento da sua propositura regulação sobre o procedimento de Consulta. Pelo rigorismo, ela deveria ser, de fato, indeferida, por não envolver ato de concentração ou conduta, nem mesmo em tese, e pela falta de recolhimento da taxa prevista em lei, que visa a recompor ao Estado os custos com a movimentação da máquina administrativa para o fim colimado.

Mostrou, de outra sorte, uma tentativa do Estado em resolver a questão trazida pelo administrado, não o deixando desassistido. Eis aqui porque se classifica a Consulta da ABIPET como contributiva, mesmo que em pouca parte, para a efetividade das Normas de Defesa da Concorrência, mas com potencial de sê-lo mais.

De fato, as questões da ABIPET realmente estavam voltadas para a análise dos efeitos concorrenciais da política tributária adotada em relação ao setor de PET. Não estavam, assim, relacionadas a um ato de concentração ou conduta em andamento ou planejada, afastando-se do propósito de uma Consulta, razão pela qual se torna mais adequada ainda tê-la recebido e

analisado como petição ao órgão público. Não havendo, pois, o recolhimento da taxa legal para análise da Consulta pelo CADE, não poderia ser conhecida também. Seria movimentar a máquina administrativa sem o pagamento do respectivo custo, como ocorre com outros serviços públicos. Mas a Consulta em comento foi marcada por três pontos: a) foi o primeiro caso desse tipo elaborado ainda sob a Lei n. 8.884/1994 e analisado na égide da Lei n. 12.529/2011; b) o resultado prático ao administrado não foi atingido, mas aqui de forma escusável, principalmente, porque a matéria não era concorrencial, mas de comércio exterior; e c) abriu flanco para que, mesmo havendo um fim infrutífero à luz da regulamentação do procedimento de Consulta à época, poderia ainda ser tratada na tentativa de ser levada a efeito como direito de petição assegurado constitucionalmente. Nisso – e daí a potencialidade – seu desenvolvimento resultou numa tentativa clara de a autoridade antitruste fazer valer o canal de comunicação com ela, que é um dos intentos do procedimento de Consulta.

No segundo caso listado no Quadro 3, a SINCOOMED submeteu a seguinte questão ao CADE, via procedimento de Consulta:

a) pode uma cooperativa que admita como filiada outra cooperativa, sendo que esta impõe tabela única para contraprestação econômica dos seus filiados, ser considerada (*sic*) solidária com a última, em infração à defesa da concorrência; b) tal solidariedade, se existente, poderia implicar em condenação da cooperativa que associa a cooperativa de especialistas nas penalidades da Lei n. 12.529 de 2011, ou não existe esta possibilidade de condenação solidária, no regime da mesma lei.

O caso recebeu o n. 08700.3811/2015-71²⁰ e foi distribuído à relatoria do Conselheiro Márcio Oliveira Júnior.

A ProCADE, chamada a manifestar-se, indicou ser necessária notificação da SINCOOMED para comprovar a situação relatada na petição inicial, ou seja, de requerimentos de associação oriundos de cooperativas de médicos, sob pena de não conhecimento da Consulta por se configurar a questão, então, em caso hipotético. De toda forma, também opinou que caso a Consulta fosse conhecida, a resposta seria “Sim” para todos os questionamentos formulados pela cooperativa.

O Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior aplicou rigorosamente a Resolução CADE n. 12, que passou a regular o procedimento de Consulta junto ao CADE, a qual

²⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta 08700.003811/2015-71. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-m3qipc0wpV7aNB9VZpYLdKUO2aNukUnJgRMJht5MeFTeuB7shR0_oXV1p3YJyRF23r_igfVVyTaxOgpQ035G2. Acesso em: 7 jan. 2020.

estabeleceu os requisitos para seu conhecimento: a) qualificação da parte consulente e identificação das demais partes envolvidas; b) documentação necessária à análise; c) identificação dos dispositivos de Lei e precedentes do CADE; d) questão específica que se pretende ver respondida; e) comprovação do legítimo interesse da parte; e f) declaração de que os fatos objeto da consulta não são objeto de nenhuma investigação ou processo administrativo pendente ou a ser julgado pelo CADE.

Também consignou o Conselheiro-Relator que o procedimento de Consulta deve tratar de condutas em andamento, ou seja, comportamento potencialmente anticompetitivo em caso concreto, não cabendo indagações abstratas ou hipotéticas. Nesse sentido, o Conselheiro-Relator entendeu que a SINCOOMED não havia apresentado toda a documentação necessária à análise do caso, juntamente com a inicial, ou seja, as requisições de associação a ela formuladas por cooperativas concorrentes. Por isso, reconhecendo que a Resolução CADE n. 12/2015 impede a instrução em sede de Consulta, haveria por determinar o seu não conhecimento, convencido de que se tratava de questão puramente hipotética.

O Plenário do Tribunal do CADE, por unanimidade, votou em 24/6/2015, acompanhando o Conselheiro-Relator.

A Consulta acima foi a primeira analisada e decidida sob as regras da Resolução CADE n. 12/2015, que passou a regular o procedimento previsto na Lei n. 12.529/2011. Houve criteriosa aplicação dos requisitos para conhecimento da Consulta, conforme estabelecidos na Resolução. Assim, a ausência de toda documentação para análise adequada da Consulta disparou o entendimento de que ela se demonstrava meramente hipotética.

De fato, infelizmente, há de se concordar com a decisão do Conselheiro-Relator, acompanhada em Plenário pelos demais Conselheiros, pois a ausência de um pedido de associação à SINCOOMED por uma cooperativa concorrente tornava a questão uma mera conjectura. Conforme vimos na análise do bloco anterior, esse tipo de fundamentação foi apresentado com bastante recorrência, demonstrando que para a garantia de mais efetividade do procedimento de Consulta seria necessário certo acerto regulatório.

Porém, a SINCOOMED pode se considerar satisfeita pois a PROCADE, de certa forma, endereçou as questões formuladas pela entidade, embora não tenha poder vinculativo, tratando-se de mera opinião, que poderia ou não ser acatada pelo Conselheiro-Relator. No entanto, dada a atuação especializada e a importância da PROCADE, podemos extrair certa efetividade ao procedimento de Consulta em questão, pois seria extremamente arriscado que a SINCOOMED não se atentasse para a indicação oferecida.

Com relação ao último caso do Quadro 3, a indústria de meios de pagamento por cartão é complexa e cheia de relações intrincadas. Grosso modo, no topo de tudo, há uma bandeira, também chamada tecnicamente como instituidor de arranjo de pagamentos (são exemplos a Visa e a MasterCard). A bandeira é responsável por instituir todas as regras de funcionamento do seu arranjo, de modo a regular a emissão, a utilização e a aceitação dos cartões em circulação com sua marca e no âmbito do seu arranjo de pagamento.

A bandeira, como típico integrante de um mercado de dois lados, conecta-se com emissores e credenciadores. Os primeiros (ex.: bancos, como Itaú Unibanco, Bradesco, Santander e outros) são aquelas instituições responsáveis por emitir cartões aos usuários e manter com eles a relação de administração pertinente como, por exemplo, emissão da fatura, atribuição de limites de compra e autorizações de transação. Também estão conectadas à bandeira às credenciadoras, entidades encarregadas de estabelecer a relação com o lojista ou estabelecimento comercial que aceitará os cartões emitidos no âmbito do arranjo de pagamento instituído e organizado pela bandeira. São exemplos de credenciador no mercado nacional a Rede, a Cielo e a Stone. As credenciadoras são responsáveis por capturar as transações eletrônicas efetuadas pelos usuários com o uso dos cartões junto aos estabelecimentos ou lojistas para pagamento da aquisição de bens e/ou serviços.

Com o passar do tempo, entre a relação existente com a credenciadora e seus clientes, no caso, os lojistas e estabelecimentos comerciais que aceitam pagamento com cartões, estabeleceu-se a figura do subcredenciador ou facilitador, empresas que, se conectando à uma credenciadora, também oferecem serviço de captura de transações com cartões a lojistas e estabelecimentos comerciais, em especial para aqueles de menor porte ou de segmento específico, por exemplo, de atuação via internet.

Os facilitadores negociam no atacado preços melhores com as credenciadoras em função do volume de transações e utilizam a rede de infraestrutura delas para prestar serviços aos lojistas e estabelecimentos por valores maiores, ganhando com a diferença. Facilitadores também oferecem outros serviços acessórios e secundários aos lojistas e estabelecimentos comerciais.

Como vemos, há uma relação paradoxal entre credenciadoras e facilitadores na medida em que são eles concorrentes entre si. Além disso, os segundos não podem prescindir da primeira para, assim, obter a infraestrutura necessária visando prestar serviços aos clientes.

Ocorre que considerando ou não o paradoxo acima, as bandeiras, com a finalidade de evitar fraudes, outros ilícitos e, principalmente, o não reconhecimento de transações, exigiam, por meio das regras de seu arranjo de pagamento, que as credenciadoras, por manterem relação

com os facilitadores, solicitassem deles últimas informações que poderiam ser consideradas concorrencialmente sensíveis como, por exemplo, sua lista de clientes. Logo, se uma credenciadora, que é corrente do facilitador, tivesse acesso à sua lista de clientes, certamente poderia prejudicar a concorrência entre os dois, dada a possibilidade de a primeira tomar estratégias para excluir a segunda.

Foi diante desse cenário que a MasterCard submeteu Consulta ao Tribunal do CADE para buscar orientação a respeito da legalidade da Cláusula de Solicitação de Informação, supostamente contida no seu regulamento de arranjo de pagamento. Essa cláusula faz com que os facilitadores enviem aos credenciadores, seus concorrentes, dados de seus clientes nas transações financeiras decorrentes da aceitação de um instrumento de pagamento. Haja vista os dados envolvidos no acesso conferido às credenciadoras, poderia haver uma infração da ordem econômica, em razão da captação, pelas credenciadoras, dos clientes das facilitadoras, podendo levá-las à saída do mercado de credenciamento.

O caso recebeu o n. 08700.007817/2015-18²¹ e foi distribuído à relatoria do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira.

A Procuradoria Especializada junto ao CADE foi consultada e manifestou-se pelo não conhecimento da Consulta em função do não preenchimento de requisitos de admissibilidade trazidos pela Resolução CADE n. 12/2015 exatamente pela falta de apresentação da documentação clara e pertinente, com a indicação dos dispositivos sobre os quais se quer a manifestação da autoridade.

O Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira acompanhou o entendimento da Procuradoria ao consignar que a Consulente não havia indicado com precisão o objeto da Consulta, uma vez que ora se refere à cláusula, ora em cláusulas (no plural) do seu arranjo, e tampouco especificou a documentação necessária para análise. Na interpretação do Conselheiro-Relator, concluiu-se, após interações com a Consulente, que seu objetivo era ter manifestação a respeito de uma cláusula, mas da legalidade da cláusula e de um novo documento denominado Boletim 4, de 13 de maio de 2014, de autoria da MasterCard. Ainda segundo o Conselheiro-Relator, a Consulta não envolveria apenas uma análise estática de documentos, mas demandaria extensa instrução processual para delimitação de eventual problema concorrencial, o que é inviável no espaço restrito da Consulta. Com base nesses

²¹ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.007817/2015-18. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcYbrdEboGoymfOORM8YSXG-mmwMeMH88k_E007U0Cjyx Acesso em: 8 jan. 2020.

pontos, o Conselheiro-Relator não conheceu da Consulta, acompanhado pela unanimidade do Plenário do Tribunal.

No entanto, a Conselheira Cristiane Alkmin proferiu voto-vogal manifestando-se que, embora realmente faltassem informações indispensáveis para uma decisão segura da autoridade antitruste nacional, haveria certa ambiguidade em obrigar os facilitadores, que competem com as credenciadoras por clientes, informações que poderiam dar-lhes vantagens competitivas. Por isso, seria no mínimo estranho, embora também fosse possível reconhecer que a finalidade dessa obrigação seria minimizar riscos de fraudes e transações ilícitas.

É de se compreender, realmente, que não é papel do CADE, num procedimento de Consulta, “caçar” documentos e cláusulas para manifestar-se sobre a sua legalidade. Cabe ao interessado em ver resolvida sua indagação indicar precisamente o objeto sobre o qual deve se debruçar em análise a autoridade. Isso é mais válido ainda quando se tratam de regras complexas e extensas, como são as que governam os arranjos de pagamento, que por si só entrega uma indústria intrincada.

Apesar disso, a Consulta ora sob análise tocava em algo realmente complexo, na qual sopesavam interesses relacionados, de um lado, à manutenção da competição entre facilitadores e credenciadores, principalmente conhecendo-se a concentrada estrutura do mercado de credenciamento e, de outro lado, a segurança do sistema de cartões como um todo, evitando-se o mau uso do instrumento de pagamento para atividades ilícitas.

Dito isso, seria de se esperar que o CADE, sensível à demanda dos administrados que, efetivamente, não fora solucionada pela autoridade em experiência passada (Processo Administrativo n. 08012.004089/2009-01, envolvendo a Rede – na época, Redecard S.A. e ABRANET) e ademais, deixou muitas lacunas, respondesse minimamente com a indicação, mesmo que de forma geral, da licitude da prática.

Essa ausência de desejo em se empregar efetividade ao procedimento de Consulta como instrumento apaziguador de inquietações resultou, conforme veremos mais adiante, em mais 5 procedimentos de Consulta para tratar do mesmo tema. Logo, se a questão da MasterCard fosse idealmente tratada – reconhecendo-se possível culpa disso da interessada na não instrução a contento do feito – desde logo teriam sido poupados recursos públicos e pacificado relações na indústria de cartões.

Entretanto, a Conselheira Cristiane Alkmin resgatou, embora pouco, a efetividade da Consulta como instrumento de afirmação do Direito da Concorrência, ao manifestar-se que seria realmente muito estranho a ação questionada (fornecimento de informações sobre clientes entre concorrentes), possibilitando a Consulente – e também o mercado – extrair e adotar certas

cautelas. Eis aqui a razão de qualificar a Consulta da MasterCard como não completamente perdida, apesar de seu resultado pífio em si.

Como conclusão desse bloco, nos três casos do Quadro 2, o grau de importância do procedimento de Consulta para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência foi baixo, ressalvadas as indicações não vinculativas feitas ora por um Conselheiro em voto-vogal, ora pela ProCADE. Excluído o caso relacionado à ausência de competência do CADE para tratar da matéria (caso ABIPET), os outros dois (SINCOOMED e Mastercard) tornaram-se quase imprestáveis pela falta de documentação, por isso, não conhecidas. Mas um órgão ligado ao CADE e um membro do Tribunal conseguiram imprimir certa efetividade ao dar-lhes direcionamento, mesmo que não vinculativo à autoridade, no sentido de indicar a licitude ou não da ação consultada, sendo dessas manifestações singulares, então, identificado o potencial das Consultas para a efetividade.

Todavia, os “vícios” apontados nos casos MasterCard e SINCOMED poderiam ser sanados pelo CADE com a realização de diligências adicionais por meio de ofício de modo a garantir que o procedimento de Consulta proposto, caro à sociedade, tivesse um fim mais pleno.

Além disso, extraímos desse bloco, em contraste com o primeiro analisado, que não há uma uniformidade clara quanto à decretação de arquivamento e não conhecimento. Isso porque, as consultas da MasterCard e da SINCOOMED não foram conhecidas porque alegou-se falta de documentação ou indicação precisa do objeto de dúvida, o que seria caso de arquivamento conforme o primeiro bloco. Não que isso altere o resultado – a quase imprestabilidade de todas elas para assegurar a efetividade das normas de Defesa da Concorrência – mas o ideal seria manter uma coerência lógica no tratamento de situações análogas.

3.3 Consultas que mais contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência (Quadro 4)

Quadro 4 – Consultas de alta efetividade

	número do processo	requerentes
2	08700.002294/2011-90	Banco Sofisa S.A.
3	08700.000207/2014-02	Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis
5	08700.006564/2014-85	Castrolanda – Cooperativa Agroindustrial Ltda.
6	08700.010488/2014-01	International Finance Corporation – IFC
7	08700.009476/2014-34	ABB Ltda.
9	08700.004459/2012-49	José Ronaldo Kulb
10	08700.007192/2015-94	Centro de Gestão de Meios de Pagamentos S.A. e Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A.
13	08700.010927/2015-67	Polimix Concreto Ltda.

14	08700.004483/2016-10	Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais
15	08700.006858/2016-78	Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG
16	08700.008081/2016-86	Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG (HSDG) e CMA CGM S.A. (CMA CGM)
17	08700.008419/2016-08	Warner Bros Home Entertainment Inc.e EA Swiss Sàrl
18	08700.000468/2017-75	Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.
19	08700.001540/2018-62	SINTRACON – Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres e Cargas em Geral de Itajaí e Região e SEVEICULOS – Sindicato das Empresas de Veículos de Transporte de Carga e Logística de Itajaí e Região
21	08700.004009/2018-41	Redecard S.A. (Rede)
22	08700.004010/2018-76	
23	08700.004011/2018-11	
24	08700.004012/2018-65	
25	08700.004594/2018-80	Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.
28	08700.003594/2019-43	Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG
30	08700.003320/2020-98	Banco MODAL S.A, Fundo de Investimento em Participações Malbec Multiestratégia e Fundo de Investimento em Participações Melbourne Multiestratégia

Fonte: Elaborado pelo autor.

Em 22/01/2014, foi julgada pelo Tribunal do CADE a Consulta n.: 08700.0002294/2011-90²² apresentada pelo Banco Sofisa S.A. (Sofisa), designado relator o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz.

O Sofisa submeteu Consulta ao CADE para obter esclarecimento quanto à expressão “faturamento bruto”, contida na Lei n. 8.884/1994, art. 53, § 3º, quando aplicável a situações envolvendo instituições financeiras. Importante destacar que no bojo da Consulta, o Sofisa indicou que também apresentava um contrato de compra e venda celebrado em abril de 2011, o qual não havia submetido à análise prévia e obrigatória da autoridade antitruste por entender que a operação não havia sido enquadrada na obrigatoriedade legal em razão de o Sofisa não ter atingido o *trigger* de faturamento previsto na Lei n. 8.884/1994, art. 88.

A Consulta foi encaminhada à antiga SDE para instrução e complementos. Ao analisar a questão, o referido órgão comparou com as demonstrações de resultados de empresas comerciais, que iniciam suas contas de receitas com “Receita de Venda de Bens e/ou Serviço”, e o das instituições financeiras, que reportam “Receita de Intermediação Financeira”, ambas referindo o nível mais elevado e global de faturamento, isto é, o seu faturamento bruto. Logo,

²² SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. **Consulta Requerente Banco Sofisa S.A.** Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM95GgQ4JgGSCuyHDGWpRk8H9LAd6AdB0YEkRKerLxVv2-LUWbfs_2Rb8knmgGS9Mfuoi7_k7pLulfmbyOS4rzUM. Acesso em: 6 jan. 2020.

para a SDE, em relação às instituições financeiras, o faturamento bruto seria a soma das receitas obtidas com a intermediação financeira.

A ProCADE acompanhou o entendimento da SDE indicando que se deve adotar a receita mais ilíquida possível.

Acompanhando a Procuradoria e a SDE, o Conselheiro-Relator votou entendendo que o “faturamento bruto” das instituições financeiras equivale à “receita bruta” da empresa, considerando seu estado mais ilíquido possível. Assim, no caso concreto, deve corresponder à “Receita de Intermediação Financeira” – o relator foi acompanhado pelo Plenário por unanimidade.

A Consulta em apreço não seria objeto da base de pesquisa. Isso porque fora elaborada na vigência da Lei n. 8.884/1994 e, embora apreciada já na égide da Lei n. 12.529/2011, não foi adotada sob o enfoque da Lei mais recente. Porém, a Lei n. 12.529, em seu art. 88, I e II, novamente apresentou o elemento faturamento bruto, demonstrando que a Consulta ainda é atual.

Referido critério já constava na Lei Antitruste de 1994 e fora também adotado na Lei n. 12.529/2011 para identificar empresas que estariam obrigadas a submeter operação ao controle preventivo (*i.e.* de estrutura) da autoridade concorrencial brasileira. Também é aplicável tal elemento de faturamento para definir penalidades incidentes quando da condenação por infração da ordem econômica.

Para instituições financeiras, não é possível confundir com faturamento bruto todo o recurso aportado em conta corrente ou conta poupança ou em qualquer outro tipo de aplicação financeira. Também não podem ser computados no faturamento os pagamentos de títulos, contas de consumo e cobrança que transitam pelo banco. Ora, nas duas situações, por exemplo, os recursos não pertencem à instituição financeira, mas estão nela depositados, em confiança, ou decorrem da sua atuação como mera mandatária, devendo repassar o produto ao mandante.

Logo, foi acertada a decisão do Plenário, embasada no voto do Conselheiro-Relator, ao considerar como faturamento bruto a soma das linhas de receita de intermediação financeira, constante das demonstrações, comparando-se tal delimitação ao item receita bruta das demais empresas, de maneira a espelhar o grau mais alto de receitas, porém, razoável, daquilo que se fatura com a atividade econômica desenvolvida – no caso das instituições financeiras, é a intermediação financeira (Lei n. 4.595/1964).

Essa decisão tornou-se um verdadeiro guia para as instituições financeiras de maneira que elas puderam ter uma orientação clara para enquadrar suas operações na situação legal de submissão, ao menos no que se refere ao critério de faturamento, agora prévia e obrigatória, na

nova Lei n. 12.529/2011, como também para determinar a base de cálculo de uma eventual penalidade por infração da ordem econômica.

No segundo caso do Quadro 4, o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) submeteu ao CADE Consulta n.: 08700.000207/2014-02²³, distribuída inicialmente ao Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, com intuito de solicitar manifestação do Tribunal sobre a obrigatoriedade de notificação, como ato de concentração, de operações de cessão de direitos e obrigações referentes a contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural conhecidos como E&P.

Alegou o IBP que a cessão do contrato de E&P implica mera alteração de titularidade do contrato de concessão, configurando a hipótese de isenção prevista na Lei n. 12.529/2011, art. 90, parágrafo único, relativa à formação de consórcio, *joint venture* e contrato associativo para efeitos licitatórios. Além disso, essas transações seriam neutras para efeito concorrencial, uma vez que não implicariam em transferências de participações societárias.

A ProCADE manifestou-se sobre o caso, observando estarem presentes os requisitos para sua formulação (*i.e.* indicou que não se tratava de questões abstratas; houvera comprovação do pagamento da taxa; não tinha como objeto promover concorrência em órgãos do governo ou tratar de denúncia de infração contra a ordem econômica; o IBP era parte legítima pela atuação no segmento envolvido e não abordava questão já prescrita do ponto de vista administrativo). No entanto, no mérito, a Procuradoria entendeu que a Consulta havia perdido seu objeto em função do conhecimento do mesmo tipo de contrato apresentado em atos de concentração já submetidos à análise do órgão antitruste.

O Conselheiro-Relator seguiu completamente o parecer da Procuradoria, conhecendo da Consulta, mas opinando pelo seu arquivamento por perda de objeto. No entanto, na sessão de julgamento, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo pediu vista para aprofundar a questão. E após expor breve histórico sobre o regramento da Consulta, diagnosticou:

Apesar de constituir um importante instrumento de orientação e de comunicação entre administrado e a autoridade antitruste acerca de eventuais atos e/ou comportamentos lesivos à concorrência, podendo inclusive viabilizar um controle preventivo de condutas anticompetitivas, o que se observa ao longo de sua existência é que o instituto da consulta é extremamente subaproveitado. Desde sua criação, menos de 90 consultas foram apresentadas e apreciadas por este Conselho, o que perfaz uma média de 6 consultas por ano.

²³ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.000207/2014-02. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXVpXgHwmZEd8_31TrdwedM9TOM6anJ1AXpl4raadxjH. Acesso em: 6 jan. 2020.

Em continuidade ao seu voto, mesmo não havendo ainda um regulamento sobre o procedimento de Consulta, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo buscou traçar, com base em interpretação da Lei n. 12.529/2011, requisitos objetivos para a apresentação do instrumento de Consulta em três aspectos, quando versada sobre atos de concentração: (i) legitimidade, baseado no efetivo interesse do requerente da Consulta, de modo que a sua pretensão então deduzida guardasse pertinência com o seu objeto de atuação; (ii) objeto, ou seja, deve tratar de atos de concentração em concreto, não cabendo indagações abstratas ou hipóteses e, ademais, devem ser de competência do CADE e, ainda, acompanhado de toda documentação necessária, de modo a instruir-se bem o pedido; e (iii) dispositivo, que é a decisão relativa à questão submetida sob Consulta, de modo a endereçar, por exemplo, se uma operação deve ou não ser submetida à autoridade antitruste. Essa orientação foi seguida até que sobreviesse a Resolução CADE n. 12/2015 quando houve o regramento do procedimento da Consulta que vige até os dias atuais.

Com base nesse exercício, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo reconheceu estarem presentes os pressupostos de admissibilidade e, por isso, conheceu a Consulta do IBP.

Quanto ao mérito, entendeu que cessões de direito não são operações decorrentes da licitação pública em si, mas operações independentes, que envolvem modificação da titularidade desses contratos após sua assinatura. Sendo assim, a transferência direta, com alteração de elemento essencial do contrato, não pode ser entendida como decorrente da licitação. Além disso, a cessão de direitos e obrigações que altera a titularidade de concessão de E&P não é um contrato destinado ao contrato de concessão de E&P, não configurando, assim, a isenção da Lei n. 12.529/2011, art. 90, parágrafo único.

Dessa forma, concluiu sobre a obrigatoriedade de notificação ao CADE das operações de cessão de direitos e obrigações que alterem a titularidade dos contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo e gás natural.

O Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, em 2/4/2014 – para esse resultado, o Conselheiro-Relator também aderiu àquele. Por meio da Consulta da IBP, resgatou a finalidade do procedimento de Consulta junto ao CADE. Poderia, dito Conselheiro, ter se contentado com a correta indicação dada pelo Conselheiro-Relator de que a questão já havia sido pacificada tendo em vista o conhecimento e a análise de três operações anteriores sobre o tema. Logo, o arquivamento por perda de objeto seria o caminho mais cômodo.

Contudo, além de aproveitar para estudar detalhadamente e justificar a posição do porquê a cessão de contratos de E&P deve ser notificada à autoridade antitruste, principalmente sustentando que a isenção antitruste prevista na Lei n. 12.529/2011, art. 90, parágrafo único, referente a licitações, não se aplicava àquele tipo de contrato, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo não se intimidou frente à falta de regulamentação do instituto da Consulta e buscou traçar parâmetros mais objetivos, incentivando a propositura do procedimento pelos administrados.

Nesse sentido, a Consulta contribuiu sobremaneira para a efetividade da Defesa da Concorrência, demarcando, de um lado, elementos claros para a propositura do procedimento de Consulta num ambiente de falta de regulamentação diante da Lei Nova, incentivando o instrumento tão caro à sociedade para proporcionar contato com a autoridade, visando segurança jurídica e eficiência; e do outro, também orientou quanto ao caso efetivo, muito comum na indústria de exploração de petróleo.

A Castrolanda – Cooperativa Agroindustrial (Castrolanda) submeteu Consulta ao CADE com o objetivo de que o órgão se manifestasse sobre a obrigatoriedade de notificação de contrato de parceria entre cooperativas agroindustriais que visavam a operação conjunta de unidade de processamento de industrializados de carne.

Não se tratava de consulta em abstrato, pois envolvia operação entre Batavo Cooperativa Agroindustrial (Batavo) e a Capal Cooperativa Agroindustrial (Capal), as quais pretendiam participar da Unidade Industrial de Carnes (UIC), de propriedade da Castrolanda, que era voltada à fabricação de produtos industrializados derivados da carne.

Batavo, Capal e Castrolanda participariam do investimento, das despesas operacionais, dos aportes de capital, com correspondente distribuição de lucros, na ordem de 25%, 20% e 55%, respectivamente, por meio de um contrato de, no mínimo, 10 anos.

Além disso, as cooperativas compartilhariam informações e a infraestrutura da Castrolanda para o desenvolvimento de um novo segmento de produtos no mercado de industrializados a partir da carne suína, comercializados sob uma nova marca.

A Consulta foi apresentada antes da Resolução CADE n. 10, que regulou a submissão prévia e obrigatória do “contrato associativo”, novidade trazida sem maiores esclarecimentos pela Lei n. 12.529/2011, art. 90, IV. Mesmo assim, na visão das Cooperativas, elas não preenchem o requisito de “interdependência” ditado pela Resolução, haja vista que não detinham participação superior a 20-30% no mercado de derivados de carne e de carne *in*

natura. A Consulta recebeu o n.: 08700.006564/2014-85²⁴ e foi distribuída à Relatoria da Conselheira Ana Frazão.

A Conselheira-Relatora ponderou que, muito embora não existisse, no momento da apresentação da Consulta da Castrolanda, uma regulamentação do CADE sobre o instituto, já era reconhecida na jurisprudência do órgão a necessidade de se conjugar alguns requisitos para seu conhecimento: (i) legitimidade do proponente/consulente (*i.e.* legítimo interesse na causa); (ii) a descrição precisa do objeto; (iii) a apresentação de documentação suficiente para permitir uma resposta adequada; e (iv) a Consulta referir-se a uma operação concreta.

De toda forma, dando prosseguimento à análise, a Conselheira entendeu que a operação objeto da Consulta da Castrolanda, conforme descrita, constituía uma *joint venture*, uma das espécies de contrato associativo. A partir dessa premissa, verificou a existência de empreendimento comum, assunção compartilhada de risco empresarial, existência de organização própria que permite controlar a realização da atividade da empresa em comum, a criação de um novo centro de poder empresarial, além de ser uma avença de prazo de, no mínimo 2 anos, de maneira que se a Consulta tivesse sido apresentada quando em vigor a Resolução n. 10, não haveria dúvida de que se tratava de uma operação que deveria ser notificada à autoridade antitruste.

Porém, a Conselheira-Relatora reconheceu, nos termos da Resolução CADE n. 10, que faltaria ainda a verificação do requisito de interdependência, ligado à participação de mercados das partes (20% se horizontalmente relacionadas, e 30% se verticalmente).

Diante disso, solicitou à Castrolanda dados de mercado para definir sua estrutura e identificar a participação das cooperativas envolvidas na operação, pedido que não foi atendido pela consulente.

Assim, considerando que o procedimento de Consulta não admite dilação probatória, uma vez que isso a afastaria de seus objetivos, a Conselheira-Relatora votou por não conhecer a Consulta da Castrolanda em razão de não estar suficientemente instruída.

O Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior proferiu voto-vogal na Consulta. Divergindo, em parte, da Conselheira-Relatora, considerou a superveniência da Resolução CADE n. 10, que passou a disciplinar os contratos associativos, haja vista que a Castrolanda não conhecia a posição institucional do CADE em relação aos requisitos de classificação de um contrato como

²⁴ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.006564/2014-85. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxIH_JGDCywHx1gHfZaAy_YtvbKQ0kx13pFcowTXIQ_X. Acesso em: 07 jan. 2020.

associativo e obrigatoriamente notificável à autoridade antitruste. Segundo o Conselheiro, se não houvesse tal Resolução, a Consulta conteria elementos suficientes para o seu conhecimento, uma vez que para isso não seria imprescindível a análise de participação de mercado das partes envolvidas.

Assim, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior analisou o caso em hipótese. Sua orientação foi no sentido de que a operação seria, sim, caso de notificação prévia e obrigatória, se preenchidos os requisitos da Resolução CADE n. 10 relativamente aos percentuais de mercado que revelariam a interdependência indicada no regulamento. Em outras palavras, optou por não dar relevo à ineficiência das partes em demonstrar dados de mercado que pudessem garantir a análise efetiva da Consulta, mas mesmo assim, num juízo hipotético, se preenchido o requisito de interdependência trazido na Resolução, a operação seria caso de submissão.

O Plenário, por maioria, conheceu da Consulta e manifestou-se no sentido de necessidade de notificação da sua operação-objeto, como contrato associativo, se preenchidos os requisitos da Resolução CADE n. 10.

O procedimento em apreço revelou, então, mais um esforço de resgate do instituto da Consulta como instrumento de efetividade das normas de Defesa da Concorrência, agora, pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior.

Dada a entrada em vigor de uma nova regulamentação, após já ter sido apresentada uma Consulta que tratava de questão observada naquela, o desafio de se dar uma orientação adequada ao administrado é ainda maior.

A Conselheira-Relatora Ana Frazão buscou aplicar a Resolução CADE n. 10, que passou a disciplinar a figura controvertida do contrato associativo à Consulta da Castrolanda que versava sobre operação de parceria concebida por cooperativas concorrentes antes da Resolução. Porém deu apego à formalidade relativa à impossibilidade de efetuar instrução probatória em sede de Consulta, de maneira que a autoridade não podia ela mesmo se movimentar para levantar os dados de mercado de derivados de carne e carne *in natura* (por exemplo, mediante ofício a outros *players* ou associações). Preferiu-se, no entanto, seguir pelo caminho do não conhecimento pela falta da instrução.

No entanto, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, com muita lucidez e criatividade, desconsiderou os requisitos da Resolução CADE n. 10 para efeito de aferir ou não o conhecimento da Consulta, mas a adotou como se as partes já tivessem conhecimento dela, resultando na orientação mais precisa possível de que haveria o enquadramento da operação pretendida como contrato associativo, caso fossem preenchidos os requisitos da Resolução.

Diante de um momento de transição relativo à completa insegurança envolvendo os contratos associativos para uma situação regulamentada, como foi feito com a entrada em vigor da Resolução CADE n. 10, o desfecho dado pela Consulta serviu para referendar o caminho mais objetivo que a autoridade começava a tratar relativamente à nova figura, trazida pela Lei n. 12.529/2011, art. 90, IV.

Na quarta Consulta do Quadro 4, a International Finance Corporation (IFC), agência de fomento da Organização das Nações Unidas (ONU), da qual integram 188 países que determinam conjuntamente sua atuação, declarou que tem por missão ajudar as pessoas a terem a oportunidade de sair da pobreza e melhorar suas vidas por meio do estímulo ao desenvolvimento, o que o faz por meio de parcerias com o setor privado. Para isso, também investe recursos em empresas e instituições financeiras em mercados emergentes, adquirindo participações societárias minoritárias.

Com base em suas características, principalmente marcadas pela governança de vários países participantes com direito a *objection*, natureza jurídica que lhe garante certas imunidades, não estruturação em ações ou quotas e, conseqüentemente, inexistência de controle e, ainda, sua finalidade de fomento, a IFC submeteu consulta ao CADE n.: 08700.010488/2014-01²⁵ para saber se seria necessário notificar previamente suas aquisições de participações societárias ao controle preventivo.

A IFC juntou parecer do professor Calixto Salomão a respeito de interpretação do conceito de ato de concentração trazido pela Lei n. 12.529/2011, art. 90, de modo a sustentar que seriam dessa categoria somente as operações que acarretassem mudança duradouras na estrutura das empresas envolvidas, de maneira que passariam a operar como se fossem um único agente do ponto de vista econômico – traço característico de concentração. Logo, as operações da IFC estariam fora desse conceito porque suas aquisições eram minoritárias.

O caso foi distribuído à relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior que instou a ProCADE a manifestar-se. Esta, por sua vez, entendeu pelo não conhecimento da Consulta, haja vista tratar-se de questão em abstrato. Nesse sentido, mesmo sem um regulamento específico sobre o procedimento de Consulta, a Procuradoria se fiou no parecer do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, na Consulta 08700.000207/214-02, pelo qual foram traçados determinados requisitos para o conhecimento de um Consulta, entre eles, o objeto, que

²⁵MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.010488/2014-01.

Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_ygVkkyle6yBR13esSBhJoiQqpQm-v8HpQyahOTeJANSzo8M6wRkjK29YyUeOQqeQ19ExGczmN-0WfZq8QD3eN. Acesso em: 7 jan. 2020.

deve ser concreto. Todavia, mesmo entendendo que a Consulta estaria prejudicada, a ProCADE junto parecer apresentado em ato de concentração submetido anteriormente pela IFC no qual considerou que ela não gozava de imunidade antitruste dada a interpretação da Lei n. 12.529/2011, art. 31, que determina a sujeição de pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, interno ou externo, inclusive sem personalidade jurídica, ao sistema de Defesa da Concorrência nacional.

O Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior reconheceu que não se tratava de um caso em concreto objeto da Consulta, entendendo corretos o parecer da ProCADE, como também o voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo sobre o qual aquele parecer tinha se fundado. Todavia, entendeu que o voto do relator tinha como premissa atos comissivos e não omissivos, como era o caso da Consulta da IFC, e, diante disso, consignou:

[...] não há como um caso concreto sob análise deste Conselho versar sobre a não apresentação de uma aquisição societária salvo sob a suspeita de “gun jumping”, o que levaria ao indeferimento de plano da consulta por força do art. 4º, II, da Resolução n. 12. Logo, a Consulente se valeu do único meio disponível para submeter essa questão ao CADE.

Assim, entendendo tratar-se de questão concreta, ou seja, a IFC, dada a sua natureza jurídica, seria isenta de controle estrutural antitruste brasileiro, votou no sentido de que não fica afastada a incidência da legislação antitruste nacional, quanto à análise dos atos de concentração econômica firmados pelo IFC, haja vista que a própria consulente destacou não ter o privilégio de investir em empresa no território brasileiro sem que o respectivo governo possa se opor ao eventual investimento e, ademais, a Lei n. 12.529/2011, art. 31, não faz qualquer distinção.

O Plenário do CADE, por unanimidade, seguiu o voto do Conselheiro-Relator em 17/04/2015.

Com efeito, seria mais um caso que caminharia para o arquivamento, por não versar sobre questão em concreto. Contudo, tanto a ProCADE como o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior fizeram valer o procedimento de Consulta quanto instrumento de orientação efetiva para a Defesa da Concorrência e emitiram instrução muito clara, sufragada por todo o Plenário, de que o IFC não goza de isenção antitruste.

Disso resultou que outros organismos internacionais, com características semelhantes as do IFC, podem se sentir orientados pela autoridade antitruste brasileira no sentido de que seus investimentos devem ser submetidos à análise prévia e obrigatória do CADE, se preenchidos os requisitos legais e normativos. Não é causa de afastamento da soberania da lei concorrencial brasileira as características peculiares daqueles órgãos.

Na sequência do Quadro 4, a ABB Ltda. (ABB) apresentou Consulta ao CADE sobre a legalidade da utilização de cláusulas de exclusividade em contratos com empresas fornecedoras de equipamento para estações conversoras de *High Voltage Direct Current* – HDVC ou Corrente Contínua em Alta Tensão) e os licitantes participantes do leilão para a concessão e construção das linhas de transmissão da usina hidrelétrica de Belo Monte.

Em resumo, a ABB alegou que os projetos de estação conversoras de HDVC a serem construídos na hidrelétrica em questão são de grande porte e exigem tecnologia específica. Conforme edital, vence a licitação a proposta que apresentar a menor receita anual permitida, daí a importância de os licitantes terem uma estimativa clara de seus custos, mesmo antes da licitação, de maneira que a cláusula de exclusividade com o fornecedor da ABB permitiria a ela se comprometer com baixas taxas de serviço.

De modo específico, a dúvida da ABB recaía, sobretudo, no que tange às cláusulas de exclusividade pré-leilão, que impedem o fornecedor de conversor HDVC negociar e firmar acordos com licitantes concorrentes apenas até a apresentação da proposta, perdendo a eficácia se o licitante perder a licitação.

Embora essa cláusula tivesse justificativa pelo interesse em se obter o melhor preço e condições junto ao fornecedor, também poderia gerar limitação no número de licitantes e, conseqüentemente, na competitividade do leilão, especialmente porque haveria apenas três fornecedores aptos a participar do projeto.

O caso recebeu o n. 08700.009476/2014-34²⁶ e foi distribuído à relatoria da Conselheira Ana Frazão.

Primeiramente, a Conselheira-Relatora entendeu que a ABB tinha legítimo interesse para a propositura da Consulta e que ela havia recolhido a taxa processual, preenchendo-se, portanto, esses requisitos. Porém, no que tange ao objeto (seguindo a orientação do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, na Consulta n. 08700.000207/2014, quanto à definição de requisitos), sustentou que a questão configura situação meramente hipotética, carecendo de precisão para que seja possível adentrar ao mérito. Segundo a Conselheira, na data da apreciação da Consulta, o edital mencionado pela ABB sequer havia sido publicado e ela também ainda não havia apresentado modelo contratual a ser adotado. Revelando a

²⁶ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxgMZsOOrUTFgZi8QyfYiCZE61cyWq_0_QPN8eJ9wPsBO. Acesso em: 7 jan. 2020.

inauguração de um novo critério para conhecimento da consulta, ou seja, a “análise do plano fático” veio a seguir pela Conselheira-Relatora a seguinte ponderação:

54. Além da insuficiência dos elementos apresentados pela consulente, há ainda outro fundamento que corrobora a conclusão no sentido do não conhecimento da consulta: a circunstância de que a questão proposta pela consulente, do ponto de vista jurídico, não é trivial e depende, para o devido enquadramento, do exame criterioso das circunstâncias fáticas a ela relacionadas.

E concluiu votando pelo não conhecimento da Consulta:

60. Vê-se, portanto, que a admissibilidade da cláusula de exclusividade depende das características peculiares de cada mercado, assim como dos efeitos de tal cláusula no mercado em análise.

O Presidente do Tribunal, Vinicius Marques de Carvalho, requereu vista da Consulta.

Divergindo quanto ao reconhecimento do não preenchimento relativo ao nível adequado das informações, enfrentou a definição do que é ou não conduta em andamento, dado que o cerne da Consulta, logo, seu objeto, era sobre a elaboração efetiva de um contrato. Diante disso, decretou que contornos fáticos devem determinar o sentido de “conduta em andamento” nos termos exigidos pela Lei n. 12.529/2011 para formulação de Consulta junto à autoridade antitruste. Segundo o Presidente, a dificuldade reside em fazer com que o juízo de admissibilidade sobre a verossimilhança do “em andamento” não se confunda com a análise da questão. Para tal tarefa e de modo que eleva o procedimento de Consulta enquanto mecanismo de tutela preventiva do mercado, sustenta que se deve considerar a sujeição da consulente aos efeitos da decisão e a existência de contornos fáticos que delimitem e situem no espaço e no tempo a conduta, o que está diretamente relacionado à possibilidade de se formular uma resposta com base estritamente nas informações apresentadas. Portanto, para efeito da Consulta da ABB, ela estaria sujeita aos efeitos da decisão e há contornos fáticos que delimitam e situam a conduta no espaço e no tempo (ou seja, a adoção de cláusulas de exclusividade pré-leilão), por isso, deve-se conhecer do procedimento submetido.

Após o voto-vista do Presidente do CADE pelo conhecimento da Consulta e, no mérito, pela emissão de resposta no sentido de que a prática de exclusividade pré-leilão pode gerar efeitos anticompetitivos, e alertando para o fato de que sua eventual implementação, além de possibilitar a abertura de investigação em sede de processo administrativo, nos termos da Lei n. 12.529/2011, art. 36, diante dos seus possíveis efeitos sobre a concorrência, é passível de análise prévia pelo CADE (Lei n. 12.529/2011, arts. 88 e seguintes, em especial, a Resolução n. 10/2014), manifestou-se o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior aderindo integralmente

ao voto-vista do Presidente. Assim, o Plenário, por maioria, em 12/5/2015, conheceu da Consulta e, no mérito, por maioria, emitiu resposta nos termos do voto-vista do Presidente Vinicius Marques de Carvalho.

Chama atenção na Consulta em apreço o fato de ter se erguido como “novo requisito” pela Conselheira-Relatora a análise do plano fático para conhecimento da Consulta, que mais parece com reflexão sobre a complexidade em demasia da questão submetida. Essa teria sido uma sinalização muito perigosa à sociedade, pois questões de Defesa da Concorrência são, em sua grande parte e com bastante frequência, muito complexas e não podem deixar de ser enfrentadas pela autoridade ainda que em sede de Consulta.

De toda sorte, o Presidente do Tribunal resgatou a serventia do procedimento de maneira a direcionar minimamente o administrado alertando-lhe do risco. Com isso, garantiu-se efetividade à Defesa da Concorrência assegurando atendimento às respectivas normas quando o administrado estiver em situação semelhante ao exposto pelo Consulente no procedimento submetido à autoridade. Em outras palavras, para além do exercício de conhecimento, cláusulas de exclusividade têm potencialidade de serem anticompetitivas e devem ser analisadas caso a caso, de maneira a identificar a racionalidade delas, constatação reportada na análise da Consulta da ABB e levada a conhecimento da sociedade, trazendo efetividade (efeito real) à norma antitruste posta.

Em 26/06/2012, José Ronaldo Kulb formulou Consulta para que o CADE se manifestasse a respeito do prazo para apresentação de defesa em determinado processo administrativo que contava com diversos réus e procuradores diferentes constituídos, o qual fora instaurado em data anterior à entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011, haja vista a dúvida de aplicação do seu art. 70:

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.

O caso foi distribuído à relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior sob o n. 08700.004459/2012-49²⁷.

²⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta 08700.004459/2012-49. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-z6laqHoQvk_Dylc0JXMwddoY1ssOwgXSdxHh2IbQcTAoKfiwFkgKu86IzZ2Rw3kN6pc80FlhRZFRJHAWHM8pX. Acesso em: 8 jan. 2020.

A ProCADE foi consultada e manifestou-se: o prazo deve ser contado em dobro e somente tem início a partir da data da juntada do último aviso de recebimento aos autos nos termos do Código de Processo Civil; deve ser seguido o prazo da Lei n. 12.529/2011, art. 70, ainda que o processo administrativo tenha sido instaurado antes do início de sua vigência, em atenção à eficácia imediata da nova lei processual.

Segundo a ProCADE, observados os princípios *tempus regit actum* e da eficácia imediata da lei nova (Decreto-lei n. 4.657/1942, art. 6º – Lei de Introdução do Código Civil), aplicam-se as disposições processuais da Lei n. 12.529/2011 imediatamente aos processos administrativos ou judiciais em andamento ao tempo do início de sua vigência.

A Consulta foi conhecida pelo Conselheiro-Relator, que reproduziu a parte principal de análise da ProCADE. Em 11/08/2015, o Plenário, por unanimidade, conheceu da Consulta e emitiu manifestação nos termos do voto do Conselheiro Relator.

Embora tenha sido apreciada e publicada a sua decisão somente em 2015, é o primeiro procedimento de Consulta registrado pela autoridade concorrencial no âmbito da Lei n. 12.529/2011, apresentada em pouco menos de um mês da entrada em vigor da referida lei.

Versando sobre a aplicação de lei nova aos processos administrativos que já estavam em curso antes da sua vigência junto ao CADE, pela decisão em apreço, podemos ter em mente que, mesmo sem haver uma norma específica e regulamentadora da autoridade antitruste nacional quanto ao procedimento de Consulta, todo o tipo de questão envolvendo a matéria concorrencial será analisada, inclusive aquelas envoltas em temas processuais, objetivando a efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

O Centro de Gestão de Meios de Pagamentos S.A. (SemParar) e a Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. (Conectcar que, juntamente com a SemParar, são as “Consulentes”) concorrem no mercado de prestação de serviços de arrecadação eletrônica de tarifa de pedágio e de preço de estadia em estacionamento. Em Consulta submetida ao Tribunal do CADE (n.08700.007192/2015-94)²⁸, informaram que, em se tratando do serviço relacionado à arrecadação de preço de estadia em estacionamento, é tecnicamente inviável que as duas operem com suas antenas que leem TAG (adesivo afixado no para-brisa do veículo) na mesma frequência, pois isso pode provocar embaralhamento do sinal. Por isso, gostariam de obter a visão do CADE quanto à estratégia que desejavam desenvolver: uma prestaria à outra o serviço

²⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo nº 08700.007192/2015-94. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOENWXbRQ1D96hV8mzn0IyUS7x4yYynCiticLFnmyXY7dDdQUU3iSi-kvFLSpNPcB3er54Kn2Q0sbXz1H6BQoQ. Acesso em: 8 jan. 2020.

de leitura de TAG, relevando cooperação entre concorrentes, de maneira que se uma operadora tivesse suas antenas instaladas em um estacionamento de *shopping*, essa faria o serviço de leitura da TAG da outra, sem a necessidade de que essa outra instalasse no mesmo estacionamento suas antenas operando na mesma frequência e vice-versa.

A Consulta, portanto, versava sobre a licitude de avença de prestação de serviços entre elas, sobre a qual entendiam que o arranjo era pró-competitivo e não importava em qualquer restrição à livre concorrência.

O caso foi distribuído ao Conselheiro João Paulo Rezende. Em seu voto, o Conselheiro-Relator, adotando a então recente Resolução CADE n. 12 em vigor naquele mesmo ano da Consulta, entendeu estarem presentes todos os requisitos necessários ao conhecimento dela. Destaca-se que as Consulentes apresentaram a minuta do contrato que desejavam celebrar entre elas para a cooperação recíproca na leitura de TAGs em estacionamentos, revelando-se não ser uma questão “em tese”.

Após a definição sobre o mercado relevante, na ótica de *shopping* e de consumidores, ambos contratantes dos serviços das Consulentes, relevando que elas seriam uma espécie de plataforma de prestação de serviços, o Conselheiro-Relator João Paulo de Rezende consignou que os *tickets avulsos* seriam substitutos perfeitos aos serviços prestados pelas Consulentes, o que se reflete no afastamento do poder de mercado.

Ao analisar a licitude do contrato, o Conselheiro-Relator, após realizar audiências com as Consulentes, constatou que ambas poderiam atuar num mesmo *shopping center*, cada qual com sua antena, porém, atuando em frequências de rádio distintas. No entanto, o arranjo entre elas ia para além de ser uma questão técnica relacionada à atuação em mesma frequência que resultaria em problemas operacionais, mas também redundaria em eficiência e redução de barreiras à entrada relevante de novos *players*, pois a cooperação por meio da prestação de serviços recíprocos de leitura de TAG reduziria custos de instalação e de operacionalização das antenas.

Com base nessa constatação econômica, restou ao Conselheiro-Relator analisar se esse arranjo entre as Consulentes poderia impedir que terceiros participassem desse compartilhamento de infraestrutura representando por meio de uso mais racional das antenas de ambas e se haveria possibilidade de troca de informações concorrencialmente sensíveis, permitindo a ação coordenada das Consulentes no mercado de atuação de ambas.

Quanto ao primeiro aspecto, constatou-se que o próprio contrato a ser firmado entre elas permitia que ambas estariam abertas à contratação de serviço, a preços análogos, para outros

players do mercado, representando que esses teriam acesso à mesma cooperação sem discriminação.

Quanto ao segundo aspecto, as Consulentes sustentaram que somente seriam trocadas entre elas informações meramente técnicas, sem possibilidade de acesso a informações sensíveis de uma pela outra. Mesmo diante dessa informação das Consulentes, o Conselheiro-Relator atestou que seria irracional por parte delas submeterem uma Consulta que viesse a dar guarida para infrações da ordem econômica por meio de troca de informações sensíveis e, mais ainda, o próprio substituto perfeito, ou seja, os *tickets avulsos*, seriam responsáveis por corrigir eventuais abusos que viessem a ser perpetrados pelas Consulentes, por meio de coordenação de suas condutas advindas de troca de informações sensíveis entre elas.

Além da análise de licitude, o Conselheiro-Relator aprofundou a questão de modo a avaliar se o arranjo entre as Consulentes seria caso de notificação prévia e obrigatória ao CADE por configurar um contrato associativo nos termos da Resolução CADE n. 10. Nesse aspecto, principalmente em razão de não haver compartilhamento de risco entre as Consulentes, mas mera prestação de serviço de lado a lado, não haveria um dos requisitos delineados na Resolução, razão pela qual não configurava um contrato associativo que devesse ser notificado à autoridade antitruste.

Assim, o Conselheiro-Relator João Paulo de Rezende votou pela admissibilidade e reconhecimento da Consulta, reconhecendo que, do ponto de vista concorrencial, o contrato de prestação de serviço para a leitura recíproca de TAGs seria lícito, além de não ser caso de notificação ao SBDC para controle de estruturas. O Plenário, por unanimidade, em 9/9/2015, acompanhou o voto do Conselheiro-Relator.

Por meio da Consulta encaminhada pelas empresas SemParar e Conectcar, foi reconhecido que muito mais de que um problema técnico, a cooperação entre concorrentes era possível e plenamente aceitável, desde que resguardadas as cautelas concorrenciais, de maneira a trazer eficiências econômicas não só para elas, participantes do arranjo, mas também para outros participantes que desejassem ingressar no mesmo mercado, amenizando uma característica relevante que é o alto custo de investimento relacionado à instalação e operacionalização de infraestrutura (antenas, no caso).

A constatação econômica acima foi fundamental para demonstrar que o procedimento de Consulta, além de dar segurança jurídica às partes interessadas, também serviu para “abrir os portões” para mais concorrência no setor das Consulentes, garantindo efetividade às normas de Defesa da Concorrência. Notadamente, hoje é possível encontrar várias prestadoras de serviço de leitura de TAG (ex. Velo, Green, etc.).

É muito interessante e satisfatório perceber que o CADE não se ateu somente à licitude formulada sobre o contrato entre as consulentes, mas também garantiu segurança jurídica ao aprofundar e cravar que a avença não seria caso de submissão prévia e obrigatória como contrato associativo, ponto esse que ainda suscita dúvida aos administrados.

O resultado da Consulta elaborada pela Semparrar e Conectar para conhecer a real aplicação das normas de Defesa da Concorrência é indicativo claro de que o procedimento em estudo vai muito além de atribuir segurança jurídica e previsibilidade às partes.

No oitavo caso relacionado no Quadro 4, a Polimix Concreto Ltda. (Polimix) apresentou consulta ao CADE para obter orientação da autoridade se contratos de fornecimento entre ela e Votorantim Cimentos Ltda. (Votorantim) seriam casos de notificação prévia e obrigatória ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em razão de supostamente serem enquadrados no tipo “contratos associativos” previsto na Lei n. 12.529/2011, art. 90, IV, regulado pela Resolução CADE n. 10/2014.

A Polimix alegou que o contrato não seria caso de submissão prévia e obrigatória ao controle de estruturas porque tratava-se da mais pura atividade comercial de fornecimento pela qual a Votorantim se compromete a entregar determinado volume de cimento e de insumos, e a Polimix, por sua vez, a adquirir o cimento e esses insumos pelo preço acordado. Além disso, não haveria cláusulas de exclusividade, nem mecanismos de compartilhamento de prejuízos, receitas ou informações comerciais entre as partes.

O caso recebeu o n. 08700.010927/2015-67²⁹ e foi distribuído à relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, que acionou a ProCADE. Esta, por sua vez, opinou pelo conhecimento da Consulta e pela não obrigatoriedade de submissão prévia ao CADE dos contratos submetidos à Consulta. Foi conhecida pelo Conselheiro-Relator por estarem presentes todos os requisitos da Resolução CADE n. 12/2015 e, ainda, conforme a jurisprudência consolidada, não se tratava de indagação abstrata ou hipóteses de atos ou operações.

Quanto ao mérito, o Conselheiro-Relator, no exame dos contratos de fornecimento de cimentos e insumos apresentados pela Polimix, identificou haver cláusulas de direito de primeira oferta à Votorantim no caso de a Polimix desejar ampliar o volume adquirido e, paralelamente, o direito de preferência para a Polimix caso a Votorantim possua excedentes e deseje comercializá-los a terceiros. Esse tipo de cláusula, na visão do Conselheiro-Relator, quando praticada por empresas com posições dominantes dentro de sua cadeia produtiva, pode

²⁹CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.010927/2015-67. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTqc8FdO2R0DJ9qsRtwWGjQHmYozTnxR5NKm-5diTG7p. Acesso em: 9 jan. 2020.

acarretar: a) enfraquecimento da rivalidade; b) aumento do custo da oferta de descontos; e c) incentivo à colusão tácita. Quando tal cláusula é conjugada com o direito de primeira oferta, o Conselheiro-Relator identificou haver uma preferência cruzada mascarada, que pode ser equiparada à cláusula de exclusividade, produzindo efeitos jurídicos-econômicos equivalentes.

Pontuou ainda o Conselheiro-Relator que a cláusula de exclusividade pode apresentar eficiências, dentre elas: a) garantir a reputação do fabricante, do produto ou da marca; b) reduzir o oportunismo (*free-riding*); c) manter o nível de qualidade de segurança; e d) reduzir riscos ligados à responsabilidade civil. Porém, também pode representar restrições verticais à concorrência ao: a) elevar os custos de entrada de competidores potenciais ou elevar os custos de rivais efetivos no mercado no setor correspondente e b) aumentar o poder de mercado do provedor na medida em que conseguem restringir o acesso de rivais potenciais ou efetivos ao sistema de distribuição, obrigando-os a constituir canais próprios. Logo, por meio de contratos de exclusividade, uma empresa pode mitigar a concorrência a montante e a jusante e, com isso, impedir a entrada de concorrentes no mercado em que já gozava de lucro de monopólio. Tal estratégia conhecida como “fechamento de mercado”, perfaz a base para repressão de conduta que tenha por efeito restrições verticais.

Portanto, uma vez que a combinação das cláusulas de primeira oferta com preferência, aplicadas de forma cruzada, garantem efeitos semelhantes ao de exclusividade, e a Resolução CADE n. 10, que disciplinou a figura do contrato de associativo determina que na sua existência, o respectivo arranjo deve ser submetido à análise prévia da autoridade antitruste, o Conselheiro-Relator votou que os contratos apresentados pela Polimix são notificáveis ao CADE. O Plenário, por unanimidade, em 27/1/2016 acompanhou o voto do Conselheiro-Relator.

A Consulta da Polimix mostrou o quão importante é o procedimento para se atribuir segurança às relações jurídicas. É de se suspeitar, dada a insistência processual em razão de embargos e pedidos de reconsideração apresentados, os quais não serão relatados aqui, que a Polimix apresentou a Consulta com o intuito de conseguir referendo do CADE à sua decisão estratégica já concebida de não obrigatoriedade de notificar os contratos de fornecimento entre ela e a Votorantim. O desejo maior da Consulente era, então, a declaração de não configuração das avenças como contrato associativo, uma vez que tal contratação deveria ser recorrente e realizada com várias outras cimenteiras diferentes, motivo pelo qual a configuração como contrato associativo submissível prévia e obrigatoriamente à autoridade consistiria em atraso em eventual estratégia comercial-operacional e, ainda, custo com taxa de análise do ato de concentração e honorários advocatícios.

Porém, a Polimix não contava com o aprofundamento do Conselheiro-Relator sobre o conteúdo dos contratos apresentados e, mais, com a interpretação dos contratos enquanto sistema único, diante de suas cláusulas de preferência e de primeira oferta que, quando cruzadas, produziam efeitos semelhantes ao de exclusividade, preenchendo um requisito para configurar contrato associativo de submissão prévia e obrigatória ao CADE nos termos da Resolução CADE n. 10.

Esse aprofundamento feito pelo Conselheiro-Relator de maneira a identificar efeitos semelhantes à exclusividade em cláusulas de preferência cruzadas demonstrou claramente a importância do instituto da Consulta como instrumento para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência, assegurando o regular funcionamento do mercado competitivo, principalmente o de cimento, marcado por condenações importantes e, com isso, assegurou o bem-estar do consumidor em última instância.

O nono caso do Quadro 4 trata da Consulta formulada pela Associação Brasileira da Produção de Obras (APRO) sobre a possibilidade de impor norma que obrigue todos os seus associados a somente celebrarem contratos com agências publicitárias ou anunciantes que paguem pelos serviços prestados em prazo inferior a “X” dias, contados da efetiva entrega da obra produzida.

Justifica a APRO que tal condição é importante para limitar o poder de barganha das agências anunciantes, que fixam prazo de pagamento altamente prejudiciais às produtoras e, por consequência, reduziria os riscos assumidos por elas.

O Conselheiro-Relator foi Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo e o caso recebeu o n. 08700.004483/2016-10³⁰.

Conhecendo da Consulta por estarem presentes os requisitos de legitimidade e objeto, instituídos pela resposta à Consulta 08700.000207/2014-2, o Conselheiro-Relator observou que o CADE já se manifestou diversas vezes sobre a indução ou a imposição de conduta comercial uniforme entre concorrentes, destacando que esse fato apresenta potencial lesivo à concorrência, devendo ser condenado, ainda que não gere efetivamente prejuízos à ordem econômica.

³⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.004483/2016-10. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNIpkWwZgW6BQ5HbkaWb8SuiagSpQYLvLU04wOMhTEGEUmjxaOaQJqrsCcTZEis2ykAFflsMsFqqC2Ko2MuGnHE. Acesso em: 10 jan. 2020.

As condutas comerciais uniformes, conforme lembrou o Conselheiro-Relator, não se estendem apenas à unificação de preços, mas também a quaisquer atos comerciais, como formas de pagamento e prazos.

Além disso, consignou o Conselheiro-Relator que não é papel de uma associação reunir seus afiliados para discutir temas concorrencialmente sensíveis, lembrando dos procedimentos de cautela que devem ser adotados pelos concorrentes com relação a reuniões em associações, conforme preconizado em cartilha publicada pela antiga Secretaria de Defesa Econômica.

Assim, o Conselheiro-Relator votou no sentido de que eventual conduta da APRO, de impor a todos os seus associados uma norma comercial uniforme, tem potencial lesivo à concorrência e pode desafiar a abertura de Processo Administrativo pela autoridade antitruste. O voto foi acompanhado, por unanimidade pelo Tribunal, em 27/7/2016.

A Consulta em questão, embora um tanto desnecessária para quem está habituado com os temas concorrenciais é, a nosso ver, é um ótimo exemplo de como deve ser tratado o procedimento e de como ele pode entregar efetividade às normas de Defesa da Concorrência.

Ora, a partir de uma questão direta e objetiva – e de certa forma clarificada na doutrina e na jurisprudência – o Conselheiro foi firme e preciso ao orientar que a conduta indicada pela APRO seria uma infração da ordem econômica, por meio de indução à conduta comercial uniforme, dando exemplos de julgados em que situação semelhante havia sido condenada pela autoridade.

Essa Consulta atingiu a sua finalidade máxima, ou seja, de trazer segurança jurídica aos administrados, não só aquele participante do pleito, como orientação à sociedade, revelando a importância do instituto como meio de comunicação entre sociedade e autoridade.

O próximo caso do Quadro 4 trata da Consulta n.: 08700.006858/2016-78³¹ da Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG (Hamburg) e tem como objetivo saber quanto à obrigatoriedade ou não de notificação de um contrato de *Slot Charter Agreement* (contrato) celebrado entre ela e a Hapag-Lloyd AG (Hapag-Lloyd), haja vista a figura do “contrato associativo” prevista na Lei n. 12.529/2011, art. 90, IV. Assim, a Hamburg formulou as seguintes questões ao Tribunal:

³¹MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.006858/2016-78. Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Disponível em: [dEhttps://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP1xiitOJzDATsqW6UdcyAuy886xlkZjn7njETfxDid5hJpV-sJ_MC2DmQpb7nUgknUJ2RWdSe5rU-NOO6j-3Fk](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP1xiitOJzDATsqW6UdcyAuy886xlkZjn7njETfxDid5hJpV-sJ_MC2DmQpb7nUgknUJ2RWdSe5rU-NOO6j-3Fk). Acesso em: 9 jan. 2020.

- 1) A relação das partes (Consulente e Hapag-Lloyd) é vertical no objeto do contrato (*Slot Charter Agreement* referente à linha SAAF)?
- 2) Caso seja prorrogado e alcance duração superior a dois anos, o contrato objeto desta Consulta caracteriza-se como ato de concentração, da espécie contrato associativo, cuja notificação é obrigatória, nos termos dos artigos 88 e 90 da Lei n. 12.529/11 e Resolução n. 10/2014 do Cade?

O Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira, designado para a relatoria do caso, entendeu que haveria um enfrentamento preliminar a ser realizado com relação à primeira pergunta, relacionada à resolução aplicável, ou seja, à configuração de contrato associativo. Isso porque a Resolução n. 10/2015, que disciplinava as hipóteses de notificação de contratos associativos e estava em vigor na data de protocolo da Consulta fora revogada pela Resolução n. 17/2016, que entrou em vigor em 24/12/2016. Para efeito da nova Resolução, é irrelevante se a relação entre as partes do contrato é vertical ou horizontal. A Consulente não conhecia a nova Resolução no momento de formular a Consulta, segundo a constatação do Conselheiro. Portanto, conforme explicou, caso fosse verificada a questão à luz da Resolução n. 17/2016, a questão n. 1 seria inaplicável ao caso concreto, configurando questão puramente hipotética, o que é vedado pela Resolução n. 12/2015 (art. 1º *caput* c/c art. 4º, IV), a qual exige hipótese de fato específica para o conhecimento da consulta. Por outro lado, se aplicável a revogada Resolução n. 10/2015, a existência de relação vertical ou horizontal seria relevante para solucionar a pergunta n. 1. De toda a forma, como se aplicaria a Resolução n. 17/2016 ao contrato sob análise, a primeira questão da Hamburg seria irrelevante e, com isso, conheceu-se somente da segunda.

No mérito, após debruçar-se sobre a definição do mercado relevante envolvido na Consulta, o Conselheiro-Relator apontou que o art. 5º da Resolução n. 17/2016, aplicável à espécie, era claro no sentido de estabelecer que os contratos, mesmo se celebrados antes da entrada em vigor da Resolução, devem ser notificados se considerados contratos associativos pelos termos da nova Resolução, caso ainda não tenham atingido ou ultrapassado 2 anos. Ou seja, aplica-se a nova norma para examinar se o contrato se enquadra no conceito de contrato associativo notificável. Porém, a mesma Resolução CADE n. 17/2016 estabelece que o contrato associativo notificável à autoridade deve estabelecer empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados, elementos esses inexistentes no contrato sob análise.

Constatou o Conselheiro-Relator que a Consulente e a Hapag-Lloyde continuariam mantendo separadas suas atividades de transporte marítimo internacional regular de cargas em contêineres, sem qualquer interferência de uma na outra, permanecendo cada responsável por carregar e descarregar seus próprios contêineres, assim como pela contratação e pagamento de

taxas de manuseio dos terminais, serviços legais, armazenamento e serviços logísticos em terra, entre outros.

Não havia no contrato previsão para troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as partes e elas não conferiam ao operador do navio/armador qualquer direito, ou oportunidade, de obter informações sobre os clientes da outra parte.

Assim, em 21/11/2016, o Conselheiro-Relator votou pelo conhecimento parcial da Consulta e pela inexistência de obrigatoriedade de notificação do Contrato por não configurar Contrato Associativo nos termos da Lei n. 12.529/2011, art. 90, IV, e da Resolução CADE n. 17, sendo acompanhado pelo Plenário do Tribunal em unanimidade.

Desde a promulgação da Lei n. 12.529/2011, uma das questões que mais atormenta os profissionais que militam em Defesa da Concorrência está centrada na figura do contrato associativo. Era possível imaginar, a partir do momento em que se tornou pública a Nova Lei de Defesa da Concorrência que o contrato associativo seria objeto farto para procedimentos de Consulta junto ao CADE. Ninguém tinha noção clara do que significava um contrato associativo e quando ele seria realmente caso de apreciação pela autoridade antitruste, agora prévia e obrigatória, logo, tornando-se um risco muito maior a não submissão diante das penalidades trazidas pela nova sistemática adotada pelo SBDC, inclusive de nulidade.

A Consulta em questão, embora tenha se centrado nas peculiaridades de um contrato específico utilizado no campo relacionado ao comércio internacional marítimo, foi muito importante para dar direcionamento mais claro ao mercado na medida em que a figura do contrato associativo havia passado por uma regulação (a Resolução CADE n. 10), a qual acabara de ser sucedida por outra norma (a Resolução CADE n. 17), que buscava dar contornos mais apropriados à nova figura.

Com a Consulta sob apreço, ficou esclarecido que não importava mais a existência de relação ou interdependência vertical conforme era exigido no regulamento anterior. Deu-se atenção à essência do contrato, que versava sobre aluguel de espaços em navios, sem nenhum cunho associativo para repartição de lucros e prejuízos entre os contratantes.

A Consulta da Hamburg serviu como orientação significativa de questão complexa e que certamente tenderia a se repetir – não na mesma configuração ou tipo de contrato objeto central – mas em função das inúmeras formas que poderiam ser adotadas na cooperação entre concorrentes capazes de, eventualmente, suscitar, ao menos, atenção da autoridade antitruste nacional.

Em continuidade ao Quadro 4, novamente a Hamburg, agora juntamente com a CMA CGM S.A. (CMA), submeteu Consulta ao Tribunal do CADE a fim obter manifestação se o

contrato de compartilhamento de embarcações (*Vessel Sharing Agreement* – VSA) celebrado entre elas e outra sociedade empresária caracteriza-se ato de concentração, do tipo contrato associativo e, assim, deveria ser notificado ao CADE, nos termos da Resolução n. 17/2016, c/c Lei n. 12.529/2011, art. 90, IV.

Por meio do contrato VSA, as partes se comprometem a disponibilizar e operar navios em uma linha regular, de frequência semanal, em ambos os sentidos de saída e de chegada. Cada empresa faz jus a um percentual de espaços nos navios proporcional à quantidade de embarcações que disponibiliza.

Na visão das Consulentes, o VSA não se caracterizaria como associativo, nos termos da Resolução CADE n. 17/2016, na medida em que (i) não se tratava de um empreendimento comum para exploração de atividade econômica e (ii) não envolvia o compartilhamento de riscos e resultados.

O caso foi distribuído ao Conselheiro João Paulo Rezende para relatoria sob o n. 08700.008081/2016-86³².

Reconhecendo a presença de todos os requisitos da Resolução CADE n. 12/2015, o Conselheiro-Relator, enfrentando o mérito, entendeu que o VSA exige das partes a tomada de decisões importantes em conjunto a exemplo do número de navios a serem disponibilizados, do requerimento mínimo de navios e dos portos que serão atendidos, dentre outros.

Além disso, o Conselheiro-Relator notou que o VSA permitiria que as partes vendessem ou pudessem vender espaço a que fazem jus entre si, além de impor a necessidade de prévio consentimento das partes do Contrato para que uma delas sublocasse ou permutasse o espaço ao qual faria jus.

Recordou o Conselheiro-Relator que a Resolução CADE n. 17/2016, ao definir o que seja empreendimento comum para efeito de configuração de um contrato associativo, determinou que seria a oferta de serviço no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que a atividade pudesse, mesmo em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro. Logo, para o Conselheiro-Relator, seria possível uma empresa apenas realizar a travessia, com sua embarcação e tripulação, e cobrar um valor fixo de terceiros para esse serviço, sem que essa empresa hipotética viesse a negociar com os clientes finais.

Embora as Consulentes, sobre o ponto acima, tivessem alegado que na prática da indústria de navegação marítima tal observação não era verificada, o Conselheiro-Relator

³² CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.008081/2016-86. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcUsidh8aotS5rc59kdFcl_b77vF522IsyX7HqkNm2BmK. Acesso em: 10 jan. 2020.

destacou que a Resolução n. 17/2016 é clara ao mencionar que basta ser possível que a atividade se dê em tese.

Também entendeu estar presente condição de compartilhamento de riscos e de resultados (ex.: cláusulas sobre custos comuns e responsabilidades por intempéries), que não seriam questões meramente operacionais a serem decididas conforme sustentavam as Consulentes.

Ademais, notou-se que pelo VSA as partes definiriam, em conjunto, a quantidade e a qualidade da oferta nesse mercado, além da frequência da rota, os portos e os terminais de parada, o número, a capacidade e a qualidade dos navios.

Adicionalmente, concluiu que nos Estados Unidos os VSA são notificados ao *Federal Maritime Commission* (FMC), órgão regulador do setor de transportes marítimos, semelhante à ANTAQ no Brasil, que também controla atos de concentração setorial naquele país.

Na União Europeia, embora haja uma isenção de notificação de acordos do tipo VSA, pressupõe-se a concorrência na rota abarcada pelo acordo, de maneira a garantir que os ganhos de eficiência sejam repassados aos consumidores, não podendo as partes excederem 30% da participação no mercado. Ou seja, a notificação é obrigatória em caso de concentrações superiores a esse patamar, semelhante ao que ocorria com a antiga Resolução n. 10/2014.

Ao final, o Conselheiro-Relator entendeu que o VSA deve ser submetido à análise de estrutura pelo CADE mediante exercício do controle preventivo.

O Plenário, por unanimidade, em 31/1/2017, conheceu da Consulta e se manifestou no sentido de que o contrato de VSA caracteriza-se como ato de concentração, da espécie contrato associativo, cuja notificação é obrigatória, em conformidade com a Lei n. 12.529/2011, arts. 88 e 90 e da Resolução CADE n. 17/2016, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

Mais uma vez, o contrato associativo voltou a ser objeto de Consulta, e pelo mesmo agente econômico.

O CADE, por meio da Resolução n. 17/2017, buscou dar a melhor redação possível visando estabelecer contornos mais objetivos para a configuração de um contrato associativo submissível prévia e obrigatoriamente ao SBDC de maneira a orientar a sociedade. Mesmo assim, diante da multiplicidade de arranjos possíveis, haja vista a vasta criatividade humana, que sempre buscará melhor adequar interesses, o regramento específico não foi suficiente. Por isso, é possível depreender que é uma função latente do procedimento de Consulta junto ao CADE prestar interpretação da norma frente às situações fáticas de modo a preencher as lacunas que não são – e nem poderiam ser – direcionadas pela regulamentação.

Nota-se também que o Tribunal do CADE se debruçou sobre o contrato em específico, objeto do procedimento de Consulta em apreço, identificando nele cláusulas que permitiram a subsunção do fato à espécie. Cláusulas que, na visão da Consulente, poderiam ser compreendidas como de mera administração operacional foram suficientes para chamar a aplicação da Resolução CADE n. 17, sobre contrato associativo, como o compartilhamento de riscos.

Também por meio da Consulta acima foi possível observar o enfrentamento da definição de “empreendimento comum”, que mesmo com a indicação da referida Resolução, ainda desperta dúvida. O Tribunal, sobre esse ponto, passou para a sociedade, a partir da sua resposta à Consulta em apreço, direcionamento no sentido de que a Resolução CADE n. 17 buscava agasalhar mais que uma simples cooperação entre concorrentes, mas, também, situações que elas buscam, de comum acordo, explorar atividade que poderia ser oferecida, ao menos em tese, ao mercado com o propósito de lucro.

Em conclusão, a segunda Consulta da Hamburg possibilitou à sociedade, quando contrastada com a primeira, diagnosticar que contratos de prestação de serviço entre concorrentes, sem a existência de determinadas cláusulas, estão fora do escrutínio da autoridade, ao passo que contratos entre rivais que buscam impingir ganhos econômicos a ambos, de maneira a revelar-se como instrumento de exploração de atividade econômica conjunta, devem ser submetidos à autoridade antitruste.

As duas consultas da Hamburg foram importantes para consolidar o entendimento sobre o contrato associativo de maneira a atribuir segurança jurídica ao administrado e, no mesmo sentido, efetividade às normas de Defesa da Concorrência.

Na sequência do Quadro 4, a Warner Bross Home Int. (Warner), por meio do procedimento de Consulta n.: 08700.008419/2016-08³³ junto ao Tribunal do CADE, buscou saber se seu contrato de licenciamento com a EA Swiss Sari (EA) seria um contrato associativo para fins de notificação obrigatória como ato de concentração nos termos da Lei n. 12.529/2011, art. 90, IV, “d”, e Resolução CADE n. 17/2016.

Conforme o referido contrato de licenciamento, a Warner tinha o direito exclusivo de replicar/manufaturar e distribuir certos títulos de jogos eletrônicos em formato físico desenvolvidos pela EA ou por terceiros em seu nome. Além disso, conforme o contrato, teria o direito de sublicenciar o direito outorgado pela EA.

³³CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.008419/2016-08. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcShF4qQb4635TBMWy4LqYta9HKa4xGE6tTQAG3MOTd1Z. Acesso em: 10 jan. 2020.

A Warner e a EA sustentaram que embora sejam concorrentes no mercado de desenvolvimento de jogos eletrônicos, a relação entre elas, pelo licenciamento, seria tipicamente vertical entre licenciadora (EA) e licenciada (Warner), não havendo empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados, estando, portanto, a avença submetida à Consulta fora do escopo da Resolução CADE n. 17/2016. O contrato entre Warner e EA tinha, inclusive, prazo inferior a dois anos.

Conhecendo da Consulta, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, a quem foi distribuído o caso para relatoria, afirmou que, segundo a Resolução CADE n. 17/2016, seus requisitos devem ser reconhecidos de forma cumulativa. Por isso, se o prazo fosse inferior a dois anos, não seria caso de submissão, contudo, havia previsão de mecanismo de renovação automática. Logo, pontuou, baseado na Resolução, que se um contrato associativo vier a atingir dois anos de duração ou após a prorrogação, há de ser notificado ao CADE se estiverem presentes os demais requisitos inerentes a um contrato associativo. Nesse sentido, o fato de o contrato prever renovação automática faz com que, preenchidos os demais requisitos, houvesse necessidade de notificação na hipótese de o contrato vir a superar o prazo de dois anos.

Porém, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo apontou que não havia formação de empreendimento comum, uma vez que a EA permanecia como licenciadora e a Warner, especificamente no contrato em análise, assumia a posição de licenciada para replicar/manufaturar e distribuir os títulos (Produtos EA).

Ainda que as Consulentes fossem concorrentes no mercado de desenvolvimento e edição de títulos de jogos (*softwares*), elas não o são no mercado atingido pelo contrato, mercado de réplica/manufatura e distribuição de títulos de videogames em formato físico.

Também entendeu o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo que não havia cláusulas de compartilhamento de riscos e resultados no contrato de licenciamento, tampouco as partes teriam capacidade de definir o mercado de demanda.

Logo, o Conselheiro-Relator entendeu que o contrato de licenciamento proposto pela Warner com a EA não se qualificava como contrato associativo para efeito de submissão prévia e obrigatória ao CADE.

O Plenário, por unanimidade, em 22/11/2017, conheceu da Consulta e emitiu manifestação acompanhando a decisão do Conselheiro-Relator.

Em que pese uma tentativa de exegese criativa por parte da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt em seu voto-vista, ao tentar estender a Resolução CADE n. 17/2016 às relações verticais (ex. tomador e prestador de serviço, fornecedor de insumo e tomador), elemento esse que foi claramente abolido por meio da revogação da Resolução CADE n.

10/2014, o fato é que o Tribunal mostrou-se firme em segregar do controle de estrutura, ou seja, da função preventiva da autoridade antitruste, contratos que não tinham características claras de empreendimento em comum, sendo, no caso, um mero contrato sinalagmático entre partes.

O CADE deu uma sinalização em relação ao prazo. Embora a Resolução CADE n. 17 tenha delineado que avenças com prazo superior a dois anos devem ser submetidas à autoridade (se preenchidos outros requisitos da mesma norma), havendo cláusula de renovação automática, contratos com prazo inferior àquele devem ser submetidos na renovação se preenchidos os demais critérios.

Portanto, a Consulta em análise foi importante para ajudar a construir o entendimento da autoridade antitruste nacional de que a figura do contrato associativo não é qualquer contrato entre empresas rivais, mas depende da conjunção cumulativa de todos os requisitos da Resolução CADE n. 17/2016, o que reforça o caráter instrutivo da Consulta para efeito de apaziguamento das relações sociais no âmbito da Defesa da Concorrência.

Dando continuidade à análise do bloco de consultas que contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência, a Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. (Visa) apresentou Consulta ao CADE solicitando que a autarquia se manifestasse sobre cláusulas as quais pretendia inserir em seu contrato de participação, o qual estabelece os direitos e as obrigações dos agentes participantes nas transações financeiras (com cartões) coordenadas pelo arranjo de pagamentos Visa.

As cláusulas sob Consulta tinham por objeto fornecer informações, pelos facilitadores à Visa, relacionadas a dados de estabelecimentos. Em relação àqueles primeiros transacionam, especificamente, (a) nome fantasia, (b) código de categoria do estabelecimento comercial ou *Merchant Category Code* (MCC), um código de classificação de tipo de atividade e (c) código de país e cidade do estabelecimento comercial.

A Visa justificou a inserção das cláusulas sob Consulta em seu contrato por dois motivos principais: (i) a necessidade de observar regras do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e (ii) a conveniência em aumentar a efetividade do regulamento da Visa, que buscava os objetivos estabelecidos nas regras do SPB.

A Visa alegou ainda que sem a cláusula haveria risco de: a) insolvência em liquidação de transações; b) exposição de marca à transação depreciativa; c) aumento de *chargeback*, que é a impugnação de compras pelo portador de cartão de crédito, pois sem conhecimento dos dados do estabelecimento, o titular tende a não reconhecer a transação.

Embora sejam informações importantes, não são concorrencialmente sensíveis de maneira que o acesso a elas não prejudicaria a concorrência. A Consulta recebeu o n.

08700.001020/2014-26³⁴ e foi distribuída à Relatoria do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo.

Inicialmente, o Conselheiro-Relator esclareceu o papel de cada um dos agentes atuantes na indústria de cartões de pagamento – conforme já demonstramos no caso da Mastercard –, além de reafirmar a competência legal do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil para emitirem regulamentação a respeito. Essa competência não afasta a possibilidade de o CADE analisar as questões concorrenciais que emergem no SFN.

Em seguida, conhecendo da Consulta por estarem presentes os requisitos da Resolução CADE n. 12/2015, o Conselheiro-Relator circunscreveu o objeto a ser tratado, especificando-o sobre determinada cláusula apresentada pela Visa.

Sobre os riscos à concorrência supostamente advindos da cláusula, o Conselheiro-Relator apontou que não há relação jurídica entre bandeira Visa e o facilitador. Segundo ele, as cláusulas apresentadas visam a obrigar que os facilitadores, que outrora apenas teriam relação direta com o credenciador, forneçam dados à bandeira como (i) nome fantasia do estabelecimento comercial, (ii) MCC e (iii) país e cidade de origem da transação.

O Conselheiro-Relator resgatou que a indústria de pagamentos já foi objeto de várias apreciações pela autoridade antitruste brasileira, inclusive em sede de Consulta, com relação à solicitação de informações dos facilitadores, conforme procedimento apresentado pela MasterCard, não conhecido. Contudo, para a Consulta da Visa, diversamente daquela, estariam presentes todas as informações e documentos necessários à análise.

O Conselheiro-Relator apontou que as informações solicitadas pela Visa poderiam identificar estabelecimentos, clientes dos facilitadores, configurando o acesso a informações sensíveis desses últimos, embora o risco não esteja no acesso em si, mas na forma como a Visa utilizaria tais informações. Portanto, mesmo sendo um risco pequeno, era preciso averiguar se haveria eficiências que compensassem o custo para a sociedade, que é a potencial restrição à concorrência. Nesse sentido, o Conselheiro-Relator centrou-se no fato de que o acesso a tais informações poderia diminuir o chamado *chargeback*, uma vez que ajudaria na individualização e no mapeamento de hábitos de consumo pelos emissores, juntamente com as bandeiras, além de reconhecer a compra pelos titulares. Essas eficiências seriam claramente compensatórias, na visão do Conselheiro-Relator, para permitir o acesso às informações solicitadas pela Visa.

³⁴ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.000468/2017-75. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcc4TweMBb5xh5jpdCpUGbprZdAEo9GyGNI5yC0fwnAiD. Acesso em: 7 jan. 2020.

Diante disso, considerou lícita, sob o ponto de vista concorrencial, as cláusulas apresentadas pela Visa, para solicitação ao facilitador de: (i) nome do estabelecimento comercial (nome fantasia) no qual a transação foi realizada, (ii) nome do facilitador, (iii) código de categoria do estabelecimento comercial (MCC), e (iv) código de país e cidade do estabelecimento comercial.

A Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, por sua vez, apresentou voto-vogal. Entendeu que as cláusulas que autorizam a Visa obter acesso ao código de país e cidade de estabelecimento tenderiam a induzir a uma conduta exclusionária, por impedir a atuação de credenciadoras no exterior. Além disso, compreendeu que o dado de MCC poderia ser utilizado de forma anticompetitiva pela bandeira, ou seja, de maneira discriminatória.

Em 3/5/2015, o Plenário, por unanimidade, conheceu da Consulta e, no mérito, por maioria, emitiu manifestação nos termos do voto do Conselheiro Relator, sendo vencida a Conselheira Cristiane Alkmin.

Foi somente a partir da consulta da Visa que se começou a desenhar certo deslinde definitivo para a questão algumas vezes enfrentada pelo CADE envolvendo o acesso de informações concorrencialmente sensíveis na indústria de cartões de crédito.

A Visa apontou a necessidade de acesso às informações dos facilitadores com a finalidade de diminuir a quantidade de estornos de compras realizadas com cartão de crédito e, posteriormente, não reconhecidas pelo titular, pelo simples fato de não associar o nome que aparece em sua fatura – no caso o nome do facilitador, que intermediou a operação – com a compra realizada. O Conselheiro-Relator foi bastante sensível a esse argumento da Visa.

Não obstante o reconhecimento de que, de fato, o acesso a informações concorrencialmente sensíveis pode representar uma conduta concorrencial ilícita na medida em que diminui a necessária assimetria informacional entre os *players*, o Conselheiro-Relator acentuou que no caso da Consulta em questão, esse efeito seria compensado pelos benefícios tanto à indústria de cartões de crédito como ao próprio consumidor, na medida em que essas informações poderiam acarretar na diminuição do estorno da compra, conhecido no meio como *chargeback*, garantindo a confiabilidade do sistema.

Apesar de a Consulta da Visa ter sido um verdadeiro norteador para a indústria de meios de pagamento na questão do acesso a informações de facilitadores, bem como o CADE, dessa vez, ter se debruçado mais a fundo em relação às disposições apresentadas pela bandeira, delineando até uma análise de compensação pela eficiência na exigência frente aos eventuais danos à concorrência, alguns *players* entenderam que a decisão do CADE não teria sido suficiente para dirimir todas as dúvidas, como seria o caso da Rede que será adiante tratado.

Isso porque, quem mantém a relação jurídica com os facilitadores são os credenciadores, e não as bandeiras. A Visa desenhou as obrigações submetidas pelos facilitadores como se fosse em uma relação direta com ela, o que não ocorre na prática. Na verdade, as informações dos facilitadores transitam, necessariamente, pelo principal concorrente deles, no caso, os credenciadores. Isso não foi avaliado pelo CADE na consulta feita pela Visa. Além disso, os críticos também alegam que a Visa apresentou ao CADE apenas um recorte de suas regras relacionadas a tal acesso, de maneira que outros entes interligados na cadeia da indústria de meios de pagamento continuaram não tendo qualquer orientação em relação à licitude sobre outras regras contratuais da Visa, que também exigiam acesso a informações concorrencialmente sensíveis.

Não obstante o ponto acima, é de se reconhecer o esforço da autoridade antitruste brasileira em endereçar questão que há muito vinha atormentando e criando estresse na relação entre os atores da indústria de pagamento, em especial facilitadores e credenciadores. Nessa linha, o resultado da Consulta afirmou a racionalidade que deve existir por trás da adoção de condutas unilaterais, de maneira a justificá-las e, em sede de Consulta, salvaguardá-las de questionamentos.

Na décima quarta posição do Quadro 4, tem-se Consulta realizada pelo Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres e Cargas em Geral de Itajaí e Região e o Sindicato das Empresas de Veículos de Transporte de Carga e Logística de Itajaí e Região (Sindicatos) buscando sanar junto ao CADE dúvidas a respeito do estabelecimento de tabela de preço mínimo de fretes, idealizada e acordada entre eles após as paralisações ocorridas no setor de transporte rodoviário de cargas em 2018.

A ideia dos Sindicatos era estabelecer uma tabela de preço básico que contemplaria tão somente o custo do frete, observando-se as regras contidas na Resolução ANTT n. 4.810/2015. Explicaram que essa limitação era necessária para evitar o aviltamento da atividade e seu sucateamento. Assim, os Sindicatos visavam estipular um preço mínimo para contratação de Transportador Autônomo de Carga (TAC) na modalidade de terceirização por Empresa de Transporte de Carga (ETC), sem afetar o preço no destinatário final. Na Consulta, os Sindicatos alegaram:

o valor do frete praticado no mercado está em flagrante aviltamento da atividade de transporte autônomo, quando contratado pela modalidade de terceirização, inviabilizando a manutenção do equipamento e do próprio transportador.

A Consulta recebeu o n. 08700.001540/2018-62³⁵ e foi distribuída à relatoria da Conselheira Paula Farani Azevedo, que começou a enfrentar o mérito por meio de um esboço histórico. Assim, apontou que a Consulta foi gerada em decorrência dos episódios de paralisações dos transportadores autônomos em Itajaí, que reivindicavam melhoria nas condições de prestação dos serviços de frete, tendo sido cessada por meio de negociação entre os Sindicatos. A Consulta, ora em análise, foi uma condição contratual negociada pelos Sindicatos.

A Conselheira situou, então, que a metodologia de cálculo sugerida na Resolução n. 4.810 da ANTT não serve para estipular um preço final para a contratação dos serviços de frete, tampouco é rígida na definição do valor de custo, uma vez que as variáveis elencadas podem mudar a depender da operação e da estrutura de negócios de cada empresa ou transportador. Logo, o anteparo dos Sindicatos com base na referida norma para pretender estipular o valor mínimo de frete não teria validade – seria desejado um tabelamento de preços.

Sobre a prática de fixar tabelas de preços, a Conselheira-Relatora anotou que tem sido recorrentemente tratada pelo CADE como uma infração à ordem econômica. Em especial, quando as tabelas são adotadas no âmbito de associações e sindicatos, considera-se como influência à adoção de conduta comercial uniforme, enquadrada na Lei n. 12.529/2011, art. 36, I, II e IV, c/c § 3º, II. Em outros casos, o tabelamento de preços também foi enquadrado pelo CADE como instrumento utilizado na realização da prática de cartel.

De uma forma ou de outra, o tabelamento de preços é reconhecidamente lesivo à concorrência por reduzir a competitividade entre agentes ao suprimir a liberdade de fixar preços próprios e ao afetar o mecanismo de equilíbrio de preços do mercado, importando em prejuízos aos consumidores finais.

Quanto ao método de análise do ilícito, se por objeto ou por efeito, a jurisprudência do Tribunal revela, segundo a Conselheira-Relatora, que a prática vem sendo reiteradamente tratada como ilícito por objeto.

Sobre a diferenciação entre ilícito por objeto e por efeito, a Conselheira-Relatora lecionou que segundo a Lei n. 12.529/2011, art. 36, constitui-se independentemente de culpa e se configura no ato que tenha por objeto ou possa produzir os efeitos de: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado

³⁵CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.001540/2018-62. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxC9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd2p7wFnHdlUxeWNv1YcHhH77I19SBoSCA6giYBH EAK7. Acesso em: 7 jan. 2020.

relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Assim, é preciso verificar, portanto, que o ato praticado tenha tido por objeto ou efeitos as consequências listadas no artigo. O direito concorrencial, desse modo, trabalha com duas categorias principais de ilícitos: os ilícitos por objeto e os ilícitos por efeitos. A categorização entre esses tipos se dá com base na presunção de ilicitude e, conseqüentemente, pela metodologia de análise e o ônus probatório. Os ilícitos por efeitos possuem, em princípio, presunção de legalidade, de maneira que, até que se comprove que os atos praticados incorreram na produção de efeitos líquidos negativos injustificáveis contra a concorrência, eles serão tidos por lícitos, cabendo à Administração o ônus da prova. Assim, os atos são submetidos a uma análise da regra da razão, que deverá inquirir sobre o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos; eventual existência de posição dominante; ocorrência de efeitos líquidos positivos ou negativos e existência de meios menos restritivos para atingir as mesmas eficiências. O ônus probatório, portanto, fica a cargo da Administração, que deve demonstrar que as condutas praticadas pelos representados foram prejudiciais à concorrência. De outro lado, os ilícitos por objeto constituem-se por condutas nas quais os próprios objetos são danosos à concorrência, por não ser possível, nem mesmo em tese, identificar qualquer outro objetivo ou efeito relacionado à conduta que não a restrição da concorrência. Possuem, portanto, presunção de ilegalidade. A presunção de ilegalidade dos ilícitos por objeto não é, porém, absoluta, mas relativa. O que ocorre é uma inversão no ônus probatório, cabendo aos representados apresentar provas que desconstituam a ilicitude presumida. Desse modo, os ilícitos por objeto prescindem de uma análise por meio da regra da razão, e são analisados pela regra *per se*, que impõe exame menos aprofundado em vista da presunção de que a conduta não possui propósito ou efeitos legítimos. Portanto, ao considerar as tabelas de preços adotadas por sindicatos e associações como prática de influência à conduta uniforme, caracterizada como ilícito por objeto, o CADE confirma a ilicitude da conduta em seu objeto em si, que não é outro senão a limitação e a redução da concorrência, de modo que carrega consigo presunção relativa de ilegalidade, pela qual se dispensa, por parte da autoridade, análise quanto a estruturas de mercado e efeitos da prática, dentre outros, para configurar a infração.

Sem prejuízo da verdadeira lição acima, ao investigar o caso com profundidade, a Conselheira-Relatora identificou que o uso de preços mínimos na contratação dos serviços de frete dos TACs por ETCs foi efetivamente implementada, conforme se verificou dos *sites* dos Sindicatos. Houve, também, a proibição, pelos Sindicatos, de precificação abaixo do custo. Ou seja, essas duas práticas indicam a ocorrência de restrições à liberdade de precificação. Não consta dos *sites* qualquer indicativo de ser uma mera recomendação. De toda forma, a

jurisprudência do Tribunal compreende que a potencialidade lesiva do tabelamento de preços independe da imposição por parte das associações ou sindicatos, bastando a elaboração, divulgação e recomendação para que a influência aos afiliados e à conduta se materializem.

Assim, a Conselheira-Relatora, considerando a elaboração e a divulgação de tabelas de fretes mínimos a ser utilizada na contratação de serviços de frete entre os membros dos Sindicatos, bem como a existência de cláusula negociada que impede a precificação abaixo dos custos estabelecidos, recomendou a conversão da Consulta em processo administrativo para apurar eventual infração à ordem econômica pela realização da prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme.

A Conselheira Cristiane Alkmin proferiu voto-vogal, acompanhando a Conselheira-Relatora, principalmente na fundamentação de que tabelas de preços têm potencial lesivo à concorrência, porém, não se trata de um ilícito por objeto. Traz o exemplo da tese de poder compensatório, quando um grupo de pessoas se vê a frente de tomar uma medida eventualmente anticompetitiva em função do poder de barganha da parte que se encontra do outro lado. Assim, o tabelamento de preços pode, em situações específicas, ser benéfico do ponto de vista do bem-estar social. Não há pacificação sobre o fato de que o uso de tabela de preços traga malefício *per se* sobre o bem-estar social nem mesmo teoricamente. Logo, essa conduta não deve ser compreendida como uma infração contra a ordem econômica nesse contexto.

Além disso, segundo Cristiane Alkmin, à luz da legislação brasileira, não parece ser possível inverter o ônus da prova, pois um dos princípios basilares do processo administrativo sancionador é de que o ônus da prova recai sobre a Administração Pública, em consonância com a CF/1988, art. 5º, LV e LVII, e com a Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999, art. 36). As normas de inversão do ônus probatório possuem, portanto, caráter excepcional e só podem ser interpretadas restritivamente. Qualquer flexibilização desse princípio, portanto, deve ficar a critério do legislador, a exemplo do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que determina a inversão do ônus em favor do consumidor, quando “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Em 27/3/2018, o Plenário, por unanimidade, conheceu da consulta formulada pelos Sindicatos e determinou a conversão em processo administrativo para apurar a prática de influência à conduta comercial uniforme, por meio de tabelamento de preços de frete e proibição de precificação abaixo do custo, nos termos do voto da Conselheira Relatora.

Com efeito, a Consulta dos Sindicatos de Transportadoras possibilita uma boa compreensão da importância do procedimento à sociedade. De uma mão, ela contém

esclarecimento quanto a importantes conceitos da aplicação das regras *per se* e da razão, enquanto delimitadoras de uma infração por objeto ou por efeito. Além disso, a Conselheira-Relatora também deixou em pleno relevo o entendimento da autoridade com relação às práticas de tabelamento de preços, sendo essas consideradas negativas aos consumidores, ainda que se possa ter, com o tabelamento, algum objetivo escusável, como evitar o aviltamento da profissão. E de outra sorte, determinou a conversão da Consulta em procedimento para apurar infração da ordem econômica dado que os Sindicatos já haviam implantado a medida sob consulta, consubstanciando, então, não mais uma expectativa de direcionamento, mas referendo quanto à própria prática, que acabou por não ocorrer, acarretando, assim, indicação de investigação enquanto conduta anticompetitiva assegurando-se a afetividade das normas de Defesa da Concorrência.

Portanto, a Consulta dos Sindicatos atingiu o ápice de seus efeitos indiretos no sentido de não atribuir segurança jurídica no caso em contrato, mas dar real aplicação às normas nacionais antitruste, inclusive de modo duro, visando apurar imediatamente ilícito concorrencial.

Novamente o tema ‘acesso a informações concorrencialmente sensíveis na indústria de cartões de crédito’ é objeto de Consulta. Agora, na sequência do Quadro 4, a Redecard S.A (Rede), credenciadora de cartões de crédito pertencente ao Grupo Itaú Unibanco, submeteu de uma só vez 4 consultas junto ao CADE (08700.004009/2018-41, 08700.004010/2018-76, 08700.004011/2018-11 e 08700.004012/2018-65, todas analisadas simultaneamente)³⁶ questionando eventual existência de infrações contra a ordem econômica caso houvesse cumprimento de obrigações contratuais impostas pelas instituidoras de arranjo de pagamento (bandeiras) Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. (Visa), American Express Brasil Assessoria Empresarial Ltda. (Amex), Elo Serviços S.A. (Elo) e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento.

Segundo a Rede, as bandeiras, sob a alegação de assegurar a higidez financeira do arranjo de pagamento, exigem o fornecimento de certos dados das empresas denominadas “facilitadoras”, “subcredenciadoras” ou “subadquirentes”, consideradas pela jurisprudência do CADE como concorrentes das credenciadoras, dados esses que podem ser considerados concorrencialmente sensíveis. Diante disso, a pergunta formulada pela Rede foi direta:

³⁶ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.004009/2018-41. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcddxfvoswfltaFpH1A5GhxkeAvOIKhrcLu1JqwqsFq2w. Acesso em: 13 nov. 2020.

se a Consulente, solicitando e obtendo acesso às informações indicadas em cada uma das cláusulas abaixo transcritas, incorreria em infração ao art. 36, I e II, da Lei n. 12.529, sabendo-se (i) que o CADE já considerou, no passado, a REDE como uma empresa detentora de posição dominante no mercado de credenciamento no Brasil, e (ii) talvez haja uma relação de substituição, e portanto, de concorrência direta, entre a REDE e seus facilitadores para uma parcela incipiente, mas crescente, da demanda.

A Associação Brasileira de Internet (Abranet) manifestou-se alegando que as Consultas não deveriam ser conhecidas de plano, visto que versam sobre prática já investigada pelo CADE no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.004089/2009-01, envolvendo a própria Rede. Apesar de, nesse processo, ter sido celebrado um TCC com a Rede, a Abranet sustentava que a infração contra a ordem econômica fora reconhecida, de modo que não restavam dúvidas acerca da ilegalidade sobre o que estava sendo consultado. Além disso, o questionamento pela Rede, segundo a Abranet, deveria ser indeferido, pois envolvia questões demasiadamente complexas, que exigem consideração de outros fatos além daqueles descritos nas Consultas. Quanto ao mérito, a Abranet defendeu que a coleta de dados relativos aos estabelecimentos comerciais credenciados aos facilitadores não seria medida necessária para garantir a higidez do sistema de pagamentos e que o acesso a essas informações pela Rede representa uma importante vantagem competitiva, tanto na obtenção de informações concorrencialmente sensíveis, quanto na possibilidade de captação da base de clientes alheios, no caso, dos subcredenciadores.

A Visa também manifestou-se pontuando que as regras sob Consulta são necessárias para viabilizar a operação dos facilitadores de pagamento. Segundo ela, o monitoramento do arranjo é distribuído entre os agentes de forma a gerar eficiência e reduzir custos e é justamente essa conexão intermediada, feita por meio do credenciador junto ao facilitador, que garante menores encargos, custos e riscos operacionais ao modelo de negócios dos últimos, viabilizando que esses agentes alcancem estabelecimentos comerciais de menor porte. Ademais, segundo a Visa, o credenciador é quem teria o risco financeiro da operação dos facilitadores perante os estabelecimentos comerciais, assim, qualquer inversão nessa lógica econômica demandaria reapreciação de todo o arranjo de pagamento.

A Conselheira-Relatora Paula Farani Azevedo, conhecendo das Consultas, iniciou sua apreciação reafirmando a competência do CADE para analisar condutas de instituições financeiras, não havendo qualquer conflito de competência com o BACEN a esse respeito, destacando a assinatura do Memorando de Entendimentos entre o CADE e aquele regulador, no qual as instituições “se comprometem a agir de forma cooperativa e eficiente” e “a criar mecanismos de cooperação técnica”, em clara demonstração de que as atividades das agências são complementares e não coincidentes.

Quanto ao mérito, a Conselheira-Relatora destacou, primeiramente, que os facilitadores não são regulados pelo BACEN. O avanço da internet e do comércio virtual deu origem a tal figura. O surgimento dos facilitadores justificou-se pela baixa confiança inicial nas vendas realizadas pela internet e pela exploração de nicho de mercado não atendido pelas credenciadoras já instaladas no mercado. Os facilitadores cresceram no mercado ao oferecer aos compradores a garantia do recebimento do produto, visto que o pagamento ficava sob custódia (*escrow*) e o consumidor tinha acesso a sistemas de disputa para liberação de pagamentos. Em um segundo momento, avançando do ambiente virtual ao físico, os facilitadores experimentaram crescimento ao oferecer aos pequenos empreendedores soluções para recebimento de cartões de pagamento, com exigências menos rigorosas do que aquelas aplicadas pelos credenciadores tradicionais e a preços mais atrativos.

A Conselheira-Relatora também apontou a regulamentação do setor conforme a Lei n. 12.865/2013, que determinou a interoperabilidade inter e intra arranjos nos mercados de meio de pagamento e conferiu ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e ao BACEN a competência para regulamentar o setor. Em função disso, em março de 2018, por meio da Circular n. 3.886, o BC definiu, pela primeira vez, o que seria um facilitador e o incluiu como participante de um arranjo de pagamento nos seguintes termos:

Art. 2º. Para os efeitos deste Regulamento, as expressões e termos relacionados são definidos como segue:

VIII – subcredenciador: participante do arranjo de pagamento que habilita usuário final recebedor para a aceitação de instrumento de pagamento emitido por instituição de pagamento ou por instituição financeira participante de um mesmo arranjo de pagamento, mas que não participa do processo de liquidação das transações de pagamento como credor perante o emissor.

Ao iniciar o enfrentamento do mérito da Consulta, a Conselheira-Relatora ponderou que o CADE está vinculado a responder sobre a licitude do objeto em questão, considerando as metodologias de análise e as categorias de infração existentes no direito concorrencial brasileiro. Assim, o CADE fica restrito, em sede de Consulta, às seguintes possibilidades de resolução: i) dizer que a conduta é lícita; ii) dizer que a conduta é ilícita pelo objeto; ou iii) dizer que a conduta possui potencialidade lesiva, devendo ser necessário analisar regra da razão – avaliação que ela entende ser incabível em sede de Consulta, devido à restrição legal de instrução processual e à inexistência de contraditório e ampla defesa.

A Conselheira-Relatora definiu a questão a ser analisada como aquela versada na troca de informações entre concorrentes e sua licitude, conduta que deve ser sempre analisada com muito cuidado pela autoridade antitruste.

Lecionou ainda que a potencialidade de gerar comportamentos e efeitos anticompetitivos depende da natureza das informações compartilhadas, da dinâmica do mercado e dos meios utilizados para o compartilhamento. Logo, as informações tidas como concorrencialmente sensíveis despertam, imediatamente, maiores preocupações às autoridades antitruste, em vista do valor que possuem para a tomada de decisões e estratégias comerciais.

A Conselheira-Relatora revisitou casos do setor de meios de pagamento nos quais foram avaliadas questões relacionadas à troca de informações, em especial, para o caso da Visa, anteriormente descrito, no qual se considerou lícito o acesso às seguintes informações junto aos facilitadores: (i) nome do estabelecimento comercial (nome fantasia) no qual a transação foi realizada, (ii) nome do facilitador, (iii) código de categoria do estabelecimento comercial (MCC), e (iv) código de país e cidade do estabelecimento comercial.

A Conselheira-Relatora também destacou que com base na doutrina e na jurisprudência do CADE, é possível indicar um grupo de dados/informações sobre o qual recai uma presunção de licitude para seu compartilhamento, seja em vista de sua irrelevância competitiva, seja em vista de permissão legal ou, ainda, de determinações anteriores do CADE. Nesse sentido, compartilhar dados agregados e históricos de atividades de concorrentes é presumidamente lícito, em vista do baixo valor econômico e competitivo desses dados, que não fornecem informações atuais e detalhadas da atividade dos concorrentes. Logo, quanto mais agregada e histórica a informação, ou seja, quanto mais sumarizada e antiga, tanto menor é o risco de efeitos anticoncorrenciais.

Também possui presunção de licitude, conforme consignou a Conselheira-Relatora, a troca ou o acesso de dados e informações já expressamente permitidos pelo CADE, notadamente na Consulta Visa, sendo eles: i) nome do estabelecimento comercial (nome fantasia) no qual a transação foi realizada; ii) nome do facilitador; iii) código de categoria do estabelecimento comercial (MCC); e iv) código de país e cidade do estabelecimento comercial. Esclarece-se ainda que, segundo o CADE, essas informações poderiam transitar pela credenciadora quando da ocorrência da transação.

De toda a forma, a presunção de licitude não é absoluta. É possível que o compartilhamento e o uso indevidos desses dados venham a ser apurados pela autoridade concorrencial, mesmo que, *a priori*, sua obtenção e transmissão dentro do arranjo de pagamentos não sejam vistas como concorrencialmente problemáticas. Por isso, é necessário analisar os eventuais impactos nocivos que o acesso a essas informações poderia ocasionar.

Ocorre que, segundo a Conselheira-Relatora, não foi possível realizar essa análise em sede de Consulta para as questões apresentadas pela Rede porque: i) não foram trazidas

evidências dos efeitos da eventual troca de informações sobre o mercado e não é possível realizar instrução processual nesse tipo de procedimento; ii) não foram trazidas provas das eficiências que justificariam essa troca de informações; e iii) a regra da razão, quando aplicada dentro do ordenamento jurídico, requer respeito ao devido processo legal e ao direito de ampla defesa, o que não pode ser exercido pelas instituidoras dos arranjos no presente processo, visto que sequer figuram como partes. Além disso, acrescentou que, no caso de superveniência de regulação específica emitida pelo BC, é possível que a opinião expressada pelo CADE na presente Consulta seja superada e tornada inócua, a depender do novo desenho e das medidas regulatórias adotadas para o setor.

Dessa feita, no mérito, a Conselheira entendeu que a obtenção pela Rede de informações e dados prévios e compilados dos facilitadores e dos estabelecimentos comerciais podia ensejar a aplicação da legislação concorrencial e, por meio de uma análise dos efeitos da conduta, configurar um ilícito. Porém, sugeriu o encaminhamento das quatro Consultas da Rede para instaurar inquérito pela Superintendência-Geral visando apurar eventual infração à ordem econômica realizada pelas instituidoras de arranjos de pagamento envolvidas.

O Conselheiro João Paulo de Resende apresentou voto-vogal para constar que, embora seja bastante crítico em relação a credenciadoras atuantes em grandes grupos financeiros, no caso em tela, existiria um problema legítimo para a Rede, uma vez que esbarra em decisão do CADE em que se firmou TCC proibindo que certas informações relacionadas aos facilitadores e seus clientes (os estabelecimentos comerciais) sejam repassadas aos credenciadores, reconhecendo que ela se encontra em situação de insegurança jurídica, pois estaria diante de uma escolha entre cumprir o acordo com o CADE ou correr o risco de descumpri-lo para honrar os contratos com as bandeiras.

Por fim, considerou que o ideal seria que a questão tivesse sido endereçada pelo regulador setorial, o Banco Central, o qual, inclusive, seria o órgão mais apto a definir quais informações devem, de fato, ser compartilhadas para que se garanta a higidez do sistema.

De toda forma, o Conselheiro João Paulo Rezende acompanhou a Relatora.

O Conselheiro Paulo Burnier também emitiu voto-vogal. Segundo ele, não havia elementos suficientes nos autos que permitissem um juízo definitivo sobre a legalidade da conduta objeto da Consulta. Para ele, as respostas às Consultas oferecidas ao CADE deveriam ser binárias: “sim” ou “não” à pergunta que traduz o objeto da Consulta. Isso se deve à natureza do próprio instituto, cuja finalidade é oferecer segurança jurídica aos administradores, para que possam ter previsibilidade sobre a (i)legalidade de determinada prática. Assim, votou pelo não

conhecimento das Consultas, devendo ser sinalizado ao mercado, no caso em específico, a obediência ao quanto decidido na Consulta da Visa.

A Conselheira Polyana Villanova também juntou seu voto-vogal, iniciando com um resgate da construção histórica do instituto da Consulta. Além disso, repisou que o objeto do procedimento deve ser claro e circunscrito, sob pena de submeter a autoridade antitruste à obrigação de emitir juízos prévios e vinculantes sobre condutas não suficientemente delimitadas, cujos efeitos sobre o mercado não sejam razoavelmente previsíveis, fato esse que não é observado nas Consultas da Rede. Além disso, sustentou que a questão concorrencial apresentada não é trivial e depende, para o seu enquadramento, do exame criterioso das circunstâncias fáticas a ela relacionadas. Para ela, o conhecimento das Consultas exigiria uma extensa dilação probatória para delimitar eventual problema concorrencial – o que, além de não ser cabível, é inviável no espaço restrito do procedimento de Consulta. Votou, portanto, pelo não conhecimento das Consultas.

O Presidente do Tribunal também proferiu voto-vogal reconhecendo que são complexas as questões trazidas pela Rede. O CADE já se pronunciou sobre o risco concorrencial da troca de determinadas informações. De outro lado, compreende a preocupação de manutenção de higidez do sistema, a qual só pode ser alcançada pelo acesso de certas informações e pela instituição de mecanismos de controle. Ponderou que a solução sugerida pela Conselheira-Relatora representa mais um exemplo concreto da aproximação deste Conselho com o Banco Central do Brasil (BCB), acompanhando, portanto, a Relatora *in totum*.

Logo, por maioria, em 3/10/2018, o Plenário conheceu das Consultas e, no mérito, emitiu manifestação nos termos do voto da Conselheira Relatora determinando o seu envio à Superintendência-Geral para instauração de procedimento destinado a apurar eventual infração à ordem econômica em face das bandeiras. Foram vencidos os Conselheiros Paulo Burnier da Silveira e Polyanna Ferreira Silva Vilanova que votaram pelo não conhecimento.

Com efeito, diante dos resultados das Consultas anteriores submetidas pela Mastercard e pela Visa, ainda persistia relativa dúvida sobre a licitude concorrencial na prática imposta pelas bandeiras junto às credenciadoras para obterem informações consideradas sensíveis dos facilitadores. No caso da Consulta da Mastercard, não resta dúvida de que ela nada resolveu, por não ter sido conhecida em função da ausência de documentos imprescindíveis à análise. Já em relação à consulta da Visa, embora tenha havido um certo avanço, o fato é que somente uma parte da relação havia sido submetida à autoridade pela bandeira. O resultado focava na licitude da obtenção das informações na relação bandeira-facilitador, desconsiderando a participação do maior impactado, que era a credenciadora.

Não se acusa que o resultado do procedimento de Consulta da Visa não tenha sido importante para a efetividade da aplicação das normas de Defesa da Concorrência numa relação específica na indústria de cartão. As informações, em relação as quais o acesso foi possibilitado, marcaram um norte, um direcionamento. Porém, esse resultado não foi o suficiente para cobrir as demais pontas deixadas em aberto quando se aprofunda na intrincada cadeia de produção da indústria de meios de pagamento por cartão. A pretensão da Rede, portanto, era: a) alinhar todos os principais arranjos numa única decisão – já que a decisão da Visa, embora orientadora para o mercado, dizia respeito exclusivamente a ela, sem considerar as peculiaridades das relações jurídicas entre os participantes do arranjo; b) esclarecer que a licitude na obtenção de informações dos facilitadores abrange, principalmente, a relação entre facilitador-credenciador, inclusive por ser essa a definição trazida nos arranjos, com sérias implicações contratuais ao credenciador que descumpri-la; e c) apontar todas as demais obrigações existentes nos diversos arranjos nos quais se determinava a necessidade de acesso a informações concorrencialmente sensíveis de modo a espantar, de vez e por completo, toda eventual dúvida.

Diante disso, tanto para a Rede como para o mercado, os resultados das Consultas em comento foram frustrantes. A sociedade esperava que, dessa vez, dada a forma como o assunto fora abordado junto à autoridade, ou seja, exaustivamente, abrangendo regras explícitas dos principais arranjos de pagamento atuantes no mercado brasileiro representantes de mais de 90% de participação, a questão fosse definitivamente dirimida. Contudo, o que se viu foi que aspectos infralegais, originados pela própria autoridade, relativos ao estabelecimento rígido de prazo para resposta de um procedimento de Consulta e a impossibilidade de, dentro desse prazo, se estender a investigação no âmbito do referido procedimento, mediante, por exemplo, envio de ofícios às bandeiras para que apresentassem as eficiências necessárias, pesaram mais do que o interesse dos administrados em ter a questão resolvida por meio de orientação segura.

Fica a pergunta, então, se seria mais produtora a Rede ter feito representação por conduta anticompetitiva das bandeiras junto à autoridade antitruste, estremecendo o relacionamento comercial, a ter feito o recolhimento de custas de quatro Consultas e preparado quatro procedimentos distintos, podendo ter aplicado os esforços (e recursos) de forma mais eficiente.

De toda sorte, a matéria submetida à análise da autoridade mediante a Consulta da Rede não é algo trivial, porém, a admissão de prazo de prorrogação de análise, como ocorre nos atos de concentração, além da possibilidade de aprofundar a instrução no âmbito do próprio procedimento de Consulta poderia ser o caminho para gerar eficiência ao procedimento e contribuir para a efetividade das normas antitruste. O que se viu, ao menos para os casos das

Consultas da Rede, foi um exagero de acautelamento na tomada de decisão pela autoridade antitruste, que já vinha sendo amadurecida e fora facilitada pela circunscrição da demanda.

Enfim, embora as Consultas não tenham chegado ao fim desejado pela Rede, contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência ao reafirmar a autorização já conhecida pela Consulta da Visa no sentido de se ter acesso a determinadas informações dos facilitadores, agora mais esclarecidamente via credenciador e, principalmente, por ter instigado o órgão fiscalizador e regulador do SFN, o BACEN, a posteriormente editar normativa específica, no caso, a Circular n. 3.925/2018, que pacificou a questão ao determinar que é admitido o instituidor do arranjo estabelecer obrigações ao credenciador quanto ao monitoramento do cumprimento, pelo subcredenciador, do requisito estabelecido ao conhecimento de seus clientes. Nessa hipótese, o instituidor do arranjo precisa especificar as informações que os subcredenciadores deverão franquear aos credenciadores, que só poderão ser utilizadas para o exclusivo cumprimento da responsabilidade de monitoramento que lhe houver sido atribuída. Logo, não restam dúvidas de que foi a partir das Consultas da Rede ao CADE que a questão fora resolvida pelo regulador setorial.

Retornando ao Quadro 4, a Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. (Continental) apresentou Consulta ao CADE para análise da licitude no âmbito concorrencial de sua política de preços anunciados, a qual a Continental pretendia implementar para os seus varejistas de pneus de veículos de passeio e comerciais leves.

Por meio dessa política, a Continental buscava impor aos seus revendedores um preço mínimo de anúncio dos pneus de sua marca, aplicando-se somente a preços anunciados, não se tratando, assim, de fixar preço de efetiva revenda, que permaneceria livre.

Com isso, a Continental alegava que buscava impedir que revendedores da marca anunciassem pneus da marca por um preço inferior ao estabelecido unilateralmente por essa empresa, com o objetivo de preservar o seu modelo de negócio, implicando numa valorização das vendas especializadas de seus pneus, as quais realizam constantes investimentos visando qualificar a mão de obra e a melhoria da infraestrutura das lojas para prestar serviços automotivos. Além disso, a política pretendida pela Continental geraria eficiências significativas já que (i) inibiria a atuação de *free-riders* não especializados, (ii) geraria incentivos à entrada de novos revendedores especializados, (iii) estimularia a pulverização de revendedores e, principalmente, (iv) ensejaria incentivos de promoção e posicionamento da marca.

A Consulta recebeu o n.: 08700.004594/2018-80³⁷ e foi distribuída ao Conselheiro Paulo Burnier da Silveira.

Na visão do Conselheiro-Relator, a política de preços mínimos anunciados guarda bastante similitude com as estratégias de fixação ou sugestão de preços de revenda, já analisados rigorosamente pelo CADE em outras oportunidades. Apesar disso, independentemente da discussão teórica sobre eventuais diferenças entre mera política de preço mínimo anunciado e as outras estratégias de fixação ou sugestão de preço de revenda, a estratégia comercial da Continental tinha clara natureza de restrição vertical relacionada a preços; assim, seus efeitos eram ambíguos ao consumidor. Nesse sentido, conforme alertou o Conselheiro-Relator, as condutas foram analisadas em três etapas: a) aferir a existência de poder de mercado; b) examinar potenciais efeitos negativos, como a criação de barreiras à entrada; e c) avaliar eficiências.

Assim, com base em dados da Associação Nacional das Indústrias de Pneumáticos (ANIP), a Continental informou estimativas de sua participação no mercado nacional de fabricação de pneus destinados à revenda, sem distinção por tipo de pneu. Verificou-se que tais participações de mercado eram inferiores ao limite de 20% fixado pela Lei n. 12.529/2011 como parâmetro de presunção de exercício de poder de mercado unilateral. Além disso, também não haveria possibilidade de poder coordenado em função de a soma de participação dos quatro maiores *players* ser inferior a 75% (o chamado índice “C4”).

Conforme realçou o Conselheiro-Relator, a jurisprudência do CADE tem considerado que, embora se entenda que as restrições verticais baseadas em preço ostentem uma presunção *iuris tantum* de ilicitude, essa presunção pode ser afastada caso o investigado logre demonstrar a inviabilidade da produção de dano concorrencial por inexistência de poder de mercado, seja este unilateral ou coordenado.

No caso da Consulta em questão, a Continental demonstrou sua ausência de poder de mercado, unilateral ou coordenado. Por conta disso, tornou-se prejudicado o exame dos potenciais efeitos negativos da restrição vertical, como também o exame das alegadas eficiências que lhe são correlatas, ficando afastada qualquer presunção relativa de ilicitude da conduta.

De toda a forma, como a decisão da Consulta vincularia por cinco anos a autoridade nos termos da Resolução CADE n. 12/2015, fez necessário observar que: a) se a Continental viesse

³⁷ CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.004594/2018-80. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTINmjNzERoAdqdS3D5wEFZ6UEgflHape_uuHaW3FS8A. Acesso em: 12 jan. 2020.

a deter mais de 20% de *share* no mercado nacional de fabricação de pneus para revenda; b) os revendedores passem a exercer qualquer influência sobre a nova política de preço mínimo de anúncio da Continental; e b) houvesse discriminação entre revendedores em função da política em análise, a Consulta poderia ser reavaliada pela autoridade.

A Conselheira Cristiane Alkmin emitiu voto-vogal manifestando-se pelo conhecimento da consulta, mas divergindo do Conselheiro-Relator quanto ao mérito, pois, na visão dela, qualquer política de preço mínimo deveria ser considerada *per se* condenável, não devendo ser permitida em nenhum mercado, inclusive com relação a somente anúncios, como o caso, não abrindo exceção nem para o mercado de pneus, nem para o de saúde suplementar, nem no mercado de gasolina e nem para o de transporte rodoviário de carga, conforme estabelecido recentemente pelo Governo Federal na questão de frete, salvo se houver Lei amparando tal conduta.

O Plenário, por unanimidade, em 22/10/2018, conheceu da Consulta e, no mérito, por maioria, manifestou-se pela legalidade da conduta à luz do direito concorrencial brasileiro, nos limites dos fatos originalmente expostos pela Continental em sua Consulta.

A fixação de preço de revenda é uma conduta anticoncorrencial analisada com muita atenção pela autoridade concorrencial brasileira. Isso porque impacta diretamente na padronização de uma das mais importantes – se não a maior – variante entre fornecedores, restringindo a concorrência: o preço.

No caso da Consulta da Continental, entretanto, há uma distinção bastante clara: não se trata de fixar preço de revenda, mas fixar o preço de anúncio. Não é a mesma coisa. Há uma sutil diferença, porém, relevante. Na fixação de preço de revenda há punição para quem efetivamente vende abaixo do preço fixado; na fixação de preço de anúncio, não há qualquer implicação para quem decide dar qualquer tipo de desconto.

A Consulta da Continental poderia ter sido mais efetiva se nela tivessem sido analisados os efeitos comportamentais econômicos da diferença pontuada acima, de modo a permitir – ou não – o comportamento questionado em si, transmitindo à sociedade orientação mais clara quanto ao seu real objeto. Optou o CADE, porém, pela saída tradicional – e como o próprio CADE reconhece, temporária – relacionada à detecção de poder de mercado com base no percentual de participação nele (posição dominante). Não é de todo ruim ter sido aplicada essa solução à Consulta em comento, pois com ela se tem um forte direcionamento sobre a inexistência de infração da ordem econômica pela ausência de poder de mercado, a partir do não atingimento do parâmetro estipulado na Lei n. 12.529/2011, art. 36 § 2º, relativamente à posição dominante. Eis aqui, portanto, a contribuição clara da Consulta para a efetividade das

normas de Defesa da Concorrência, principalmente no que tange à indicação de necessidade de haver posição dominante para consubstanciar uma conduta unilateral.

Se a Consulta tivesse abrangido o cerne da questão (a diferença entre fixação de preço de revenda e fixação de preço anunciado) certamente uma gama de administrados poderia tirar proveito da orientação. Porém, da forma como foi solucionada, um número muito maior poderá se beneficiar, reconhecendo como parâmetro não só para a conduta objeto da Consulta, mas para todas as outras unilaterais, reafirmando a jurisprudência do CADE.

Ainda na esteira do Quadro 4, o penúltimo caso envolve a Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), que atua no segmento de energia elétrica no estado, sob forma de sociedade anônima de economia mista, de capital aberto. A CEMIG apresentou Consulta ao CADE (n. 08700.003594/2019-43)³⁸ a respeito de controle de estruturas, precisamente envolvendo questão relacionada à alienação de 24,5% de participação societária detida por ela em 5 consórcios de exploração de petróleo e gás natural em decorrência de licitação para a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (CODEMIG), que é controlada pela Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais (CODEMGE).

A CEMIG e a CODENGE (e por via indireta, CODEMIG) pertencem ao Estado de Minas Gerais, sendo controlador de ambas, razão pela qual se sustentava na Consulta que as duas companhias seriam pertencentes ao mesmo grupo econômico para efeito da Resolução CADE n. 2/2012, o grupo do Estado de Minas Gerais, motivo pelo qual a CEMIG pede posicionamento ao CADE se seria caso de não submissão à autoridade concorrencial nacional a operação a ser celebrada com a CODEMIG, haja vista que seria uma operação intragrupo.

Admitida e conhecida a Consulta da CEMIG, a Conselheira Relatora designada, Lenise Rodrigues Prado, passou a analisar o mérito.

Inicialmente, consignou que as definições de grupo econômico de empresas estatais – isto é, empresas públicas e as sociedades de economia mista – se dão de forma peculiar. Segundo ela, na prática antitruste, os grupos econômicos das estatais são vistos como sistemas independentes, no qual cada sistema que tem o Estado como acionista controlador é tratado como um grupo econômico distinto, tanto para fins de cômputo do faturamento como para definição de participação de mercado. Essa situação é visualizada em precedentes do CADE envolvendo o Sistema BNDES, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Petrobras e

³⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.003594/2019-43. Relatora: Conselheira Lenise Rodrigues Prado. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNW-45Ddh72gfkNfDqHYlIwRrhFpI8TgYZPOEVegjwVT_yDTk_aMD17mGqK8dvyyuu7elIgfunVPPL9VNiBPq. Acesso em: 12 maio 2020.

Eletrobras e, inclusive, estados estrangeiros, como foi o caso de operação relativa ao governo de Abu Dhabi.

Por isso, segundo a Conselheira Relatora, no que tange ao caso específico da Consulta, o entendimento concorrencial adequado seria considerar a CEMIG como um sistema próprio, e a CODEMIG, integrante do Sistema CODEMGE, como um outro grupo próprio:

Mudar a abordagem atual dos grupos econômicos vinculados aos entes federados (sejam eles em qualquer nível da Federação) poderia trazer distorções na análise da atuação das empresas estatais, uma vez que – considerando a dinâmica atual da presença de empresas estatais na economia – se inserem em uma dinâmica comum de mercado, além de concorrerem entre si.

A ausência de coordenação – tanto relacionada à atuação no mercado quanto relacionada às competências/funções desempenhadas por cada Sistema vinculado ao Estado – impossibilita tratar a operação objeto da presente Consulta como apenas uma reestruturação societária interna, dentro de um suposto grande grupo econômico encabeçado pelo Estado de Minas Gerais.

Assim, concluiu a Conselheira-Relatora que CODEMIG e CEMIG são grupos econômicos distintos e, considerando que ambas, separadamente, atingiram os critérios de faturamento instituídos pela Lei n. 12.529/2011, art. 88, I e II, alterado pela Portaria Ministerial de 29 de outubro de 2011, a operação de alienação de participação de 24,5% nos consórcios de exploração de gás e petróleo seria caso de notificação prévia e obrigatória ao SBDC.

O Plenário do Tribunal, por unanimidade, em 19/2/2020, conheceu da Consulta e se manifestou sinalizando que a operação descrita pela CEMIG é de notificação obrigatória ao CADE, em conformidade com a Lei n. 12.529/2011, nos termos do voto da Conselheira Relatora.

A CEMIG, insatisfeita, ingressou com Embargos de Declaração alegando haver contradição entre os fundamentos do acórdão, uma vez que já houve um Ato de Concentração no qual a CEMIG e a CODEMIG foram consideradas integrantes de um mesmo grupo econômico, como omissão quanto aos fundamentos apresentados pela embargante em razão da configuração do grupo econômico ao qual pertencem CEMIG e CODEMIG, considerando supostamente que (i) ambas têm o mesmo controlador e haveria uma relação de coordenação entre as estatais, de forma que a operação está inserida em um contexto de política macro deste controlador; (ii) a Constituição, em seu art. 173, §§ 1º e 2º e a Lei n. 12.529/2011, art. 31, impõe tratamento igual entre empresas públicas e privadas.

A Conselheira Relatora, no julgamento dos Embargos de Declaração, primeiramente, ressaltou a jurisprudência consolidada do CADE no sentido de que não é admissível instrução complementar em procedimento de Consulta, estando o Tribunal adstrito a manifestar-se

estritamente com base nas informações e documentos levados pela parte consulente, inclusive considerando-se o prazo curto para resposta (120 dias). Com isso, não acatou novos documentos juntados pela CEMIG.

Quanto ao primeiro ponto dos embargos, a Conselheira-Relatora alegou que o precedente citado pela CEMIG é antigo e isolado, e teria sido superado pela jurisprudência do CADE que passou a tratar empresas controladas pelo ente federado, seja ele a União ou os Estados, inclusive suas companhias, como sistemas separados, citando os casos do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal.

Quanto ao segundo ponto dos embargos, a Conselheira atentou que, segundo a embargante, tanto a CEMIG quanto a CODEMIG têm o mesmo controlador e haveria uma relação de coordenação entre elas, de forma que a operação está inserida em um contexto de política macro deste controlador, no caso, o Estado de Minas Gerais. Esta tese visaria enquadrar a operação objeto da Consulta, ou seja, a alienação de participação em consórcios de exploração de gás e petróleo pertencente à CEMIG para a CODEMIG, na exceção de coordenação entre estatais, que é prevista na Comunicação consolidada da Comissão Europeia em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n. 139/2004, e foi incorporada pela jurisprudência do CADE como hipótese de possível integração – pela ótica concorrencial – de empresas estatais controladas diretamente pelo Estado, de forma que seriam consideradas integrantes de um mesmo grupo econômico. Os documentos juntados pela CEMIG que comprovariam a coordenação foram expurgados da Consulta por terem sido juntados em sede de Embargos, reafirmando a jurisprudência do CADE já pacífica no sentido de não se admitir instrução complementar em sede de Consulta.

Conforme salientou a Conselheira Relatora, no Brasil, não há indícios de que empresas estatais atuem coordenadamente pela ótica concorrencial, de forma que motive a aplicação da referida exceção. O instituto da autonomia operacional norteou algumas disposições da Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016) e seu Decreto Regulamentar (Decreto n. 8.945/2016), corroborando o entendimento dos sistemas independentes que definem os grupos econômicos das empresas que são controladas diretamente pelo Estado. Além disso, a própria realização de uma *licitação* para o desinvestimento que resultou na operação objeto da Consulta corrobora o entendimento de que não era uma determinação unilateral do Estado de Minas Gerais que resultaria indiscutivelmente em uma suposta reestruturação intragrupo.

Indicou também a Conselheira-relatora que a tese do suposto fundamento constitucional para tratamento estritamente igualitário não estava presente na petição inicial da

Consulta, razão pela qual não deverá ser tratada nos Embargos em razão dos fundamentos já apresentados.

Por fim, no que se refere à aplicação da Lei n. 12.529/2011 a pessoas jurídicas de direito público, por força de seu art. 31, a Conselheira-Relatora salientou que a questão foi abordada no seu voto, reiterando: é clara a distinção entre a aplicação do direito concorrencial para pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Indireta – ou até mesmo para organismos internacionais – e a indevida submissão como sujeito de direito concorrencial ao poder público investido do poder-dever de implementação de suas políticas.

Assim, a Conselheira-Relatora entendeu não haver contradição ou omissão em sua decisão, referendada por unanimidade pelo CADE. O Plenário, novamente por unanimidade, conheceu dos Embargos de Declaração e, no mérito, negou-lhes provimento, nos termos do voto do Conselheira Relatora.

Conforme observamos da Consulta da CEMIG, o CADE, de certo modo, agora em 2020, já demonstra um certo grau de amadurecimento no enfrentamento de um processo de Consulta, reafirmando sua finalidade de atribuir segurança jurídica e previsibilidade e, indireta e simultaneamente, assegurar, mesmo que para uma parcela bem pequena, mas não menos importante, a efetividade das normas de Defesa da Concorrência. Esse amadurecimento decorre de um maior detalhamento dos fundamentos que embasam a resposta da Consulta, de maneira a expressar a consolidação da jurisprudência da autarquia no que tange à configuração de grupo econômico da União, Estados e demais agentes públicos. Afastou-se a tese de que o controle único do ente estatal formava o conglomerado econômico. Mesmo tendo havido apontamento de jurisprudência conflitante, a decisão foi firme no sentido de espantar a dúvida e consagrar o entendimento dominante da autoridade referente à configuração de sistemas independentes de empresas e conglomerados quando o Estado é o seu controlador, haja vista a inexistência de uma coordenação concorrencial, afastando a tese europeia.

Todos esses posicionamentos, agora em sede de Consulta, além de eliminar a eventual dúvida do ente estatal, também definiu que as normas de Defesa da Concorrência, ao menos no que tange ao controle de estruturas, atinge igualmente a Administração Pública.

Por outro lado, o ponto negativo que persiste é a ineficiente jurisprudência arraigada no sentido de que não é cabível instrução complementar em sede de Consulta, o que demonstra que a autoridade antitruste preza mais por responder ao procedimento no prazo a, efetivamente, dar uma resposta contundente à indagação apresentada.

Porém, não podemos afirmar, com base estritamente no julgado do caso CEMIG, que o CADE aplicou a jurisprudência, até porque a Consulta foi respondida, em que pese a

extirpação de teses e documentos apresentados aos autos, pela CEMIG, em sede de Embargos. O incômodo está na reafirmação do entendimento, que se revela completamente desalinhado com a efetividade que o procedimento de Consulta poderia propiciar às normas de Defesa da Concorrência.

Por fim, o último caso do Quadro 4 corresponde à consulta efetuada pelo Banco Modal S.A. (Banco Modal) Fundo de Investimento em Participações Malbec Multiestratégia (Fundo Malbec) e pelo Fundo de Investimento em Participações Melbourne Multiestratégia (Fundo Melbourne) a qual versava sobre a necessidade – ou não – de notificação de operação celebrada por ambos junto ao CADE, ou seja, na alienação de cotas de emissão dos FIP Malbec e FIP Melbourne pelas entidades de previdência fechada: Fundação de Seguridade Social Braslight (Braslight); Fundação Atlântico de Seguridade Social (FATL); Fundação BDMG de Seguridade Social (DESBAN); Caixa de Assistência e Previdência Fábio de Araújo Motta (CASFAM); Fundação Forluminas de Seguridade Social (Forluz); Fundação de Seguridade Social do Banco Econômico S.A. (ECOS); Fundação Assistencial dos Empregados da CESAN (FAECES); e Fundação de Seguridade Social dos Empregados da CST (FUNSSEST) à CEMIG GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S.A. (Cemig- GT).

A dúvida estava circunscrita aos critérios de faturamento da Lei n. 12.529/2011, art. 88 c/c arts. 4º, 9º e 10º da Resolução CADE n. 2/2012 relacionados à participação societária.

De acordo com as Consulentes, a operação acarretaria, em última instância, na aquisição indireta, pela CEMIG-GT, determinado percentual do capital social da Madeira Energia S.A. (MESA), empresa que regula a implantação e a exploração da UHE Santo Antônio e dos Sistemas de Transmissão associados por meio da Santo Antônio Energia S.A. (SAESA).

A Consulta recebeu o n. 08700.003320/2020-9839 e foi distribuída à relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo, que ressaltou o preenchimento de todos os requisitos para o conhecimento da Consulta: pagamento da taxa processual; as Consulentes são partes interessadas; não se trata de caso hipotético, já que a dúvida se refere ao reconhecimento da dispensa de notificação de operação; as Consulentes foram qualificadas e apresentaram detalhadamente a identificação das demais partes envolvidas; indicaram de forma precisa o objeto da Consulta; forneceram toda a documentação necessária à análise do processo;

³⁹MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.003320/2020-98 (Apartado de Acesso Restrito n. 08700.003323/2020-21) Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMzSB2qg6cVOXokdx6b4ye4b2ikn0U0rCE4ZoxCiaipYjI-BXYbABTfUVEZ5RmDLcoTY7vyX1QYNZUavEVtb9Th. Acesso em: 15 set. 2020.

indicaram todos os dispositivos legais aplicáveis ao objeto da Consulta e à questão específica que pretendiam ver esclarecida; além de terem comprovado seus legítimos interesses. Dessa forma, a Consulta foi conhecida.

As partes diretamente envolvidas na Operação eram a CEMIG-GT, as Fundações e os FIPs Malbec e Melbourne. Por meio do exercício das opções de venda, as Fundações venderiam a totalidade de suas cotas detidas no FIP Malbec para a CEMIG-GT, outorgante de tais opções e maior cotista individual dos mencionados FIPS. Diante disso, a operação acarretaria, em última instância, na aquisição indireta, pela CEMIG-GT, de determinado percentual do capital social da MESA. Além disso, quando da submissão da Consulta, as Consulentes informaram que a operação não acarretaria a aquisição de controle pela CEMIG-GT na MESA, seja ele compartilhado ou unitário.

As Consulentes também pontuaram que o exercício das opções de venda pelas Fundações geraria uma simples modificação da estrutura de investimentos dos FIPs, Malbec e Melbourne e, como resultado e propósito final da Operação, um incremento não significativo da participação societária indireta detida pela CEMIG-GT na MESA.

Diante disso, as Consulentes defenderam que a Operação não modificaria a composição do capital social (direto) da MESA, nem mudaria a sua atual estrutura de controle. Isso porque, conforme mencionado, de um lado, o incremento de participação indireta da CEMIG-GT na MESA seria pequeno; de outro, porque havia impedimento no sentido de que uma entidade pública venha a deter o controle de MESA.

Conforme analisou a Conselheira, havia enquadramento da operação no conceito de ato de concentração segundo a Lei n. 12.259/2011, art. 90, já que se trata de uma alienação de cotas de emissão dos FIP Malbec e FIP Melbourne em razão do exercício de opções de venda por parte das Fundações, estando sujeita, no entanto, às regras previstas na Resolução CADE n. 2/2012, que disciplina os critérios para caracterizar um ato de concentração como de notificação obrigatória.

Haja vista a existência de participações indiretas, a Conselheira indicou que para apreciação da Consulta, a análise recairia sobre os efeitos da Operação na MESA. Nessa linha, observou que tem sido entendido pelo CADE considerar a atividade operacional das empresas objeto da operação para aplicação das regras de notificação obrigatória de aquisição de participação societária.

Conforme determina a Lei n. 12.529/2011, art. 90, II, é condição necessária ao enquadramento como ato de concentração de notificação obrigatória, a aquisição de controle ou parte de empresa, considerando nesse caso o conceito jurídico de empresa, que compreende

a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (conforme art. 966, do Código Civil). Deve-se considerar também para o enquadramento à Lei n. 12.592/2011, art. 90, as atividades operacionais das empresas objeto da operação, haja vista que nos termos da Resolução CADE n. 2/2012, elas foram consideradas na necessidade de notificação de aquisição de participações societárias.

Além disso, a Resolução fixou regras para a submissão obrigatória ao CADE de aquisição de participações minoritárias que considera precisamente a atuação da empresa objeto. Segundo a Conselheira, a aplicação das regras de notificação obrigatória de aquisição de participação societária parte da premissa de que existe atividade operacional desenvolvida pela empresa objeto. Nesse sentido, mencionou, ainda, que a Operação não geraria o controle unitário ou compartilhado da CEMIG-GT na MESA. Portanto, restaria observar se a Operação preencheria as *regras de minimis* da Resolução CADE n. 2/2012, art. 10.

A operação contemplaria um cenário pré-existente de sobreposição horizontal e integração vertical entre a CEMIG-GT e a MESA, aplicando-se, dessa forma, o inciso II do artigo que trata dos limites relacionados à verificação de relação de concorrência ou de fornecimento. Contudo, a Operação ali posta implicaria uma simples modificação da estrutura de investimentos dos FIPs Malbec e Melbourne, gerando um aumento indireto e irrisório de participação acionária na MESA.

Desse modo, a Conselheira, conhecendo da Consulta, entendeu que, nos estritos moldes apresentados pelas Consulentes, a Operação não incide nos critérios de notificação previstos na Lei n. 12.529/2011, art. 90, II, c/c Resolução CADE n. 2/2012, arts. 9º e 10, motivo pelo qual ela não é de submissão obrigatória ao CADE. O Plenário, por unanimidade, acompanhou o voto da Conselheira Relatora em 9/9/2020.

Ao lado dos chamados contratos associativos, a aquisição de participação societária também resultou em dúvida quando da edição da Lei n. 12.529/2011. No entanto, rapidamente, o CADE tratou de saná-la com a edição da Resolução CADE n. 2/2012, posteriormente alterada pela Resolução CADE n. 9/2013. Nessa última, estabeleceu-se a *regra de minimis*, ou seja, aquisição de participação minoritária que enseja a submissão, cujo percentual de patamar varia entre 5% a 20%, considerando haver sobreposição horizontal ou relação vertical com a empresa objeto ou entes de seu grupo.

O deslinde da Consulta do Banco Modal veio, assim, assegurar a aplicação da intrincada *regra de minimis*, de modo a delinear que não é toda e qualquer aquisição de participação societária que está fadada ao conhecimento prévio e obrigatório da autoridade antitruste. Deve-se observar os ditames da Resolução CADE n. 2, alterada pela Resolução

CADE n. 9, considerando seus percentuais e a existência de concorrência ou relação vertical. São esses os fatores reais para verificação de concentração econômica.

Para esse bloco, destacamos que o CADE, por meio das Consultas conhecidas, assegurou grau muito maior de efetividade às normas de Defesa da Concorrência, transmitindo posicionamentos firmes, principalmente sob submissão – ou não – de contratos associativos à análise de estrutura, por exemplo, assunto que gera (ainda) muita discussão mesmo considerando a regulamentação a respeito (Resolução CADE n. 17). Destacamos que foi em relação a esse prisma que se deu a maior colaboração das Consultas analisadas nesse bloco para os julgados do CADE envolvendo contratos associativos. Isto porque, foi na reafirmação de elementos regulatórios, por meio de questionamentos apresentados pela sociedade em sede do procedimento ora estudado, que a jurisprudência do CADE foi se consolidando e, hoje, serve de guia sólido para administrados definirem se suas parcerias e muitos outros contratos atípicos, a depender de suas disposições, são caso ou não de submissão prévia à autoridade antitruste nacional em razão de configurarem contrato associativo.

Também em sede de condutas, o CADE, por meio das Consultas analisadas nesse bloco, indicou com bastante segurança quando poderia haver configuração de infração da ordem econômica, inclusive alertando ou efetivamente determinando a abertura de inquéritos administrativos para apuração.

3.4 Resultado da análise das Consultas julgadas sob a égide da Lei n. 12.529/2011

De modo a fixarmos a conclusão sobre os dados empíricos apresentados em todo este capítulo terceiro e, primeiramente, verificar se houve alguma evolução do instituto do procedimento de Consulta junto ao CADE ao longo do tempo, alocamos como ponto de partida para comparação o próprio diagnóstico feito pelo Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo quando de sua análise da Consulta do IBP, em 2014, ou seja, apenas 2 anos após a entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011.

Segundo o Conselheiro, desde a criação do instituto, em 1991, a média anual de Consultas apresentadas ao CADE por ano foi de apenas 6. Note-se que o Conselheiro se referia a um período de aproximadamente 13 anos (1991-2014). De outra mão, pelos levantamentos realizados nesse estudo, temos 31 procedimentos ao longo de 8 anos (2012-2020), o que representa uma média de 4 Consultas por ano. A diferença de tempo compreendido entre os períodos considerados, ou seja, 5 anos, não atrapalha o claro diagnóstico de que, no mínimo, o procedimento de Consulta junto ao CADE continua subaproveitado pela sociedade.

Não obstante, se considerarmos que em 1994 a resposta do CADE em sede de Consulta perdeu seu caráter vinculativo para a autoridade, retirando um de seus principais incentivos de utilização – que era a previsibilidade e segurança jurídica – e que tal característica só retornou em 2015, com a Resolução CADE n. 12, podemos confirmar que o administrado, à luz dos procedimentos estudados, ainda tem bastante receio do instituto. Contribui para essa observação o fato de que quase um terço de todos os procedimentos de Consulta analisados pelo CADE no período em análise não atingiram o fim desejado pelo administrado, o que por si só pode desincentivar a proposição de novos procedimentos junto à autoridade.

De toda forma, seja a matéria relacionada a atos de concentração ou a condutas, a efetividade às normas de Defesa da Concorrência por meio da Consulta mostra-se na tendência de se manter o bem-estar social. Ora, das 17 Consultas sobre condutas e das 14 sobre atos de concentração, 11 com relação às primeiras e 10 com relação às segundas, buscaram evitar a formação de oligopólios, o reforço de posição dominante, os fechamentos de mercado, a redução de oferta ou o aumento de preços e os tabelamentos, como também, por outra mão, permitiram o incentivo à inovação e autorizaram sinergias que podem ser revertidas à população em forma de melhor preço e qualidade, em especial, na esfera de parcerias tratadas nas Consultas versando sobre análise de estruturas, onde o êxito é bem superior ao das que se referem a condutas. A explicação para isso pode se dar pelo grau de maturidade de uma operação ou da mais baixa dificuldade de instrução, quando comparada com condutas, onde parecer haver uma tendência de instrução maior.

4 COLABORAÇÃO ENTRE CONCORRENTES EM TEMPOS DE PANDEMIA E O PAPEL DO PROCEDIMENTO DE CONSULTA JUNTO AO CADE

Focando estritamente no Brasil, a primeira morte de um infectado pelo novo Coronavírus ocorreu em 12/3/2020, ou seja, um dia após ter sido decretada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) a pandemia de COVID-9. A partir daí, o número de infectados e de mortos pelo vírus só cresceu exponencialmente, o que se manteve nos meses subsequentes. Em 20/03/2020, o Governo Federal, por meio do Decreto Legislativo n. 6, reconheceu o estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de COVID-19. Isolamento social e quarentena em algumas localidades foram algumas das medidas tomadas pelas autoridades para tentar conter o contágio, o que resultou na retirada do mercado, ao menos no que se refere à demanda presencial, de grande parte do consumo. Além disso, aqueles que puderam, adotaram o sistema *home office* e continuaram, mesmo com alguma perda, ativos e produtivos; aqueles que não puderam aderir ao novo modelo ficaram laboralmente inoperantes ou, então, sujeitaram-se ao risco de contaminação. Assim, inevitavelmente, instalou-se a crise econômica. Sem receitas, e ainda com as atividades paradas, no todo ou em parte, as empresas viram-se obrigadas a tomar expedientes extremos para reduzir custos como praticar demissões em massa, atraso sistemático de pagamentos, não recolhimento de tributos, dentre outros, gerando, assim, um encadeamento de efeitos dramáticos para a economia nacional. O que fazer para enfrentar esse cenário?

Uma das várias iniciativas possíveis para se tentar amenizar os efeitos da crise provocada pela pandemia de Coronavírus pode passar pela cooperação entre agentes econômicos rivais. Ora, as eficiências geradas nos arranjos dali decorrentes podem propiciar economias sensíveis para atenuar impactos econômicos e até garantir a sobrevivência da empresa que coopera com a outra, de modo a assegurar, para o amanhã, após a passagem da tormenta, o retorno da concorrência viril e geradora de bem-estar social.

Essa alternativa (a cooperação entre agentes rivais) não é exclusividade brasileira, mas foi adotada em várias jurisdições. Porém, a cooperação entre agentes econômicos rivais não é algo trivial – não devendo realmente sê-lo em condições normais de temperatura e pressão – e tampouco é fácil operacionalizá-la, quando permitido, de forma a não incorrer em infração da ordem econômica, em especial, a conduta de cartel.

Diante disso, o CADE, na esteira do que fora adotado em alguns outros países e até fomentado pela OCDE, publicou em 6 de julho de 2020 uma “Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de COVID-19”. Importante destacar que essa nota não se trata de normativo visando a relaxar a avaliação concorrencial de

eventuais interações entre concorrentes no contexto da pandemia, mas fornecer uma orientação sobre como proceder com segurança para essa relação e, principalmente, elencar os canais de comunicação com a autoridade, entre eles, o procedimento de Consulta regulado pela Resolução CADE n. 12, de modo a obter pronunciamento da autoridade acerca de estratégias conjuntas voltadas ao combate da crise, garantindo a aplicação da Lei n. 12.529/2011. Afinal, como o próprio CADE consigna em sua nota:

É importante ressaltar que acordos entre concorrentes para a combinação de preços, divisão de mercado e restrição de oferta continuarão sendo veementemente reprimidos pela autoridade da concorrência, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas, em observância à legislação concorrencial e à jurisprudência consolidada deste Conselho. Estratégias que envolvam a colaboração entre empresas deverão observar todas as precauções para que tais tipos de infração concorrencial não ocorram, sob pena de que venham a ser investigadas e punidas pelos ilícitos cometidos (CADE, 2020, p. 3).

No que se refere especificamente à orientação, o CADE apresenta quatro grandes diretrizes relacionadas ao (i) escopo; (ii) tempo de duração; (iii) delimitação territorial; (iv) governança, transparência e boa-fé.

No que tange à primeira, a autoridade concorrencial aponta:

A estratégia de colaboração deverá ser específica e direcionada a tratar um problema delimitado, que tenha como causa a pandemia ou seus efeitos. De forma geral, a estratégia de colaboração não deverá abarcar medidas e meios mais amplos do que aqueles estritamente necessários para viabilizar os resultados pretendidos (CADE, 2020, p. 5).

Com relação ao período de duração, a estratégia conjunta deve perdurar pelo tempo estritamente necessário para combater os efeitos negativos da crise. Em outras palavras, não há a interação entre concorrentes por tempo para além da pandemia e, muito menos, por prazo indeterminado.

Na mesma linha do período de duração, a colaboração entre concorrentes deve estar restrita em relação aos seus efeitos ao território brasileiro, admitindo-se variações em função das peculiaridades de cada localidade.

Por fim, um dos maiores pontos de observação na relação entre concorrentes está em conter a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre eles, além do eventual alinhamento, desejado ou não, de preços e outras variáveis competitivas. Por isso, os agentes que desejarem implantar estratégias para o enfrentamento conjunto da crise, devem tomar todas as precauções possíveis para assegurar os níveis de concorrência, impedindo a troca de informações sensíveis (ex. preço, custos, dados de fornecedores, clientes, estratégias

empresariais, de marketing etc.) adotando-se uma governança de excelência, inclusive por meio de *compliance*.

Além disso, a autoridade antitruste nacional recomenda, como forma de demonstrar boa-fé, que os agentes econômicos busquem pronunciamento da autoridade pelas vias disponíveis, apresentando todas as informações e documentos que auxiliem o CADE na análise e na formação do seu juízo sobre a iniciativa conjunta planejada.

No que concerne aos meios pelos quais os agentes econômicos podem requerer algum tipo de pronunciamento do CADE sobre a estratégia conjunta desejada, houve inovação por meio da criação do Canal de Comunicação com a SG/CADE visando endereçar dúvidas e questionamentos acerca de suas estratégias para o enfrentamento da crise. Por meio do Canal de Comunicação, os agentes econômicos poderão obter um pronunciamento preliminar da SG/CADE, que indicará a existência ou inexistência de indícios de infrações à ordem econômica na estratégia planejada. Embora a resposta da SG/CADE não seja vinculante à autoridade, por meio do Canal de Comunicação é possível obter algum tipo de segurança e de previsibilidade. Se fossem colocados todos os procedimentos de contato junto ao CADE para se obter orientação de como proceder para enfrentar a pandemia, em especial, quando envolver questões concorrenciais, o Canal de Comunicação seria o primeiro estágio, porém, ainda longe dos efeitos atribuídos por um procedimento formal de Consulta.

Além do Canal de Comunicação, desenvolveu-se também o sistema de petição por meio do qual é possível obter pronunciamento escrito e não vinculante da SG/CADE e do Tribunal sobre a existência de indícios de infração da ordem econômica nas estratégias envolvendo a colaboração entre agentes econômicos rivais para o enfrentamento da crise provocada pela pandemia de COVID-19. O processamento ocorre por meio de petição dirigida à SG/CADE, a qual deverá conter pedido de submissão, também ao Tribunal. Os pronunciamentos dos dois órgãos são independentes e não vinculantes à autoridade antitruste nacional, que poderá definir por: (i) arquivar o expediente, se a conclusão da SG/CADE e do Tribunal forem pela inexistência de indícios de infração à ordem econômica; ou (ii) abrir qualquer dos procedimentos de investigação e repressão previstos na Lei n. 12.529/2011 e no Regimento Interno do CADE; ou (iii) adotar providências e requisição de informações necessárias para o adequado acompanhamento das atividades noticiadas pelos agentes. Logo, voltando à escala hipotética de níveis de contato com a autoridade concorrencial para se obter orientação quanto ao enfrentamento da situação de crise vivida em 2020, tem-se que a petição é um segundo estágio, um pouco mais efetivo que o Canal de Comunicação, mas, ainda sim, muito longe do procedimento de Consulta.

Por fim, caso os agentes econômicos rivais, celebrantes de arranjo e de cooperação entre eles para o enfrentamento dos efeitos da crise provocada pela pandemia, desejem efeito vinculante do CADE quanto à sua decisão, ou seja, maior segurança jurídica e previsibilidade, a autoridade orienta pela apresentação do procedimento de Consulta, nos termos da Resolução CADE n. 12, já aqui estudada e esmiuçada. Considerando a jurisprudência consolidada no sentido de que não é admissível a instrução complementar em sede de Consulta, o CADE recomenda que

[...] os agentes apresentem documentos e informações que comprovem o “estado de necessidade” das empresas envolvidas na colaboração e a demonstração do nexo causal entre a estrutura da colaboração proposta e a sua necessidade para enfrentamento das demandas decorrentes da pandemia de COVID-19 (CADE, 2020, p. 11).

Portanto, somente o procedimento de Consulta pode garantir a efetividade das normas de Defesa da Concorrência, independentemente do cenário, considerando sua estrutura regulamentar atual. Eis aqui, portanto, o papel do procedimento de Consulta junto ao CADE no cenário de pandemia: agentes concorrentes que desejarem, por exemplo, estabelecer arranjos de cooperação entre si de modo a minimizar os efeitos da crise, somente terão a blindagem necessária se submeterem à autoridade antitruste nacional um procedimento de Consulta, obedecendo integralmente os termos da Resolução CADE n. 12/2015 e, assim, obtiverem uma manifestação vinculante. Não importa, portanto, o cenário de calamidade e toda a necessidade ou eventual boa intenção por detrás do arranjo se não houver o posicionamento prévio e claro da autoridade sobre ele, garantido somente pelo procedimento de Consulta.

O CADE promete celeridade na resposta da Consulta formulada com o apelo de enfrentamento da pandemia, consignando que, em 2019, o prazo médio de análise das quatro consultas distribuídas foi de apenas 62 dias corridos.

Quanto ao prazo de 5 anos de vinculação da autoridade concorrencial à resposta em um procedimento de Consulta formulada com base no contexto da pandemia, haverá certa adequação considerando o período de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6/2020.

Em conclusão, observamos que o procedimento de Consulta, além de ser o mais adequado para garantir previsibilidade e segurança jurídica aos agentes concorrentes que desejarem ajustar estratégias conjuntas para o enfrentamento da crise decorrente da pandemia de COVID-19, é igualmente o instrumento suficiente para atribuir efetividade às normas de Defesa da Concorrência na medida em que não só assegura a observância e o cumprimento de suas disposições mas, simultaneamente, tem-se no referido procedimento a possibilidade de

argumentação e interpretação das normas concorrenciais vigentes com o fim de adequá-las ao contexto de exceção.

Em outras palavras, o procedimento de Consulta possibilita endereçar junto ao CADE, com maior efetividade, a questão de fundo latente, relacionada à detecção ou não de ilicitude na inter-relação entre agentes econômicos rivais, porém, considerando o contexto de colaboração entre eles para superar o cenário desafiador o qual toda a sociedade empresarial está enfrentando.

CONCLUSÃO

Podemos depreender ao longo do presente trabalho que a Consulta junto ao CADE é o instrumento adequado para se superar o obstáculo da insegurança jurídica relacionada às normas de Defesa da Concorrência, garantindo previsibilidade ao administrado, ainda que limitada a determinado tempo por resolução da autoridade. Isto porque, quando se obtém posicionamento prévio sobre a dúvida empresarial levantada sob a vertente daquele ramo do Direito, o administrado tem a possibilidade de tomar decisões racionais, em regra, de obediência à lei.

Por isso, a primeira grande importância extraída do procedimento de Consulta junto ao CADE é que ela é o principal – e se não o único, ressalvados os procedimentos excepcionais adotados exclusivamente para o período da pandemia de COVID-19 – canal de comunicação prévia com o CADE antes de suas funções. Ao menos, a Consulta é certamente o único canal com efeito vinculativo para a autoridade e para o administrado.

Para além dessa observação, como parte fundamental e escopo da investigação dessa pesquisa, a segurança jurídica e a previsibilidade não podem nos deixar míopes e, assim, ignorarmos outra grande importância do procedimento de Consulta junto ao CADE: sua função de servir como instrumento para assegurar a efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

Com efeito, a legislação antitruste, procurando garantir bem-estar social, é bastante complexa. Embora seja extremamente salutar que Economia e Direito andem de mãos dadas – para a primeira empregar pragmatismo ao segundo; e o segundo controlar e resguardar os efeitos da primeira – dessa relação, precisamente no campo da Defesa da Concorrência, emerge um sem número de inovações e ideias, e com elas, um cipoal de dúvidas. Logo, a matéria a ser tratada não é dócil, principalmente conhecendo o que está sob tutela, inclusive, na ordem constitucional.

Ao sanar as dúvidas emergentes, conforme visto na análise das Consultas submetidas ao CADE na égide da Lei n. 12.529/2011, apontamos o efeito de garantir efetividade às normas de Defesa da Concorrência. Isto porque, se por um lado, a autoridade concorrencial economiza seus poucos recursos evitando procedimentos investigativos (movimentação extensa da máquina estatal), mediante a correção de rumos, por outro, as orientações extraídas mantêm, embora indiretamente, o bem-estar social, seja de modo a evitar concentrações ou práticas anticompetitivas, seja no sentido de dar “sinal” verde a operações que podem trazer sinergia e, ao serem partilhadas com a população, assim endossar práticas comerciais lícitas.

Como visto, a maior parte das Consultas respondidas pelo CADE teve esse efeito. Todavia, ainda numa razoável parte delas, não foi possível percebê-lo. Nesse sentido, o principal problema a corroborar o ponto acima é o autoengessamento do CADE ao não permitir na Consulta a juntada de documentos posteriores, a dilação da instrução probatória com requisição de informações mediante ofício, por exemplo, além da impossibilidade de se considerar fatos outros para além dos apresentados nos autos, tudo isso em prol da obediência cega e irrestrita a um prazo de 120 dias para solucionar a demanda, que a própria autoridade se impôs.

Contudo, há de fazermos duas ponderações em relação ao diagnóstico exposto. A primeira: não estamos defendendo que a autoridade antitruste seja obrigada a conhecer de toda e qualquer Consulta que lhe vier a ser submetida, sem possibilidade de decretar a ausência de requisitos (não conhecimento) ou o arquivamento de plano de maneira a garantir a efetividade das normas de Defesa da Concorrência a qualquer custo. Não é isso. Essas são ferramentas importantes para se separar o joio do trigo, ou melhor, aquilo que está maduro e suficiente para ser objeto de Consulta daquilo que é meramente hipotético, por exemplo. Contudo, parece-nos muito frágil a justificativa, considerando também o princípio da eficiência administrativa prevista na CF/1988, art. 37, negar ao administrado uma resposta à sua dúvida porque, simplesmente, há entendimento sedimentado de um colegiado (do Tribunal do CADE) de que no procedimento de Consulta não é cabível a dilação da instrução probatória. Na verdade, seria altamente recomendável que, a depender de determinadas circunstâncias, a própria autoridade antitruste, que tem o dever *ex officio* de investigar questões relacionadas à matéria concorrencial, possa ela mesma requisitar documentos, informações e se aprofundar em fatos outros, não submetidos ou apresentados por qualquer motivo pela parte interessada, haja vista que para além da segurança jurídica e previsibilidade, a Consulta tem um papel importantíssimo de ser instrumento de efetividade das normas de Defesa da Concorrência.

A segunda ponderação: a autoimposição de um prazo para resposta não pode ser o fim em si mesmo. De fato, deve existir um prazo porque a expectativa do administrado é obter logo sua resposta e, assim, agir ou não. Contudo, o prazo pode ser flexibilizado até para que seja implementado o quanto proposto relativo à instrução complementar. Ademais, se isso não for conveniente, o prazo de resposta de uma Consulta é administrado, única e exclusivamente, pela própria autoridade antitruste, que pode requisitar informações sob pena de sanções em caso de não obediência em tempo compatível, assegurando o prazo de término de análise autoimposto.

Outra contribuição que talvez fosse importante para catalisar as propostas acima seria a inclusão da SG/CADE como órgão a ser ouvido no procedimento de Consulta, considerando

seu papel na sistemática da Lei n. 12.529/2011, que designou ao órgão o protagonismo na solução de atos de concentração.

Em resumo, nossa crítica ao modelo atual de procedimento de Consulta junto ao CADE reside na necessidade de maior flexibilidade, seja na instrução seja quanto ao prazo de conclusão. Esses dois apontamentos, ao lado do já consagrado mecanismo de vinculação da autoridade e da parte Consulente, têm total possibilidade de tornar o instituto mais utilizado pela sociedade.

Descartamos aqui também, em princípio, que a Consulta junto ao CADE, para atingir a sua plenitude, não deveria tratar de assuntos em tese, como ocorre no procedimento similar existente no Direito Tributário, e de que há requisitos reais a serem observados pelos administrados, para além daqueles previstos na regulamentação pertinente. Primeiramente, não cabe ao órgão antitruste ser uma consultoria especializada para ideias e concepções abstratas do administrado. Esse trabalho é dos advogados militantes na área. Para o segundo ponto, o CADE não tem exigido nenhum requisito além do previsto no respectivo regulamento do procedimento de Consulta. O problema está em não flexibilizar as regras existentes. Em suma, elas parecem estar bem postas. O problema está na sua interpretação e aplicação.

Por fim, o procedimento de Consulta, da maneira como está sendo aplicado pelo CADE, em linhas gerais, tem servido ao seus dois propósitos: um explícito (segurança jurídica) e outro implícito (efetividade das normas de Defesa da Concorrência), sendo esse, a nosso ver, até mais relevante que o primeiro. Ora, os resultados apresentados neste estudo revelam que mais de três quartos das Consultas analisadas pelo CADE, entre 2012 até outubro de 2020 – se consideradas aquelas que de alguma forma contribuíram para a efetividade das normas de Defesa da Concorrência – têm garantido certa serventia ao instituto. No entanto, o aprimoramento de sua aplicação pode revelar que a autoridade não tem qualquer receio do instituto e, ainda, que ele tem mais potencial de contribuir para o seu mister legal, embora não esteja ligado à eficácia, que é diferente de efetividade.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ATHAYDE, Amanda. **Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica**. São Paulo: Singular, 2017.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República – Subchefia de Assuntos Jurídicos – **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro 1969**. Brasília: Senado, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 36, de 14 de fevereiro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0036.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 99.244, de 10 de maio de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99244.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 9.266, de 15 de janeiro de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9266.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 869 de 18 de novembro de 1938**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impresao.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.377, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre a Sociedade por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.158, de 8 de janeiro de 1991**. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8158.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de julho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm#art92. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.069 de 29 de junho de 1995.** Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9069.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.781 de 19 de janeiro de 1999.** Institui a Taxa Processual sobre processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9781.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.457, de 16 de março de 2017.** Dispõe sobre a Administração Tributária Federal; altera as Leis n. 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis n. 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de julho de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005 e 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11457.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1984, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l12539.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Lei-Delegada n. 5 de 26 de setembro de 1962.** Organiza a Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LDL/Ldl05.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória n. de 30 de junho de 1994.** Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1990-1995/542.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória n. 681 de 10 de julho de 2015.** Altera a Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003, a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para dispor sobre desconto em folha de valores destinados ao pagamento de cartão de crédito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv681.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Brasília. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.** Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.** São Paulo: RT, 1997.

CAMINATI, Eduardo Anders; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). GIANNINI, Adriana Franco *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência.** Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012.

CANETTI, Elias. **Massa e poder.** São Paulo: Companhia das Letras, 1955.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela; PROL, Flavio Marques; LANGANKE, Amanda Lopes. **Concorrência e tributação.** São Paulo: CEDES, 2019.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada.** São Paulo: RT, 2012.

AZEVEDO, Paulo Furquim de (coord.); VERISSIMO, Marcos Paulo (pesquisador). **O Estatuto das Consultas no CADE:** Proposta de regulamentação do art. 9º, § 4º, da Lei n. 12.529/11. Disponível em: https://504eb8ab-4bae-4f11-a612-b96d27078dcc.filesusr.com/ugd/e2107f_de0f188c25e144b18123d1a5e97f72e0.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81º e 82º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação)**. 2014. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(05\):PT:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(05):PT:HTML). Acesso em: 15 jul. 2020.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da Concorrência no Judiciário**. Brasília: Publicação Oficial, 2010.

CADE. **Combate a cartéis e programa de leniência**. 2. ed. Brasília. Publicação Oficial. Disponível em: [file:///C:/Users/flavaug/Downloads/cartilha_leni%C3%A2ncia%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/flavaug/Downloads/cartilha_leni%C3%A2ncia%20(1).pdf). Acesso em: 20 jul. 2020.

CADE. **Defesa da Concorrência no Judiciário**. Brasília: Publicação Oficial. Disponível em: file:///C:/Users/flavaug/Downloads/cartilha_defesa_%20concorr%C3%A2ncia%20no%20judici%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

CADE. **Guia de análise de concentrações horizontais**. Brasília: Publicação Oficial, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 2 jan. 2020.

CADE. **Guia de combate a cartéis em licitação**. Brasília: Publicação Oficial, 2019. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

CADE. **Guia para a análise de consumação prévia de ato de concentração**. Brasília. Publicação Oficial, 2015. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Acesso em: 2 jan. 2020.

CADE. **Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. São Paulo: CIEE. Disponível em: [file:///C:/Users/flavaug/Downloads/guia_cade_3d_100108%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/flavaug/Downloads/guia_cade_3d_100108%20(1).pdf). Acesso em: 20 jul. 2020.

CADE. **Nota informativa temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de COVID 19**. Brasília. Publicação Oficial, 2020. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CADE. **Resolução n. 2, de 29 de maio de 2012, alterada pela Resolução CADE n. 9, 1º de outubro de 2017**. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view. Acesso em: 30 dez. 2019.

CADE. **Resolução n. 10 de 29 de outubro de 1997.** Aprovar o anexo Regimento Interno do Cade. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-10-de-29-de-outubro-de-1997.pdf/view>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CADE. **Resolução n. 17 de 25 de novembro de 1998.** Disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução Cade n. 10, de 29 de outubro de 2014. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/copy_of_resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view. Acesso em: 30 dez. 2019.

CADE. **Resolução n. 18 de 25 de novembro de 1998.** Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE sobre matéria de sua competência. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-18-de-25-de-novembro-de-1998.pdf/view>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CADE. **Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999.** Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Disponível em: <file:///C:/Users/flavaug/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CADE. **Resolução CADE 21, de 12 de dezembro de 2018.** Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei n. 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC) Disponível em: <file:///C:/Users/flavaug/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2021%20de%2012%20de%20setembro%20de%202018.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

CADE. **Resolução 22 de 1º de abril de 2020. 19 de junho de 2019.** Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RICADE). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-22-de-19-de-junho-de-2019/view>. Acesso em: 2 jan. 2020.

CADE. **Resolução n. 22, de 07 de dezembro de 2018.** Adere ao Ato Normativo Conjunto n. 01, celebrado conjuntamente com o Banco Central do Brasil (BCB). Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/assuntos/normas-e-legislacao/normas_legislacao/resolucao. Acesso em: 2 jan. 2020.

CADE. **Resolução n. 24 de 8 de julho de 2019.** Disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (APAC) Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view>. Acesso em: 2 jan. 2020.

CADE. **Resolução n. 42 de 10 de maio de 2006**. Revoga expressamente as Resoluções 2, de 1 de outubro de 1992, 3, de 6 de março de 1996, 4, de 16 de maio de 1996, 6, de 2 de outubro de 1996, 7, de 9 de abril de 1997, 8, de 23 de abril de 1997, 10, de 29 de outubro de 1997, 11, de 12 de novembro de 1997, 17, de 4 de novembro de 1998, 30, de 25 de setembro de 2002, e 33, de 13 novembro de 2002. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-cade-no-42-de-10-de-maio-de-2006.pdf/view>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CADE. **Resolução n. 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/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-45-de-28-de-marco-de-2007.pdf/view>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CADE. **Resolução n. 12 de 11 de março de 2015**. Disciplina o procedimento de Consulta previsto nos §§ 4º e 5º do art. 9º da Lei n. 12.529/2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-12.pdf/view>. Acesso em: 30 dez. 2019.

FARINA, Laércio *et al.* **A nova lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Code of Federal Regulation 2014** – Title 26. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/16/part-1/subpart-A>. Acesso em: 15 jul. 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos da antitruste**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Restrições verticais adotadas por empresas dominantes**. Uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia. São Paulo: RT, 2013.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. 2. ed. São Paulo: Singular, 2016.

GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli. **Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro** – teoria e prática dos atos de concentração. São Paulo: Singular, 2011.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; BRAGA, Tereza Cristine Almeida (org.). **Tópicos especiais de Direito da Concorrência**. São Paulo: CEDES, 2018.

MARANHÃO, Juliano Souza de; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes (org.). **Direito antitruste no setor financeiro**. São Paulo: Singular, 2012.

MARTINEZ, Ana Paula (org.). **Temas atuais de Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2012.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Amanda Flavio; RUIZ, Ricardo Machado (org.). **Remédios antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** – doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa n. 740, de 2 de maio de 2017**.

Dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de mercadorias no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil – Disponível em:

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15685&visao=anotado>. Acesso em: 15 jul. 2020.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL **Instrução Normativa n. 1396, de 16 de setembro de 2013**. Dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de serviços, intangíveis e outras operações que produzam variações no patrimônio, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Disponível em:

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=46030>. Acesso em: 15 jul. 2020.

RODAS, João Grandino (coord.). **Direito concorrencial: avanços e perspectivas**. Edição comemorativa aos 5 anos de vigência da Lei n. 12.529/2011, Livros 1 e 2. Curitiba: Prismas, 2018.

RODAS, João Grandino (coord.). **Direito econômico e social: atualidade e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: RT, 2012.

RODAS, João Grandino (coord.); CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e concorrência**. São Paulo: RT, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAUFIK, Roberto Domingues. **Nova Lei Antitruste Brasileira**. Avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. São Paulo: Almedina, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

Votos e Consultas ao Cade

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Consolidação de Pareceres Vinculantes**. Jan. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/Consolidacaodepareceresvinculantesatualizacaoam08.pdf>, p. 34. Acesso em: 28 jul. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.001697/2002-89. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTYODL0dQJrH0em4COi5at7KHpCN-QV4eAxdRT24wf8S. Acesso em: 13 jul. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.004423/2009-18. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfrn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnf7vHg-LR1QJXfFJHQI9-0XJs6lkY_5R147uI4sec_LK. Acesso em: 13 jul. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.002381/2001-23. Data de registro: 12-04-2001. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfrn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQHWdFrwFugH3JBCr6LZvbKPVoEvvNhsqZfLwyzw5dVL. Acesso em: 27 ago. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.006762/2000-09. Data de registro: 13-12-2000. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBccUWhrCNGDknM_F56i9dILnOxHX7ggUXTW-x-8dyBaVi. Acesso em: 28 jul. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.004499/2002-77. Data de registro: 04-07-2002. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd0bPZZYFCVObXfBvf2G8ERG5UmvQOTKtBbfhBIz3jGv. Acesso em: 28 jul. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.011303/2008-96. Data de registro: 24-11-2008. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfrn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnSexfTBsxdHUI_vOJetxiP085CuksK9PMQ9Wek7bpOdd. Acesso em: 28 jul. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.011736/2008-41. Data de registro: 10-12-2008. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfrn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnRLLWUQOEfg71ORSF4eTBZyIe0yW23qP-qTj98zz94l0. Acesso em: 28 jul. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08012.002673/2007-51. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajR6QVNAPoFg81ow9srRKflc0exuAKvw8vqggjgA3PB5G. Acesso em: 8 ago. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.007124/2015-25. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfrn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFACne4fi4R6AcjZvpgTjSMhB2THhsB5lq5IQBtzpRbzNAAo. Acesso em: 09 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.008081/2016-86. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcUsidh8aotS5rc59kdFcL_b77vF522IsyX7HqkNm2BmK. Acesso em: 10 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.008419/2016-08. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcShF4qQb4635TBMWy4LqYta9HKA4xGE6tTQAG3MOTd1Z. Acesso em: 10 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.000468/2017-75. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcc4TweMBb5xh5jpdCpUGbprZdAEo9GyGNI5yC0fwnAiD. Acesso em: 7 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.001540/2018-62. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd2p7wFnHdlUxeWNv1YcHhH77I19SBoSCA6giYBHEAK7. Acesso em: 7 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.004009/2018-41. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcddxfvoswfltaFpH1A5GhxkeAvOIKhrcLu1JqwqsFq2w. Acesso em: 13 nov. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.004594/2018-80. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTlNmjNzERoAdqdS3D5wEFZ6UEgflhape_uuHaW3FS8A. Acesso em: 12 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcYBmOeWSdECFMzlsLPmDbOHC9pvu-NIKip2jBHOKmY45. Acesso em: 6 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.007817/2015-18. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcYbrdEboGoymfOORM8YSXG-mmwMeMH88k_E007U0Cjyx. Acesso em: 8 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.000207/2014-02. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXVpXgHwmZEd8_3ITrdwedM9TOM6anJ1AXpl4raadxjH. Acesso em: 6 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.006564/2014-85. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q221ByVKByYDYwsa13_JxlH__JGDCywHx1gHfZaAy_YtvbKQ0kx13pFcowTXlQ_X. Acesso em: 07 jan. 2020.

CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.010927/2015-67. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTqc8FdO2R0DJ9qsRtwWGjQHmYozTnxR5Nkm-5diTG7p. Acesso em: 9 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.009432/2014-04. Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.

Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_YSS4iEls0ymirtCqGDB4jU8StbrnWbWi5zJz5suDEdkqEMFjeCutUCKBM0RLqmgAF-aQKhFRMoZog4iz1gFzB. Acesso em: 6 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.001540/2018-62. Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNirQ9C4gCWQRXBH1SBDTt-PXSza0V8_Ddl2qnIhU4DE2YIwZYT219HK010kPsFTNH1x5Vgph5tJGSaxL7GfkLj. Acesso em: 7 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.007296/2018-41. Relatora Conselheira Polyanna Vilanova. Disponível em:
[dehttps://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOxAODp6as4SeNFSZbfJi8Ie5DjnfwelpGkuCf_Mc6MOnlUL32M-DZCa7IS6yFfoSwHxk_KJAOC3wkBwFnQ1BYN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOxAODp6as4SeNFSZbfJi8Ie5DjnfwelpGkuCf_Mc6MOnlUL32M-DZCa7IS6yFfoSwHxk_KJAOC3wkBwFnQ1BYN). Acesso em: 12 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.001930/2019-13. Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMRwTrN2S46g6JnBul6Ug_hR2XhzipECDLFKI8rzS8RtAuVQ8ijQLDT5bR8kj768J2qDyXFrGslzx-EeRYs1gv2o. Acesso em: 7 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.003762/2019-09. Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOQl4n0JVjQssQlAcBB6WVvyCHDVCADDGAqILSeouOWnFb8KbQCrFXdedCNv05K1WbIprXF1MFIA61Vet9OncG-h. Acesso em: 15 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.010488/2014-01. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_ygVkkyle6yBRl3esSBhJoiQqpQm-v8HpQyahOTeJANSzo8M6wRkjK29YyUeOQqeQ19ExGczmN-0WfZq8QD3eN. Acesso em: 7 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta 08700.004459/2012-49. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-z6laqHoQvk_Dylc0JXMwddoY1ssOwgXSdxHh2IbQcTAoKfiwFkgKu86IzZ2Rw3kN6pc80FlhRZFRJHAWHM8pX. Acesso em: 8 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n. 08700.007192/2015-94. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOENWXbRQ1D96hV8mzn0IyUS7x4yYynCuticLFnmyXYY7dDdQUU3iSi-kvFLSpNPcB3er54Kn2Q0sbXz1H6BQoQ. Acesso em: 8 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.004483/2016-10. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.

Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNIpkWwZgW6BQ5HbkaWb8SuiagSpQYLvLU04wOMhTEGEUmjxaOaQJqrsCcTZEis2ykAFflsMsFqqC2Ko2MuGnHE. Acesso em: 10 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.006858/2016-78. Conselheiro Paulo Burnier da Silveira.

Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP1xiitOJzDATsqW6UdcyAuy886xlkZjn7njETfxDid5hJpV-sJ_MC2DmQpb7nUgknUJ2RWdSe5rU-NOO6j-3Fk. Acesso em: 9 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.003594/2019-43. Relatora: Conselheira Lenisa Rodrigues Prado. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNW-45Ddh72gfkhnFdqHYllwRrhFpI8TgYZPOEVegjwVT_yDTk_aMD17mGqK8dvyyuu7eIIgf unVPPL9VNiBPq. Acesso em: 12 maio 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta n. 08700.003320/2020-98 (Apartado de Acesso Restrito n. 08700.003323/2020-21).

Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMzSB2qg6cVOXokdx6b4ye4b2ikn0U0rCE4ZoxCiaipYjI-BXYbABTfUVEZ5

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Consulta 08700.003811/2015-71. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-m3qipc0wpV7aNB9VZpYLdKUO2aNukUnJgRMJht5MeFTeuB7shR0_oXV1p3YJyRF23r_igfVVyTaxOgpQ035G2. Acesso em: 7 jan. 2020.

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. **Consulta Requerente Banco Sofisa S.A.** Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM95GgQ4JgGSCuyHDGWpRk8H9LAd6AdB0YEkRKRerLxVv2-LUWbfS_2Rb8knmgGS9MIuoi7_k7pLulFMbyOS4rzUM. Acesso em: 6 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt. Acesso em: 31 out. 2020.

Referências normativas
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação