

# Lei e Política de Concorrência no Brasil



Uma revisão pelos pares





# **LEI E POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

**Uma revisão pelos pares**

**-- 2010 --**



## ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS

A OCDE se constitui em um fórum único, no qual governos de 30 países democráticos trabalham juntos para enfrentar os desafios econômicos, sociais e ambientais da globalização. A OCDE está na vanguarda dos esforços empreendidos para ajudar os governos a entender e responder às mudanças e preocupações do mundo atual, como a governança, a economia da informação e os desafios gerados pelo envelhecimento da população. A Organização oferece aos governos um marco a partir do qual estes podem comparar suas experiências políticas, buscar respostas a problemas comuns, identificar as melhores práticas e trabalhar a coordenação de políticas nacionais e internacionais.

Os países-membros da OCDE são Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Coreia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, República Eslovaca, Suécia, Suíça e Turquia. A Comissão das Comunidades Europeias participa do trabalho da OCDE.

*As opiniões expressas e os argumentos utilizados nesta publicação não refletem necessariamente a posição da Organização, do Centro de Desenvolvimento da OCDE nem dos Governos de seus países-membros.*

*A OCDE tem duas línguas oficiais: inglês e francês  
A versão em inglês desse relatório é a única oficial.*

© OCDE / IDB 2010

---

O conteúdo da OCDE pode ser copiado, baixado ou imprimido para uso pessoal. Partes do conteúdo das publicações da OCDE, bases de dados e produtos multimídia também podem ser utilizadas em documentos, apresentações, blogs, sites e materiais pedagógicos, após reconhecimento da OCDE como fonte e proprietária do copyright. As solicitações de permissão para uso público e comercial e os direitos de tradução devem ser enviadas a [rights@oecd.org](mailto:rights@oecd.org). A permissão para a reprodução parcial para uso público e comercial desta publicação pode ser obtida diretamente através do Copyright Clearance Center (CCC), [info@copyright.com](mailto:info@copyright.com), ou do Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) [contact@cfcopies.com](mailto:contact@cfcopies.com).

---

## *Prefácio*

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi objeto de revisão pelos pares (*peer review*) em 2010, no Fórum Global da Concorrência que aconteceu em Paris nos dias 18 e 19 de fevereiro de 2010. O Fórum, que reúne líderes de autoridades de defesa da concorrência de cerca de 80 jurisdições ao redor do mundo, é uma fonte significativa para as autoridades atuantes no que diz respeito às melhores práticas de concorrência.

A revisão pelos pares é um elemento central do trabalho da OCDE. Ela está fundada na disposição de um país em submeter suas leis e políticas a revisões substantivas conduzidas por outros membros da comunidade internacional. O processo fornece valiosos *insights* para o país objeto do estudo, além de promover a transparência e o entendimento recíproco em benefício de todos.

A revisão pelos pares é também um importante instrumento para o fortalecimento das instituições de concorrência nacionais. Órgãos de concorrência fortes e eficazes podem, por sua vez, promover e proteger a concorrência em dada economia, o que aumenta a produtividade e o desempenho econômico em geral.

Essa é a segunda vez que o SBDC se submete à revisão pelos pares e esta acontece em um momento relevante, em que o Congresso Nacional brasileiro analisa o fortalecimento e a racionalização do Sistema. Espera-se que a análise e as recomendações dessa revisão pelos pares sejam úteis para o processo de reforma. A primeira revisão pelos pares foi realizada em 2005, no Fórum Latino-Americano de Concorrência organizado pelo BID/OCDE.

A OCDE e o BID, por meio de seu Setor de Integração e Comércio (SIC), sentem-se honrados pelo fato de essa parceria poder contribuir para a promoção de políticas de concorrência na América Latina e no Caribe. Esse trabalho é consistente com as políticas e os objetivos de ambas as Organizações: apoiar políticas pró-concorrenciais e reformas regulatórias que venham a promover o crescimento econômico dos mercados na região.

A OCDE e o BID desejam agradecer ao governo brasileiro por voluntariar-se para ser examinado por seus pares. Gostaríamos também de agradecer ao Sr. John Clark, autor do relatório, aos Examinadores (Enrique Vergara, Chile; Mona Yassine, Egito; e William Kovacic, Estados Unidos) e aos diversos representantes de autoridades de defesa da concorrência cuja participação ativa na revisão pelos pares contribuiu para o seu êxito.

Bernard J. Phillips  
Diretor da Divisão de Concorrência  
OCDE

Carlos M. Jarque  
Representante na Europa  
BID

## *Sumário*

<b>Resumo .....</b>	<b>7</b>
<b>Introdução .....</b>	<b>9</b>
<b>1. Política de concorrência no Brasil: fundamentos e contexto.....</b>	<b>10</b>
<b>2. Questões Substantivas: conteúdo e aplicação do Direito de Concorrência .....</b>	<b>11</b>
2.1. Condutas.....	12
2.2. Atos de concentração.....	30
2.3. Concorrência desleal e proteção ao consumidor .....	39
<b>3. Questões institucionais: estruturas e práticas.....</b>	<b>41</b>
3.1. As instituições do SBDC .....	41
3.2. Procedimentos em casos de conduta .....	43
3.3. Procedimentos em atos de concentração.....	47
3.4. Recursos das autoridades.....	50
3.5. Aspectos internacionais da aplicação da lei e política de concorrência .....	54
3.6. Aplicação da legislação de concorrência pelos Estados e por particulares.....	58
3.7. Revisão judicial .....	59
<b>4. A legislação pendente.....</b>	<b>62</b>
4.1. A estrutura do SBDC .....	63
4.2. Procedimentos em casos de conduta.....	64
4.3. Análise dos atos de concentração .....	65
<b>5. Limites da política de concorrência: isenções e regimes regulatórios especiais .....</b>	<b>68</b>
5.1. Telecomunicações.....	68
5.2. Petróleo e gás natural.....	69
5.3. Eletricidade.....	70

5.4.	Transporte terrestre .....	71
5.5.	Aviação civil .....	72
5.6.	Saúde .....	73
5.7.	Sistema financeiro .....	74
5.8.	O Projeto de Lei para as agências reguladoras .....	75
<b>6.</b>	<b>Advocacia da concorrência.....</b>	<b>76</b>
<b>7.</b>	<b>Conclusões e recomendações .....</b>	<b>80</b>
7.1.	Pontos fortes e fracos.....	80
7.2.	Recomendações que dependem de legislação.....	82
7.3.	Outras recomendações .....	86
<b>Notas .....</b>		<b>90</b>

### Tabelas

1.	O esforço de combate a cartéis: 2003-2009 .....	15
2.	Casos de abuso de posição dominante .....	27
3.	Atos de concentração de 2004 a 2009.....	35
4.	Distribuição de remédios comportamentais e estruturais, em 2007 e 2008.....	36
5.	Procedimentos Administrativos .....	45
6.	Averiguações Preliminares .....	46
7.	Processos Administrativos .....	46
8.	Casos enviados ao CADE e estoques de 2006-2008.....	46
9.	Tempo médio de tramitação dos casos no CADE (em dias).....	47
10.	Tempo de tramitação dos casos na SDE e no CADE .....	47
11.	Atos de concentração analisados sob o procedimento sumário no SBDC .....	49
12.	Tempo médio de análise – Todos os atos de concentração.....	49
13.	Funcionários do SBDC .....	52
14.	Orçamento do CADE, SDE e SEAE (em R\$ milhões).....	54
15.	Status da inscrição em Dívida Ativa e multas arrecadadas.....	60
16.	Processos judiciais instituídos por ano .....	61
17.	Decisões judiciais, 2005-2009 .....	62

### Quadros

1.	Casos recentes e significativos de cartel.....	21
2.	AmBev.....	29
3.	Casos recentes e significativos de atos de concentração.....	37

## Resumo

A era moderna da política de concorrência no Brasil iniciou com a publicação da Lei de Defesa da Concorrência de 1994, que criou os três órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Avanços realizados desde 2003 eliminaram a sobreposição de funções, de modo que a SDE se concentrou nos acordos anticompetitivos e condutas unilaterais e a SEAE na análise dos atos de concentração.

As investigações de cartéis foram aperfeiçoadas, por meio da introdução de poderes para a condução de buscas e apreensões e da criação de um programa de leniência. A persecução penal de cartéis é conduzida pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual, em cooperação com o SBDC.

A análise dos atos de concentração foi aprimorada pela adoção de procedimentos sumários, de forma que os atos de concentração que não apresentem problemas concorrenciais sejam analisados e aprovados rapidamente. Entretanto, essa análise ainda carece de um sistema de notificação prévia.

A advocacia da concorrência junto a outros órgãos governamentais e reguladores é particularmente relevante e eficaz, uma vez que é realizada principalmente pela SEAE, cuja posição dentro do poderoso Ministério da Fazenda permite acesso a diversas áreas do governo.

O principal problema enfrentado pelo SBDC continua sendo a falta de pessoal, combinada com a alta taxa de rotatividade dos funcionários. O CADE não possui um corpo de funcionários permanente. A SDE também sofre de déficit crônico de pessoal, o que leva a um grande acúmulo de investigações. Outro problema existente é a revisão judicial. Recursos impetrados contra as decisões do CADE são bastante comuns, e os casos demoram anos para tramitarem por todo o sistema judicial brasileiro. O resultado pode ser, efetivamente, a frustração completa da aplicação das decisões do CADE durante esse longo processo de sucessivos recursos judiciais.

Propostas para corrigir as falhas da legislação de concorrência de 1994 têm sido feitas por anos, sem que se tenha, contudo, obtido êxito. Mas, atualmente, o prognóstico da reforma parece bastante promissor. Em meados de janeiro de 2010, o projeto de lei que consolida o SBDC em uma única agência, impõe a notificação prévia dos atos de concentração e provê a autoridade com um número significativo de cargos permanentes, havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados e estava em trâmite no Senado Federal. Entretanto, esse processo

ainda não foi concluído, e havia a necessidade urgente de finalizá-lo na primeira metade do ano, antes que fosse posto de lado em virtude de outros eventos relevantes, dentre os quais, em particular, as eleições nacionais em outubro.

O relatório fornece diversas recomendações para o aprimoramento do Sistema. A mais importante é, de longe, a ênfase na promulgação do projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional. Outras recomendações estão relacionadas à: redução do acúmulo das investigações de condutas anticoncorrenciais; ampliação do uso de acordos tanto em casos de conduta como em atos de concentração, aumentando assim a eficiência e reduzindo o número de recursos interpostos junto aos tribunais; ampliação da aplicação de remédios estruturais em atos de concentração; ampliação da cooperação entre os órgãos de concorrência e os Ministérios Públicos nas instâncias estadual e federal em processos criminais por estes iniciados; promulgação de projeto de lei que confirmaria a competência da autoridade de concorrência para a análise de concentrações no setor financeiro, atualmente em discussão; desenvolvimento de maior capacidade de exercício da advocacia da concorrência pelo CADE, em coordenação com a SEAE; e continuação da busca por soluções mais eficazes para o tratamento e tramitação de litígios do SBDC perante os tribunais.

## Introdução

A história da política de concorrência no Brasil é rica e interessante. A era moderna da política de concorrência começou em meados dos anos 90, coincidentemente com a transição do país para uma economia de mercado. O novo sistema de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência ganhou rapidamente reputação de profissionalismo e esforço, ao mesmo tempo em que suas decisões refletiam um novo entendimento da política e análise da concorrência. Entretanto, o Sistema foi confrontado com uma série de problemas, muitos dos quais encontram sua raiz na própria Lei de Defesa da Concorrência promulgada em 1994. O Sistema criado foi composto por três autoridades independentes, que coordenavam suas atividades de forma ineficiente. As investigações ocorriam lentamente; muitos recursos foram destinados à análise de atos de concentração, a grande maioria das quais não representava uma ameaça à concorrência; pouca atenção foi dedicada ao combate a cartéis clássicos (*hard core*), sabidamente o tipo mais prejudicial de conduta anticoncorrencial. E, talvez o elemento mais fragilizador, as autoridades padeciam de recursos insuficientes e altos índices de rotatividade de pessoal.

As falhas da Lei de Defesa da Concorrência tornaram-se aparentes de forma bastante rápida. Diversas alterações foram propostas no início de 2000, mas a maior parte delas não entrou em vigor. Não obstante, o sistema de política de concorrência demonstrou um progresso consistente, até mesmo notável. Tornou-se mais eficiente, especialmente na análise de fusões, permitindo que redirecionasse suas prioridades para a repressão a cartéis. Seu programa de combate a cartéis é hoje amplamente respeitado no Brasil e no exterior. Entranto, progressos adicionais dependem de mudanças na Lei de Defesa da Concorrência. Quando da publicação deste relatório, parecia que esse importante passo estava prestes a acontecer. O projeto de lei para uma nova legislação de defesa da concorrência, discutido detalhadamente no item 4 abaixo, fora aprovado em uma das casas do Congresso e estava sendo debatida na segunda.

Esse é o segundo relatório sobre política de concorrência no Brasil, elaborado como parte do processo de revisão pelos pares da OCDE. O primeiro foi publicado em 2005 (relatório de 2005)<sup>1</sup>. Este relatório continha várias recomendações para o aprimoramento da política de concorrência no país, muitas das quais demandavam alterações na lei. Tais alterações podem finalmente vir a ser promulgadas. O relatório de 2005 também fez outras recomendações que não dependiam de nova legislação, a maior parte das quais foi adotada. E, finalmente, o relatório sugeriu mudanças para o

aprimoramento da legislação que estava em tramitação no Congresso e muitas dessas mudanças também foram aceitas.

O presente relatório acompanha o formato tradicional empregado pela OCDE em suas revisões pelos pares em política de concorrência. Concentra-se, em particular, no combate a cartéis, na análise de atos de concentração (conteúdo e procedimento) e na revisão judicial das decisões do CADE.

## **1. Política de concorrência no Brasil: fundamentos e contexto**

As políticas econômicas do Brasil pós II Guerra Mundial foram caracterizadas pela profunda intervenção governamental no mercado. A maioria das grandes empresas do país nas áreas de indústria, transporte e finanças era de propriedade do Estado. Os preços eram controlados pelo Estado, o que na realidade era feito com a cooperação do setor privado; as associações comerciais consultavam regularmente o órgão governamental que estabelecia os preços.<sup>2</sup> Em 1962, foi promulgada a primeira lei de defesa da concorrência brasileira (Lei n.º 4.137/62) criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. O CADE foi incumbido de, entre outras competências, impedir o abuso do poder econômico manifestado por meio da eliminação total ou parcial da concorrência<sup>3</sup>, dado o controle generalizado do governo sobre a economia. No entanto, por conta do rígido controle da economia pelo Estado, a lei surtiu pouco efeito.

O processo de liberalização econômica brasileiro foi iniciado em 1990, quando o Presidente da República promoveu uma série de reformas, incluindo a privatização, a liberalização de preços e a desregulamentação. Em 1994, em reação a um período de hiperinflação, foi adotado o Plano Real. Seus principais componentes foram a introdução de uma nova moeda, que à época estava atrelada ao dólar, (o que não ocorre desde 1999, quando foi permitida a flutuação da moeda) e de políticas fiscais e de crédito rígidas. Como parte das reformas de 1994, uma nova Lei de Defesa da Concorrência foi promulgada, a Lei n.º 8.884/94. A nova lei revigorou o CADE, que se tornou uma agência independente, e introduziu o controle de fusões. A privatização das empresas estatais continuou durante os anos 90. Agências reguladoras novas e independentes foram criadas para os setores de telecomunicações, eletricidade, petróleo e gás natural, transporte terrestre e aviação civil. Entretanto, a privatização não foi completa. O governo se mantém atuante em alguns setores, notadamente em petróleo e gás por meio do controle da Petrobrás, a empresa dominante neste setor; na geração e transmissão de eletricidade e no sistema financeiro.

## 2. Questões Substantivas: conteúdo e aplicação do Direito de Concorrência

A política de concorrência tem seu fundamento na Constituição Brasileira promulgada em 1988. O artigo 173, §4, determina que “[a] lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” O artigo 170 estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, em observância a certos princípios, dentre os quais a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a propriedade privada. O artigo 1º da Lei de Defesa da Concorrência reflete esses princípios constitucionais. Nele, estabelece-se que a Lei “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

A Lei n.º 8.884, promulgada em 1994, continua sendo a Lei de Defesa da Concorrência brasileira. Ela confere poder de decisão ao CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça<sup>4</sup>. O CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros. O Presidente e os Conselheiros são nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal para mandatos de dois anos, podendo ser reconduzidos para mais um mandato<sup>5</sup>. A Lei também atribuiu competências relevantes para sua aplicação a dois outros órgãos governamentais, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda. A SDE inicia todas as investigações em casos de conduta (acordos anticompetitivos e condutas unilaterais) e submete pareceres técnicos e recomendações aos casos encaminhados ao CADE para decisão. Também a SEAE tem poderes para a condução de investigações em casos de conduta iniciados pela SDE. Ademais, ambas analisam e submetem pareceres técnicos ao CADE em atos de concentração notificados ao SBDC. O CADE pode complementar as investigações conduzidas pela SDE e SEAE tanto em casos de conduta como de fusões. Coletivamente, os três órgãos – CADE, SDE e SEAE – compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A Lei foi alterada por três vezes: em 1999, para a imposição de uma taxa de notificação para atos de concentração; em 2000, para conferir ao SBDC novos poderes na condução de investigações, notadamente para conduzir buscas e apreensões e instituir um programa de leniência; e em 2007, para esclarecer os procedimentos aplicáveis à negociação de acordos em casos de conduta e autorizá-la inclusive em casos envolvendo cartéis. O

projeto de lei de defesa da concorrência em tramitação no Congresso Nacional é abrangente e prevê a modificação da estrutura do SBDC, além de alterar seus procedimentos de diversos modos. A maior parte das funções exercidas pelas três autoridades que hoje compõem o Sistema seria consolidada no CADE. Os mandatos dos Conselheiros do CADE seriam ampliados de dois para quatro anos, sem possibilidade de recondução. Uma Superintendência-Geral seria criada no âmbito do CADE para executar as funções de investigação hoje conduzidas pela SDE e pela SEAE. Seria, ainda, instaurada a notificação prévia dos atos de concentração, exigindo-se desse modo que as partes que propusessem uma fusão adiassem a conclusão da transação até que a análise do CADE fosse concluída. Os recursos humanos do CADE seriam multiplicados pela criação de 200 novos cargos, permanentes, na agência. Essa legislação é descrita em maiores detalhes no item 4 abaixo.

### **2.1. Condutas**

Os artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884 tratam de todos os tipos de infração à ordem econômica não relacionados a atos de concentração. Diferentemente da lei de muitos países, a lei brasileira não contém disposições diferenciadas para lidar com os acordos anticompetitivos ou com as condutas unilaterais.<sup>6</sup> O artigo 20, que contém as disposições gerais referentes a condutas anticompetitivas, prevê:

*... 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;*
- IV. exercer de forma abusiva posição dominante.*

O artigo exclui especificamente da violação ao inciso II a conquista de mercado por meio da eficiência competitiva. O artigo estabelece, ainda, que a posição dominante é presumida quando “uma empresa ou grupo de empresas” controla 20% de um mercado relevante. É previsto que o CADE pode alterar esse limite de 20% “para setores específicos da economia”, mas o Conselho não o fez oficialmente até a presente data.

O artigo 21 contém uma longa lista – não exaustiva – de atos que são considerados violações ao artigo 20, caso produzam os efeitos enumerados neste artigo. As práticas listadas incluem vários tipos de acordos horizontais

e verticais, bem como os exercícios abusivos de posição dominante. Os cartéis são expressamente proibidos. Especificamente listados encontram-se os acordos para fixar preços ou condições de venda, dividir mercados, combinar preços ou ajustar vantagens em licitações públicas e limitar pesquisa e desenvolvimento. As práticas verticais enumeradas (que podem ser abusivas se impostas unilateralmente) incluem a manutenção de preços de revenda e outras restrições que afetam a venda para terceiros, discriminação do preço e venda casada. As práticas unilaterais listadas incluem várias ações para excluir ou prejudicar empresas entrantes ou rivais já existentes, incluindo as recusas de contratar e as limitações ao acesso a insumos ou a canais de distribuição, “vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo” ou “impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço”.<sup>7</sup>

Além dessas práticas, que também são comumente consideradas infrações à ordem econômica em outros países, o artigo 21 enumera várias outras, que, como descrito, são menos familiares. Entre elas estão: “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada; cessar, parcial ou totalmente, as atividades da empresa sem justa causa comprovada”. Essas provisões criam espaço para a aplicação imprópria da lei, mas, até o momento, isso não aconteceu. As decisões do CADE são regularmente baseadas nos mesmos conceitos antitruste utilizados em outros países.

A Lei de Defesa da Concorrência se aplica às empresas, associações de empresas e indivíduos.<sup>8</sup> As empresas estão sujeitas a multas de 1 a 30 por cento do faturamento bruto do ano anterior ao início da investigação, multa essa que não pode ser inferior ao ganho total proveniente da infração. Os administradores das empresas que incorrerem em violação podem ser multados com valores que oscilam entre 10 e 50 por cento da multa aplicada à empresa. Note-se que a multa deve ser calculada como um percentual do faturamento bruto total dos acusados, e não somente do faturamento bruto oriundo do mercado relevante ou afetado.<sup>9</sup> Outras organizações e indivíduos que não estejam envolvidos no comércio (tais como associações comerciais), e que, portanto, não possuam receitas sobre as quais uma multa possa ser calculada, podem ser multadas em valores oscilantes entre R\$ 6.000,00 e R\$ 6.000.000,00 (atualmente cerca de US\$ 3.500,00 - US\$ 3.500.000,00).

O CADE também dispõe de outras sanções possíveis de serem aplicadas, detendo inclusive poderes para impedir uma empresa de participar em licitações públicas por um período de até cinco anos; exigir a dissolução

de uma empresa ou a alienação parcial de seus bens e emitir ordens de reparação com a finalidade de prevenir a recorrência de violações.<sup>10</sup> O CADE também pode aplicar multas pelo descumprimento de suas determinações e pela obstrução, por quaisquer meios, de uma investigação.<sup>11</sup>

As diretrizes para a análise das práticas comerciais restritivas se encontram nos dois anexos da Resolução nº 20 do CADE, publicada em 1999. O anexo I da Resolução contém definições e classificações relativas às práticas anticoncorrenciais. Nele, diferenciam-se os cartéis de outros acordos horizontais. Não se aplica especificamente uma regra *per se* para os casos de cartéis, mas aplica-se um *standard* mais rigoroso a esses casos. O anexo aponta que acordos horizontais, à exceção de cartéis, podem ter efeitos benéficos, pró-concorrenciais, o que exige uma aplicação mais criteriosa da regra da razão. O anexo define “preços predatórios” como “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”. Essa definição exige especificamente que existam condições que permitam a recuperação das perdas iniciais, após uma bem sucedida estratégia de exclusão de concorrentes do mercado. O anexo também define práticas comerciais restritivas verticais, constatando que seus principais efeitos anticoncorrenciais podem ser a exclusão de rivais ou a facilitação de conluio no mercado *a montante* ou *a jusante*. Por outro lado, também está previsto que tais práticas podem beneficiar a concorrência em certos casos, exigindo, portanto, a aplicação da regra da razão. O anexo ainda prevê que as “práticas restritivas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante 'de origem'...”.

Por sua vez, o anexo II apresenta os “critérios básicos na análise de práticas restritivas”, que descrevem uma série de passos que devem ser seguidos. Os passos incluem: a definição de mercado relevante em ambas as dimensões, de produto e geográfica, aplicando considerações de substitutabilidade efetiva ou potencial por compradores; identificação de participação de mercado e índices de concentração, utilizando o índice CR<sub>x</sub> e/ ou HHI; análise de barreiras à entrada; análise dos efeitos concorrenciais da infração; análise de possíveis eficiências econômicas resultantes da conduta e a ponderação entre os ganhos de eficiência e o prejuízo para a concorrência em decorrência da conduta, se necessário.

### 2.1.1. Cartéis

A partir de 2000, o SBDC começou a se concentrar no combate a cartéis. Em 1999, foi concluído o que muitos consideram ser o primeiro verdadeiro caso de cartel no Brasil, ocorrido na indústria de aço.<sup>12</sup> Em 2000,

uma alteração na Lei de Defesa da Concorrência conferiu ao SBDC dois novos importantes poderes: a possibilidade de realizar buscas e apreensões e o de instituir um programa de leniência.<sup>13</sup> Entretanto, esses poderes foram subutilizados por alguns anos. O SBDC estava limitado por um processo de revisão de atos de concentração, o que era altamente ineficiente. As análises de tais atos eram lentas, mesmo para os casos que claramente não representavam uma ameaça significativa à concorrência. Esse processo ainda ocupava recursos em demasia - até 70%, de acordo com algumas estimativas. O SBDC não dispunha de recursos suficientes para promover um vigoroso programa de combate a cartéis, e, além disso, não possuía a experiência necessária para utilizar suas novas ferramentas investigativas de forma efetiva.

A situação começou a mudar em 2003. O SBDC adotou novos procedimentos que tornaram as análises de atos de concentração mais eficientes, liberando recursos para a atividade de combate a cartéis. Nesse mesmo ano, a SDE realizou as primeiras buscas e apreensões e o primeiro acordo de leniência foi assinado. A SDE foi reconfigurada para se tornar essencialmente uma unidade de combate a cartéis. Em 2007, a SDE criou uma coordenação específica para concentrar-se no combate a cartéis em licitações e em promover a concorrência em compras públicas. Em 2009, a SDE criou seu próprio laboratório de informática, dirigido por um especialista em tecnologia de informação, que opera ferramentas de *hardware* e *software* sofisticados com a finalidade de analisar as informações obtidas nas operações de buscas e apreensões e por outros meios.

Nos últimos anos, especialmente a partir de 2006, o programa de combate a cartéis do SBDC cresceu de forma constante (veja a [Tabela 1](#)).

**Tabela 1. O esforço de combate a cartéis: 2003-2009**

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Casos de Cartel instaurados **	N/A	N/A	5	4	5	3	14
Buscas e Apreensões***	7	4	0	19	84	93	24
Sanções impostas	5	8	10	5	8	6	3
Multas estipuladas (em milhões de dólares)	418	1 833	0	1	2 495	60 485	61 199

\* Janeiro a Setembro.

\*\* Estes números representam investigações em seu estágio mais completo, ou seja, "processos administrativos". Um processo administrativo é a terceira fase no processo de investigação na SDE, após o "procedimento administrativo" e a "averiguação preliminar".

\*\*\* Mandados de busca e apreensão cumpridos.

### 2.1.1.1. O programa de leniência

O Brasil tem um programa de leniência ativo, que vem resultando em novas propostas de acordos de leniência e de casos<sup>14</sup>. A estrutura de tal programa se assemelha à existente em vários outros países. O artigo 35-B da Lei de Defesa da Concorrência é o dispositivo legal que permite a celebração de acordos de leniência. Esse artigo prevê que a SDE pode celebrar acordos com pessoas físicas e jurídicas participantes de um cartel e que, dependendo das circunstâncias, isso pode resultar em imunidade administrativa total aos proponentes ou pode reduzir as sanções aplicáveis em um a dois terços. O candidato deve preencher as seguintes condições:

*i. A empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; ii. a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; iii. O proponente não pode ter estado à frente da conduta tida como infração caracterizada; iv. O proponente deve concordar em cooperar plenamente com a investigação; v. A cooperação deve resultar na identificação dos outros membros da conspiração e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada; vi. No momento da propositura do acordo, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente.*<sup>15</sup>

O grau em que o proponente estará dispensado das sanções aplicáveis à infração dependerá do nível de conhecimento prévio da SDE sobre o suposto cartel. A imunidade total é aplicável se a SDE não tiver qualquer conhecimento da atividade ilegal; a leniência parcial, que prevê redução de até dois terços da multa prevista, é conferida se a SDE tiver algum conhecimento prévio da conduta. No entanto, neste caso, se a multa for aplicada, ela não poderá ser superior à menor multa aplicada a qualquer outro participante do cartel. Um acordo de leniência firmado com uma empresa pode ser estendido aos seus representantes e funcionários, caso eles também o assinem e sejam observadas as demais condições acima descritas. A concessão de leniência no âmbito deste programa também exclui o requerente de processo criminal pela mesma conduta no âmbito da Lei Federal de Crimes contra a Ordem Econômica.<sup>16</sup> Porém, esse benefício não se estende a outros dispositivos penais, como seria o caso de extorsão e fraude, que podem se aplicar a essa conduta. O proponente, ademais, não fica excluído de possível responsabilidade por danos em uma ação civil.<sup>17</sup>

O artigo 35 prevê, ainda, a possibilidade de concessão de “leniência plus”, que também faz parte de programas de leniência de outros países. Um candidato que não se qualificar para a leniência em um determinado cartel, mas que revelar à SDE a existência de um segundo cartel, torna-se elegível

para receber leniência plena para o segundo cartel e uma redução de até um terço da pena aplicável ao primeiro. Por fim, conquanto a SDE, principal responsável pela investigação de condutas anticoncorrenciais dentro do SBDC, tenha autoridade para firmar um acordo de leniência por conta própria, cabe ao CADE tomar a decisão final acerca da sanção aplicável, dispensando a aplicação da sanção ao beneficiário da leniência ou reduzindo-lhe as penalidades, a depender do fato de ter a SDE conhecimento prévio da conduta.

O SBDC continua a atualizar o seu programa de leniência. O programa brasileiro, como o de alguns outros países, oferece leniência apenas para o primeiro participante de cartel que se apresenta às autoridades. Isso pode ter um forte efeito desestabilizador sobre o conluio, criando um incentivo entre os participantes para que sejam os primeiros a se apresentar, especialmente em situações em que haja um crescente receio de que o cartel possa ser descoberto. Pode ocorrer de um candidato não ter informações suficientes para se qualificar totalmente a um pedido de leniência em um primeiro momento. Em 2006, o SBDC criou um “sistema de senhas”, novamente a exemplo do encontrado em outros países, por meio do qual um candidato pode garantir seu lugar na fila de leniência simplesmente fazendo um pedido inicial, informal, à SDE, e provendo algumas informações básicas.<sup>18</sup> É preciso que essa proposição inicial seja posteriormente aperfeiçoada, fornecendo informações mais detalhadas no prazo de 30 dias, e o acordo final de leniência deve ser negociado no prazo de seis meses.<sup>19</sup> Em 2008, a SDE publicou um Modelo de Acordo de Leniência e o Guia do Programa de Leniência e o SBDC publicou uma cartilha para o público, denominada *Cartilha sobre Combate a Cartéis e Programa de Leniência*.<sup>20</sup>

Entre 2003 e 2009, a SDE firmou 15 acordos de leniência e outros estavam sendo negociados. Aproximadamente 60% desses acordos foram firmados com partes envolvidas em cartéis internacionais, em situações em que elas assinaram acordos de leniência em outros países. Houve também alguns processos referentes a cartéis nacionais que resultaram de acordos de leniência. Talvez o mais notável deles tenha sido o cartel de prestação de serviços de segurança (o denominado Cartel dos Vigilantes), descrito abaixo. A SDE tem sido particularmente pró-ativa na promoção do programa de leniência. A Secretaria enviou cartas para 1.000 empresas no Brasil, informando-as do programa de leniência, o que incentivou várias delas a se apresentar e discutir sua elegibilidade. Também conduziu uma missão internacional, no âmbito da qual foram realizadas reuniões com escritórios de advocacia em Washington e Bruxelas, informando-os das consequências da persecução da infração de cartel no Brasil, incluindo um possível processo penal, a que estavam sujeitos os executivos estrangeiros envolvidos em cartel que afetasse o mercado brasileiro.

### 2.1.1.2. Acordos de cessação da investigação em casos de cartel (Termo de Compromisso de Cessação de Prática)

O artigo 53 da Lei de Defesa da Concorrência permite ao CADE celebrar acordos em casos de conduta para encerrar um processo administrativo (Termos de Compromisso de Cessação - TCCs), mas tal Lei inicialmente previa que isso não era aplicável aos casos de cartel. Isso mudou com a alteração da Lei de Defesa da Concorrência ocorrida em 2007.<sup>21</sup> Um Representado pode propor um acordo a qualquer tempo durante o processo, esteja a investigação na SDE ou no CADE. O CADE tem competência exclusiva para negociar tais acordos, embora a SDE possa fazer recomendações ao CADE acerca de seus termos. Em 2009, o CADE criou uma Comissão especializada, cujos membros conduzem todas as negociações de acordos em casos de conduta.<sup>22</sup> Em um caso com vários Representados, um único acusado pode chegar a um acordo, sendo que o processo continuará contra os demais investigados.

Os Representados têm uma única oportunidade para chegar a um acordo com a autoridade antitruste. Esse acordo deve ser alcançado no prazo de 30 dias, a partir do início das negociações, com a possibilidade de uma única prorrogação por mais 30 dias. Os acordos podem ser alcançados com ou sem a admissão de culpa (*nolo contendere*), a critério do CADE. Contudo, se o processo tiver sido iniciado por meio de um acordo de leniência, o Representado deve admitir a culpa. O acordo irá prever o montante da contribuição pecuniária, que não deve ser inferior à multa mínima fixada na Lei de Defesa da Concorrência (1% do faturamento bruto da empresa no ano anterior). O acordo pode também exigir outras ações por parte do Representado, tais como medidas necessárias para cessar a suposta infração ou a criação de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica. O acordo se restringe apenas à responsabilidade administrativa. Um Representado que não seja beneficiário de um acordo de leniência deve lidar com os promotores federais e estaduais, em uma análise caso a caso.

Até o momento, acordos para a cessação da investigação em casos de conduta foram celebrados em cinco casos de cartel. Três deles são recentes, um envolvendo um cartel internacional de mangueiras marítimas, o segundo, um cartel internacional de compressores e o terceiro envolvendo auto-escolas. Em 2007, o CADE firmou, em casos separados, acordo com duas empresas que também operam no mercado internacional, quais sejam nas indústrias de cimento e de carne.

### 2.1.1.3. Ação penal em casos de cartel

Em um período relativamente curto, o Brasil desenvolveu um programa para processar criminalmente os cartéis, programa esse que o posiciona entre os países mais atuantes nesta área. A violação à Lei de Defesa da Concorrência é uma infração administrativa, mas a conduta de cartel também é uma violação à Lei de Crimes contra a Ordem Econômica.<sup>23</sup> O artigo 4º, parágrafo II, desta Lei, aponta como crime: os acordos entre concorrentes para fixar preços ou quantidades, dividir mercados ou controlar o fornecimento ou os canais de distribuição.<sup>24</sup> A lei criminal se aplica apenas aos indivíduos e não às empresas. As violações são puníveis com multa e reclusão de dois a cinco anos. O SBDC não tem competência legal para aplicar a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, sendo isso da competência dos Ministérios Públicos Federal e Estadual (existem 26 Estados e um Distrito Federal no Brasil). Embora a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica seja uma lei federal, os promotores de justiça, que atuam na esfera estadual, também têm jurisdição e competência para dar-lhe aplicação.

Os dados sobre processos penais referentes a cartéis são, infelizmente, incompletos. Ainda assim, o SBDC relata que trinta e quatro indivíduos foram condenados criminalmente desde que a iniciativa começou. A maioria desses indivíduos estava envolvida em conluíus locais ou regionais, particularmente em cartéis na revenda de combustíveis. Destes, dez receberam sentenças de prisão, mas nenhuma dessas sentenças foi cumprida até a presente data, pois todos os casos estão em fase recursal. O SBDC também afirma que, até o final de 2009, cerca de 100 executivos estavam sendo formalmente acusados de crime de formação de cartel ou estavam sob investigação por tal atividade criminosa.

O SBDC e as autoridades em âmbito federal e estadual que apuram práticas de cartéis mantêm estreitas relações de trabalho. Uma lei de 2002 permite que a Polícia Federal auxilie o SBDC em investigações de cartéis, nos casos em que a conduta tiver efeitos interestaduais ou internacionais.<sup>25</sup> A SDE e a Polícia Federal firmaram um acordo de cooperação, renovado em 2008, que prevê o intercâmbio de informações e de assistência técnica entre esses órgãos. Esse acordo também cria um Grupo de Trabalho composto por dois representantes de cada instituição, cujas responsabilidades são: "(i) coordenar a troca de informações, documentos e experiências entre os órgãos e (ii) a criação de um Centro de Investigação de Cartel, que terá por intuito aproveitar as sinergias nos trabalhos desenvolvidos no que tange às condutas anticoncorrencias...". A polícia auxilia ativamente a SDE em suas investigações de cartéis, e em particular na realização de operações de busca e apreensão.

Um efeito interessante dessa cooperação resulta do fato de a lei penal brasileira autorizar a prisão temporária de indivíduos (por até cinco dias, com a possibilidade de uma extensão por mais cinco dias) no momento da realização de buscas e apreensões nas sedes das empresas, com a finalidade de impedir a destruição ou a alteração de provas. O SBDC relata que, em 2007, 30 pessoas foram presas em investigações de cartéis com fundamento nesse dispositivo legal, e que esse número subiu para 53 em 2008. Em um caso em 2007, referente a suposto cartel na revenda de combustíveis em Belo Horizonte - a terceira maior área metropolitana do Brasil - , 250 policiais e agentes do SBDC participaram das operações de busca e apreensão em 42 empresas. Vinte e três pessoas foram detidas temporariamente. Essa medida é exercida por meio de mandados judiciais de prisão emitidos após a requisição do Ministério Público, mas a SDE raramente o faz em suas investigações. É mais provável que isso seja utilizado pelo Ministério Público em casos iniciados de forma independente por este órgão, como descrito abaixo.

A SDE e os membros dos Ministérios Públicos Federal e Estadual trabalham em conjunto, de forma muito próxima. Quando a SDE inicia uma investigação de cartel, rotineiramente ela solicita aos promotores que iniciem uma investigação criminal paralela. Os promotores também são convidados a assinar acordos de leniência, garantindo assim que o Beneficiário não estará sujeito a processo criminal paralelo. Em 2008, o Ministério Público do Estado de São Paulo criou uma unidade especial para investigar cartéis e cooperar com a SDE em investigações penais e administrativas conjuntas. Este acordo tornou-se um modelo de cooperação entre a SDE e o Ministério Público de outros Estados. Atualmente existem acordos entre a SDE e o Ministério Público de 23 Estados. Estes acordos culminaram na Estratégia Nacional de Combate a Cartéis - ENACC, criada em outubro de 2009 como parte do segundo Dia Nacional de Combate a Cartéis. Duzentos promotores e policiais de diferentes Estados brasileiros se reuniram para discutir a implementação da legislação criminal de combate a cartéis no país. Ao final do evento, as principais autoridades assinaram a "Declaração de Brasília", dedicada a reafirmar e reforçar a cooperação entre essas autoridades no programa nacional de combate a cartéis.

Independentemente do SBDC, os Ministérios Públicos Federal e Estadual podem iniciar processos de investigação de condutas anticoncorrenciais com fundamento na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica. Embora os dados correspondentes a esses casos não se encontrem disponíveis, verifica-se que essa prática é relativamente comum. Os promotores não são obrigados a notificar o SBDC quando iniciam tais processos, mas os esforços são crescentes no sentido de melhorar a coordenação entre os órgãos nesses casos, por meio da ENACC, descrita acima.

### Quadro 1. Casos recentes e significativos de cartel

#### 2009: Compressores utilizados em refrigeração <sup>26</sup>

Este caso recente, que envolve um suposto cartel internacional, foi iniciado como resultado de um acordo de leniência firmado com a SDE. Posteriormente, houve operações de buscas e apreensões simultâneas realizadas no Brasil, nos Estados Unidos e na Europa, visando os suspeitos de participação no cartel. Mais de 60 agentes da SDE, da Polícia Federal e membros do Ministério Público Federal conduziram a operação no Brasil. Observadores consideraram o caso um marco no programa brasileiro de combate a cartéis. Um autor brasileiro observou: "Foi a primeira vez que as autoridades antitruste brasileiras desempenharam um papel de maior destaque em uma investigação de cartel internacional e é, possivelmente, o início de uma nova era global anticartéis. Foi também o ápice de um processo evolutivo constante de aplicação da legislação de defesa da concorrência no país."<sup>27</sup>

Três subsidiárias brasileiras da fabricante americana de eletrodomésticos Whirlpool chegaram a um acordo com o CADE, pelo qual a empresa pagaria uma contribuição pecuniária de R\$ 100 milhões (cerca de US\$ 58,7 milhões), e seis executivos pagariam contribuições totalizando R\$ 3 milhões (US\$ 1,8 milhões). Estas foram as maiores multas estipuladas e pagas até a presente data em um processo de cartel. Como resultado do acordo, os acusados admitiram culpa, mas não foi requisitado uma maior cooperação deles ao longo da investigação, fato este que gerou críticas por parte de alguns setores.<sup>28</sup> O CADE esclarece que o SBDC já estava de posse de uma grande quantidade de elementos de prova sobre o cartel e, portanto, uma possível cooperação adicional dos acusados traria ganho apenas marginal para a produção de provas. Ao invés disso, optou-se por maximizar a contribuição pecuniária, pelo seu efeito dissuasório. O processo contra os outros acusados continua em tramitação.

#### 2008: Areia para construção <sup>29</sup>

O CADE concluiu que quatro empresas envolvidas na mineração de areia utilizada na construção civil no Estado do Rio Grande do Sul estavam envolvidas em um cartel de fixação de preços. Juntas, elas haviam contratado uma empresa de consultoria para realizar estudos comparativos sobre os preços entre as partes. O estudo analisou fatores como a distância entre as minas das empresas e seus depósitos (o transporte pode ser um componente importante no custo do produto a granel), e, em seguida, os preços recomendados para cada um, de modo a minimizar a migração de clientes entre eles. A evidência da combinação entre os Representados foi feita através de documentos internos, registros de telefone e depoimentos orais.

O CADE aplicou multas que variaram entre 10% e 22,5% do faturamento de 2005 das quatro empresas, incluindo a empresa de consultoria.

**2007: Serviços de segurança (Vigilantes)** <sup>30</sup>

O CADE concluiu que dezesseis empresas, três associações comerciais e dezoito indivíduos participaram de um conluio de longa duração em licitações no mercado de prestação de serviços de segurança privada no Estado do Rio Grande do Sul. Essa investigação resultou do primeiro acordo de leniência celebrado pela SDE. As evidências das irregularidades incluíram as provas fornecidas pelo beneficiário da leniência, bem como os registros de áudio de conversas telefônicas e documentos recolhidos em operações de busca e apreensão. As evidências mostraram que, desde 1990, as empresas estavam envolvidas em práticas concertadas, dividindo os contratos entre si e adotando preços predatórios para punir aquelas empresas que se desviavam das regras do cartel.

As partes envolvidas realizavam reuniões periódicas na sede da associação comercial, em restaurantes e até em churrascos de confraternização, a fim de manipular os resultados das licitações públicas. Os participantes desse cartel tentaram manipular os requisitos que uma empresa tinha que cumprir para se habilitar para as licitações. As associações de classe e o sindicato das empresas de segurança privada colaboraram notificando funcionários do governo sobre irregularidades trabalhistas em empresas que não faziam parte do cartel.

O CADE aplicou uma multa de 15% sobre o faturamento bruto das empresas no ano de 2002 com um acréscimo de 5% para os líderes do cartel. Os administradores foram multados entre 15% e 20% da penalidade que havia sido aplicada às suas empresas. As multas totalizaram R\$ 40 milhões (US\$ 23 milhões). Além disso, as empresas foram proibidas de participar de licitações públicas e de firmar contratos com instituições financeiras oficiais, por um período de cinco anos. Este foi o primeiro caso em que esta sanção foi imposta.

**2005: Britas** <sup>31</sup>

Este caso envolveu um suposto cartel no mercado de brita, uma matéria-prima essencial utilizada na construção civil. Os acusados eram uma associação de classe e 21 empresas associadas, que juntas controlavam cerca de 70% da brita produzida no Estado de São Paulo. Após uma denúncia anônima, em 2003, a SDE realizou uma operação de busca e apreensão na sede do sindicato, que consistiu na primeira diligência dessa natureza após as alterações na Lei de Defesa da Concorrência ocorridas em 2000. A operação foi altamente produtiva. Foram coletados documentos que evidenciavam que os participantes se reuniam regularmente no escritório da associação, onde eram mantidos dados sobre preços e vendas diárias em um computador. Nas reuniões, as empresas fixavam os preços, repartiam clientes, fraudavam o caráter competitivo de licitações públicas e criavam mecanismos sofisticados para punir os membros que se desviavam do acordo.

A linguagem de alguns dos documentos era especialmente interessante. Os membros da associação se intitulavam de "O Grupo". O Grupo estabeleceu uma missão formal, parte da qual era "organizar o mercado". Os participantes concordaram em "respeitar os clientes [um do outro]". O Grupo elencava seus "valores", que eram

“integridade, confiança, respeito e harmonia”. O cartel estabelecia preços com metas específicas, que foram alcançadas. Os preços tinham declinado na década de 1990, até o cartel ser formado em 1999. Uma análise dos preços feita pela SDE mostrou que, em 2001, houve um aumento de cerca de um terço no preço do produto.

Após a conclusão da investigação, a SDE recomendou ao CADE que condenasse o sindicato e dezoito empresas por formação de cartel. O CADE assim o fez e multou as empresas em 15 a 20% do total de seus faturamentos de 2001. Houve uma forte cooperação entre o SBDC e os promotores de justiça ao longo de todo o caso, o que levou à instauração de processos criminais contra alguns dos indivíduos. Os processos penais foram todos resolvidos com o pagamento de multas.

Alguns dos acusados do processo em trâmite no SBDC apelaram da decisão do CADE nos tribunais. A decisão do CADE até agora tem sido acolhida pelos tribunais, mas a fase recursal ainda não foi concluída.

#### 2.1.1.4. Advocacia da concorrência em casos de cartéis

O SBDC tem sido particularmente ativo na disseminação de seu programa de combate a cartéis ao público. Além da cartilha acima indicada, referente ao programa de leniência, a SDE publicou outras cartilhas semelhantes em 2008 e 2009 sobre “Combate a cartéis em licitações”, “Combate a cartéis em sindicatos e associações” e “Combate a cartéis na revenda de combustíveis”. Além disso, foi publicada uma revista em quadrinhos para crianças, com os personagens da série mais popular do país (Turma da Mônica), contando a estória de um cartel entre bancas de limonada.

A SDE também criou, em março de 2008, uma ferramenta chamada “Clique Denúncia”, permitindo que os cidadãos brasileiros forneçam pistas confidenciais sobre quaisquer atividades suspeitas de cartel, diretamente no site da SDE. Mais de 300 denúncias foram recebidas até setembro de 2009, sendo que cerca de 70% delas eram relacionadas a cartéis. Em 2008, um Decreto Presidencial criou o Dia Nacional de Combate aos Cartéis no Brasil, a ser celebrado todos os anos em 8 de outubro, o dia em que o primeiro acordo de leniência foi assinado, em 2003. Nesse dia realizou-se uma campanha em sete importantes aeroportos do país, em que 450.000 cartilhas e outros materiais foram distribuídos. O segundo Dia Nacional de Combate a Cartéis contou com a presença de altas autoridades do governo brasileiro - incluindo o Presidente e o Vice-Presidente da República -, além de importantes autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos, da Comissão Europeia e de Portugal, e também ensejou a reunião de representantes dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, conforme descrito acima.

Em julho de 2009, a SDE e a OCDE atuaram em conjunto em um programa chamado “Oficinas de Combate a Cartéis em Licitações”, que foi desenvolvido em cinco cidades brasileiras. Em cada cidade, houve duas sessões de treinamento para detectar e reprimir o conluio entre licitantes: uma destinada a pregoeiros, membros de comissões de licitação e agentes diretamente relacionados a compras públicas, e outra para investigadores criminais. Mais de 600 agentes foram treinados. Como parte da iniciativa contra cartéis em licitações, a SDE lançou seu “Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações”<sup>32</sup>, descrevendo a metodologia da SDE para analisar cartéis em licitações e condutas relacionadas. A SDE assinou acordos de cooperação com outros três órgãos – o Tribunal de Contas da União e a Controladoria-Geral da União, que conduzem auditorias nos contratos do governo federal, e o Observatório da Despesa Pública, que se concentra nas ocorrências de fraude e corrupção no governo –, com a finalidade de expandir o programa de combate a cartéis em licitações. Finalmente, por indicação da SDE, o Ministério do Planejamento publicou, em setembro de 2009, um regulamento que obriga os participantes de licitações públicas federais a apresentar uma Declaração de Elaboração Independente de Propostas, afirmando que eles não se envolveram em conluio com concorrentes. A declaração foi baseada em um modelo produzido pela SDE com a colaboração da OCDE<sup>33</sup>.

#### 2.1.1.5. O programa de combate a cartéis e a comunidade empresarial

A nova ênfase do SBDC na persecução de cartéis ganhou a atenção da comunidade empresarial, especialmente das grandes empresas e corporações. Os executivos estão cada vez mais conscientes da sua potencial responsabilização criminal em caso de participação em cartéis, incluindo prisão. A possibilidade de imposição de pesadas multas para as empresas tem sido uma força motriz para o crescente número de pedidos de leniência. Outro estímulo tem sido a possibilidade de que uma empresa seja proibida de fazer negócios com o governo, se condenada pela prática de cartel.

A SDE recebe elogios pela sua agressividade, apesar de alguns profissionais acharem que, por vezes, seu comportamento é demasiadamente agressivo. Tais profissionais criticam o uso da prisão temporária no início de uma investigação, como descrito acima, mas, como relatado, essa medida raramente é usada nas investigações da SDE. Há críticas quanto aos atrasos entre a abertura de um processo na SDE, muitas vezes por meio da realização de buscas e apreensões, e sua conclusão. Também é dito que a SDE é melhor em iniciar os casos do que em finalizá-los. A SDE vem

lidando com esse problema, conforme discutido abaixo no item 3.2. Todos reconhecem que o problema da SDE é, fundamentalmente, a falta de pessoal.

As discussões judiciais iniciadas pelas próprias empresas são outra fonte de atraso. Nos últimos anos, os Representados têm crescentemente tentado bloquear as investigações questionando-as nos tribunais, com fundamentos de cunho processual. As empresas também entendem que podem atrasar por um tempo significativo a imposição de sanções finais em um processo de cartel se recorrerem das decisões do CADE junto aos tribunais. Como discutido no item 3.7 abaixo, muitas das multas impostas pelo CADE não foram pagas porque os casos estão em fase recursal. Ainda assim, as empresas, especialmente as que operam internacionalmente, estão cada vez mais dispostas a discutir acordos com o CADE, principalmente para resolver um caso completamente e remover incertezas. No entanto, os indivíduos ainda estão relutantes em considerar a celebração de acordos com o CADE, por conta da eventual responsabilidade criminal que eles enfrentariam. Como mencionado acima, parece haver um aumento da coordenação entre a SDE e o Ministério Público com a finalidade de eliminar essa incerteza, ao menos para o programa de leniência.

### 2.1.2. *Acordos horizontais à exceção de cartéis*

O SBDC analisou poucos casos de acordos horizontais que não configurem cartéis. Isso se deve em parte ao fato de que o Sistema classifica como cartéis alguns casos que poderiam ser considerados como casos que não configuram cartéis. Como mencionado anteriormente, a regra *per se* não é aplicável no Brasil. Assim, em todos os casos, algum grau de poder de mercado deve ser demonstrado, embora em casos de cartéis clássicos aparentemente apenas uma demonstração mínima é exigida.

O SBDC há muito tempo tem se mostrado atuante no setor de planos de saúde, em que há um ativo setor privado que complementa o serviço público de saúde. Em 2006, o CADE analisou quatro casos envolvendo a emissão de tabelas de preços sugeridas por associações de profissionais médicos. Um desses casos foi efetivamente um cartel. Um grupo de anesthesiologistas no Estado da Bahia publicou uma tabela que efetivamente aumentava seus honorários médicos para as operadoras de planos de saúde. Quando uma operadora protestou, duas cooperativas simultaneamente cancelaram seus acordos existentes, por meio de cartas idênticas preparadas na mesma máquina de escrever. O CADE multou as cooperativas em um montante total de US\$ 94.000,00.<sup>34</sup>

A SDE iniciou investigação acerca dos efeitos de acordos de exclusividade entre a Visa e a operadora de sua rede de processamento. Originalmente, os grandes bancos mantinham suas redes próprias de cartão de crédito, que evoluíram para duas redes separadas, mas exclusivas, uma para a Visa e outra para a MasterCard. Para poderem operar com ambas as bandeiras de cartão, bancos e comerciantes se vêem obrigados a fazer parte das duas redes. Como parte da função de advocacia da concorrência desempenhada pelo SBDC, a SEAE e a SDE, juntamente com o Banco Central, apresentaram propostas de reforma para essa indústria, que incluíam eliminar as exigências de exclusividade. Recentemente, a MasterCard assim o fez, e, em dezembro de 2009, o CADE chegou a um acordo com a Visa em que este concordava em suspender suas cláusulas de exclusividade, bem como acelerar o processo de integração de novas redes.

### 2.1.3. *Acordos verticais*

O SBDC julga muito poucas restrições verticais que não sejam também consideradas como abusos de posição dominante. Uma delas, no entanto, decidida em 2008, envolvia acordos de exclusividade entre a Odebrecht, empresa de construção civil, e os quatro principais fornecedores de turbinas de hidrelétricas, General Electric, Alstom, Siemens e Voith Madeira, que proibia tais empresas de turbinas de participar com outros consórcios em uma licitação de R\$20 bilhões para a concessão de uma hidrelétrica. Após a investigação, a SDE adotou uma medida preventiva que suspendia tais acordos de exclusividade. A Odebrecht contestou judicialmente tal decisão, mas antes que a Justiça se pronunciasse, a empresa negociou um acordo com o CADE, que resultou no cancelamento de tais acordos de exclusividade. A Odebrecht acabou por vencer o leilão, mas devido ao fato de a ordem do CADE ter permitido a participação de outros licitantes no certame, o preço contratado foi significativamente menor do que o previsto se essa alteração não tivesse ocorrido. O preço final foi substancialmente inferior ao preço de reserva, e estimou-se que a economia total para os consumidores brasileiros, ao longo dos 30 anos do período da concessão, foi de aproximadamente R\$16,4 bilhões (US\$ 9,4 bilhões).

### 2.1.4. *Abuso de posição dominante*

O SBDC regularmente examina denúncias de abuso de posição dominante apresentadas por particulares. Em um número significativo dessas denúncias, o SBDC posiciona-se por sua improcedência. A SDE também inicia regularmente, por iniciativa própria, investigações referentes a essa conduta anticoncorrencial. Os dados na tabela abaixo dizem respeito a casos que chegaram à fase de Processo Administrativo.

**Tabela 2. Casos de abuso de posição dominante**

	2005	2006	2007	2008	2009*
Casos abertos**	18	13	11	15	22
Casos condenados	19	3	17	11	7
Multas aplicadas (US\$ milhões)	0	0	0	0	***205.6

\* Janeiro a Setembro.

\*\* Processos Administrativos.

\*\*\* Em um caso, a AmBev, descrito abaixo (veja [Quadro 2](#)).

Vários casos do SBDC referentes a abusos de posição dominante envolveram a Unimed, uma cooperativa de médicos e uma das maiores empresas de plano de saúde no Brasil. Há filiais da Unimed em quase todas as cidades ou municípios do país. As filiais, que atuam de forma independente, contratam com médicos e hospitais locais a prestação de serviços de saúde, e muitas vezes esses acordos contêm previsão de exclusividade, ou seja, os médicos não estão autorizados a se filiar a qualquer outro plano de saúde. É comum que mais de 50% dos médicos de uma comunidade sejam associados à Unimed. O SBDC analisa estes acordos cidade a cidade e, onde a participação de mercado da Unimed é alta, o CADE proíbe os acordos de exclusividade. Entre 1994 e 2008, o CADE examinou mais de 60 desses casos. Um segundo tipo de caso de abuso de posição dominante que é relativamente comum envolve *sham litigation* - a proposição de supostos processos judiciais sem fundamento para fins de exclusão de concorrentes. No período de 2005 a 2008, a SDE deu início a nove investigações desse tipo em vários setores, incluindo de produtos farmacêuticos e autopeças. Todos ainda estão sob análise no âmbito do SBDC.

Preços abusivos ou excessivos são considerados um abuso de posição dominante e uma violação ao artigo 20 da Lei de Defesa da Concorrência. Uma disposição específica do artigo 30 de tal diploma legal exige que a SDE inicie um Processo Administrativo (desconsiderando a fase da Averiguação Preliminar) sempre que for solicitada a fazê-lo por uma das casas do Congresso Nacional. O Congresso tem feito regularmente esses pedidos envolvendo possíveis preços abusivos de medicamentos. No início da década, a SDE abriu dezenas dessas investigações, mas elas permaneceram na Secretaria por algum tempo. A SDE tem feito um esforço concentrado para eliminar esse estoque, o que resultou na análise pelo CADE de 55 Processos Administrativos dessa natureza (não mostrados na tabela acima), no período 2005 a 2008. A SDE e o CADE destacaram a aplicação de uma metodologia econômica para esses casos, e em nenhum deles o CADE constatou uma violação concorrencial. Na verdade, o CADE nunca encontrou uma conduta de abuso de posição dominante com base em preços abusivos.

Nos últimos anos, o CADE decidiu dois casos que envolviam "cláusulas de raio" impostas pelos grandes *shoppings centers* a seus lojistas, proibindo o locatário de abrir uma loja dentro de determinada distância do *shopping center*. Em ambos os casos, a restrição foi considerada ilegal e os Representados foram obrigados a retirar tal cláusula. Os casos tendem a girar em torno da definição de mercado, como em muitos casos de posição dominante. Assim, em um caso, o mercado relevante foi determinado como "mercado de *shopping centers* de alto luxo" em determinadas regiões de São Paulo. As decisões do CADE em ambos os casos foram contestadas judicialmente. Os tribunais de primeira instância confirmaram as decisões do CADE, mas os recursos continuam.<sup>35</sup>

O CADE decidiu quatro casos relacionados ao setor de telecomunicações no período de 2005 a 2009. Um deles envolvia um acordo entre a Telemar, uma prestadora de serviços de telefonia fixa, e uma empresa editora de listas telefônicas. O autor da denúncia foi outro editor independente de listas telefônicas que dispunha anteriormente da mesma relação contratual com a Telemar. O CADE concluiu que o novo arranjo era simplesmente o resultado da concorrência pelo mercado e não era anticoncorrencial em si. No entanto, o CADE mostrou-se preocupado com que a continuação do acordo pudesse resultar em dominação de mercado pelo novo entrante e recomendou à SDE que analisasse de maneira mais ampla a relação entre prestadores de serviços de telefonia e as editoras de listas telefônicas.

Em outros dois casos envolvendo a Telesp, uma prestadora de telefonia fixa no Estado de São Paulo, o CADE considerou que a Telesp tinha adotado tratamento discriminatório contra um provedor de Internet e uma prestadora de telefonia de longa distância no acesso à sua rede. O CADE determinou que o acesso fosse garantido de forma não-discriminatória. O quarto caso de telecomunicações envolveu a Globosat, fornecedora de programação para televisão, que tinha acordos de exclusividade com os eventos esportivos mais atraentes, especialmente os campeonatos de futebol. A Globosat é afiliada ao Grupo Globo, o maior grupo de mídia do Brasil, que provê serviços tanto de TV aberta como de TV por assinatura, por cabo e satélite. O CADE constatou que tais acordos prejudicaram a concorrência no mercado de transmissão em rede de eventos esportivos (mercado a montante) e na oferta de televisão por satélite a varejo (mercado a jusante). Nos termos do acordo com o CADE, a Globosat teve de abandonar os seus direitos de exclusividade sobre alguns dos eventos, incluindo campeonatos de futebol, por um período de três anos, e cessar os contratos de exclusividade com o canal Sport TV, o principal canal esportivo do país.

## Quadro 2. AmBev

O SBDC tem uma longa e interessante história com a AmBev, a maior produtora de cerveja do país. A AmBev é produto de uma fusão ocorrida em 2000 entre as duas maiores cervejarias do Brasil à época, Brahma e Antarctica, que controlavam cerca de 50% e 25%, respectivamente, das vendas nacionais de cerveja. A transação atraiu grande interesse e claramente apresentou significativos problemas competitivos. Houve divergências dentro do SBDC sobre qual o remédio adequado. O CADE finalmente decidiu requerer a alienação de uma das marcas menores controladas pelas duas empresas, juntamente com outros remédios comportamentais desenhados para promover o ingresso ou a expansão de marcas menores. Houve algumas entradas de concorrentes no mercado, e estudos de acompanhamento após a fusão sugeriram que os preços realmente diminuiriam, pelo menos no curto prazo, mas a AmBev continua a controlar cerca de 70% do mercado brasileiro de cerveja. Nos últimos anos, a AmBev filiou-se, por meio de atos de concentração, a várias outras cervejarias internacionais (incluindo a maior cervejaria da Argentina), e hoje é uma subsidiária da Anheuser-Busch InBev, com sede na Bélgica, a maior cervejaria do mundo.

Em 2004, a SDE deu início a Processo Administrativo contra a AmBev, relativo a um programa de fidelidade que a companhia instituiu. O programa atribuía pontos aos estabelecimentos de varejo, baseado em suas compras de cervejas da AmBev, que poderiam ser trocados por brindes. Por este lado, o programa não era exclusionário, mas a investigação, que incluiu uma inspeção que produziu importantes provas documentais, revelou que, na prática, a AmBev efetivamente exigia dos varejistas que comprassem exclusivamente suas cervejas para participar do referido programa. Em 2009, o CADE deliberou que tal conduta era um abuso de posição dominante, determinando à AmBev que encerrasse o programa e aplicando à empresa multa no valor de 2% de seu faturamento total no Brasil em 2002. A multa foi de cerca de R\$353 milhões (US\$ 206 milhões), a maior já imposta pelo CADE.

O CADE está atualmente analisando um segundo caso contra a AmBev. Grande parte da cerveja vendida no Brasil é embalada em garrafas reutilizáveis. As garrafas têm um tamanho padrão (600 ml), permitindo que os fabricantes de cerveja do país possam coordenar a sua reciclagem (para reutilização). A AmBev introduziu recentemente uma garrafa de 630 ml, sendo que seus concorrentes menores reclamaram que isso iria aumentar os seus custos de reciclagem. A SDE adotou uma medida preventiva, que proibia a AmBev de introduzir a nova garrafa enquanto o processo continuasse. A AmBev recorreu dessa decisão ao CADE, o que é admissível no âmbito da lei de defesa da concorrência (ver item 3.2 abaixo). O CADE suspendeu parcialmente a ordem, restringindo a área geográfica em que a AmBev poderia introduzir a garrafa e a obrigou a criar um programa temporário de trocas sob o qual a AmBev iria absorver a maior parte dos custos adicionais. A decisão final sobre o caso ainda não foi proferida.

## 2.2. *Atos de concentração*

### 2.2.1. *Regras substantivas*

A previsão de controle, na Lei 8.884, dos atos de concentração encontra fundamento no artigo 54:

*Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de toda forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.*

Essa linguagem parece incluir todos os atos de concentração, não somente as fusões. Em 2001, SEAE e SDE publicaram em conjunto um Guia para a Análise Econômica de Atos de Concentração que, por suas condições, só se aplica às concentrações horizontais. O Guia confirma, no entanto, que o artigo 54 também se aplica para o controle de outras operações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes e de bens e serviços, tais como acordos horizontais entre concorrentes. A grande maioria das notificações apresentadas, no entanto, envolveram fusões.

O artigo 54 não contém determinações específicas que estabeleçam os critérios substantivos a serem empregados na análise dos atos de concentração. Contudo, o parágrafo primeiro do artigo prevê que os atos de concentração que possuam os quatro atributos a seguir podem ser aprovados:

1. e tiverem por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumento da produtividade; b) melhoria da qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
2. se os benefícios decorrentes forem eles distribuídos equitativamente entre os seus participantes, por um lado, e entre os consumidores ou usuários finais, por outro;
3. se não implicarem na eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços;
4. se forem observados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados.

Esta linguagem pode ser interpretada da seguinte forma: o ônus de mostrar que a transação é economicamente benéfica recai sobre as partes do ato de concentração. Na prática, porém, o CADE não tem imposto tal

exigência, intervindo apenas quando conclui que, em geral, haveria uma redução significativa da concorrência. O parágrafo é usado para proporcionar uma defesa com base nas eficiências, a ser aplicada somente aos casos de fusão que sejam considerados anticompetitivos.

O parágrafo 2º do artigo 54 contém uma disposição especial, que permite que as fusões a serem aprovadas satisfaçam apenas três dos quatro atributos enumerados no parágrafo 1º, "quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem em prejuízo ao consumidor ou usuário final". Tal disposição encontra-se presente de alguma forma nas legislações de controle de concentrações de diversos países, permitindo a aprovação de atos que de outra maneira seriam considerados anticoncorrenciais, mas que tenham fundamento em preponderante interesse nacional. Até o momento, no entanto, nenhuma operação no Brasil foi aprovada especificamente ao abrigo desta disposição.

O Guia para a Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE emprega análises tradicionais para os atos de concentração. Ele descreve cinco etapas do procedimento: (1) definição dos mercados relevantes de produto e geográfico, (2) determinação sobre se a participação de mercado da nova empresa formada é suficientemente ampla para permitir o exercício de poder de mercado; (3) avaliação da probabilidade do poder de mercado a ser exercido após a concentração, (4) exame das eficiências geradas pela operação, e (5) avaliação do efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico.

No primeiro passo, a definição de mercado, utiliza-se a metodologia para a definição dos mercados relevantes de produto e geográfico, que se baseia, principalmente, na substituição pelos consumidores como resposta a mudanças hipotéticas ocorridas no preço<sup>36</sup>. No segundo passo, o Guia descreve os níveis preocupantes de concentração de mercado quanto à possibilidade de exercício de poder de mercado, por duas formas: por uma única empresa, unilateralmente, quando essa empresa tem uma participação de mercado de pelo menos 20%, ou através de coordenação de empresas em um mercado em que o índice de concentração das quatro maiores empresas é de pelo menos 75% e a empresa resultante tem uma participação de mercado de pelo menos 10%. Se a concentração de mercado for superior a qualquer um desses níveis, a SEAE prosseguirá para o terceiro passo, considerando as condições de mercado relacionadas à probabilidade de exercício de poder de mercado. Essas condições incluem a possibilidade de aumento das importações, as condições de entrada e outros fatores que podem afetar a rivalidade. Se, após a conclusão da terceira etapa, a SEAE continuar a alimentar preocupações com respeito aos efeitos concorrenciais da operação, a análise prossegue considerando os ganhos de eficiência que a fusão pode

gerar, e finalmente a uma avaliação do efeito econômico líquido da operação.

O Guia não aplica explicitamente o índice Herfindahl-Hirschman (HHI) como uma medida de concentração. Porém, CADE e SEAE afirmam que o utilizam normalmente. O Guia também não se refere à teoria da defesa de empresa insolvente (*failing firm defence*), mas o CADE também tem considerado tal argumento em alguns casos, normalmente rejeitando-o. Finalmente, embora o CADE não tenha aprovado formalmente o Guia da SEAE/SDE, ele o trata como diretrizes não-vinculantes, e as suas disposições são freqüentemente citadas nas decisões do Conselho. Dois novos conjuntos de diretrizes, para concentrações horizontais e verticais, estão sendo discutidos no SBDC e suas aprovações são esperadas em 2010.

### 2.2.2. Notificação

Os atos de concentração propostos que atendam a certos limites mínimos devem ser notificados ao SBDC. As requerentes também devem pagar uma taxa de notificação de R\$ 45.000,00 (US\$ 26.000,00). As taxas são compartilhadas igualmente entre CADE, SDE e SEAE.

O parágrafo 3º do artigo 54 estabelece os critérios da notificação. As fusões que satisfaçam um desses dois critérios devem ser notificadas: a empresa ou grupo de empresas resultante tenha participação em vinte por cento (20%) de um mercado relevante, ou quando qualquer dos participantes da transação tenha registrado faturamento bruto anual equivalente a R\$400.000.000 (US\$232 milhões)<sup>37</sup>. Estes critérios têm sido submetidos a três críticas: (1) o critério do faturamento parecia aplicar-se ao faturamento mundial, dando ensejo a que uma fusão com impacto mínimo sobre o mercado brasileiro tivesse que ser notificada. (2) Uma vez que era necessário apenas que a empresa resultante tivesse determinada participação de mercado ou faturamento total, mesmo a aquisição de firmas muito pequenas por grandes empresas que já cumpriam um destes critérios teria de ser notificada. (3) O teste de 20% de participação de mercado introduz um elemento subjetivo para a obrigação de notificação: a definição de mercado. As partes envolvidas e o CADE poderiam discordar de boa fé sobre a definição de mercado relevante para este fim, dando origem a uma incerteza sobre se uma transação deveria ser ou não notificada.

Em 2005 o CADE efetivamente eliminou o primeiro problema, decretando que o critério de 400 milhões só seria aplicável ao faturamento obtido no Brasil.<sup>38</sup> Ainda é o caso de que uma pequena aquisição por parte de uma empresa com faturamento já superior aos 400 milhões tenha que ser notificada, mas estas operações são, geralmente, sujeitas ao procedimento sumário pelo SBDC, descrito mais adiante, resultando em rápida aprovação.

A aplicabilidade do critério de participação de mercado também foi alterada administrativamente pelo CADE, que decretou que o mesmo só se aplica se, por conta da operação, a empresa resultante exceder 20% do seu mercado, ou se ambas as partes de um ato de concentração operarem no mesmo mercado e uma delas tiver participação em 20% desse mercado. A terceira crítica que permanece aponta que o teste da participação no mercado é muito subjetivo, mas esse efeito também foi reduzido ao longo do tempo. O número de notificações em que o critério de participação de mercado é atingido, mas não o critério do faturamento bruto, é pequeno. O CADE raramente inicia uma ação de execução por falta de comunicação sobre o critério da participação no mercado.

Uma característica importante e, muitos afirmam, notória, no regime de notificação no Brasil, é que a notificação, conquanto obrigatória, não precisa ser feita anteriormente à fusão (*premerger*), ou seja, as partes não estão proibidas de consumir a operação antes ou durante a análise do ato de concentração pelo SBDC. (Conforme descrito detalhadamente no item 4, o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional estabeleceria a notificação prévia das fusões e resolveria os problemas dos critérios de notificação descritos acima). O parágrafo 4º do artigo 54 exige que a notificação seja feita em, no máximo, quinze dias úteis após a realização do ato. Regras internas do CADE<sup>39</sup> definem a data em que o período de 15 dias começa a correr, a partir do dia em que o primeiro documento vinculativo for celebrado entre os envolvidos.

A ausência de notificação prévia tem implicações importantes tanto para o procedimento como para a substância da análise de fusões no Brasil. Um efeito procedimental é o aumento do tempo de análise das fusões. O SBDC não está sujeito a qualquer prazo formal para a tomada de decisões. Da mesma forma, como as partes de uma fusão são autorizadas a consumir a operação antes que a análise seja concluída (na ausência de uma medida preventiva, discutida mais a frente), falta-lhes incentivo para acelerar o processo. O resultado é que as partes podem ser menos sensíveis às solicitações de informação por parte do SBDC. A SEAE, que conduz as principais investigações nos atos de concentração notificados, queixa-se dessa lentidão em alguns casos.

Substantivamente, a consumação da transação pode afetar os remédios disponíveis ao CADE caso este verifique que o ato de concentração é ilegal. Especificamente, a capacidade do CADE de proibir inteiramente uma operação é, neste caso, dificultada, por ter de determinar o desfazimento de uma fusão consumada, uma tarefa sobremaneira complexa. Desde 2004, um total de três atos de concentração foram totalmente reprovados pelo CADE. No entanto, o CADE não aponta a falta de notificação prévia de fusão como a principal razão para o reduzido número de reprovações. O CADE diz que,

sempre que possível, prefere adotar remédios que permitam operações relevantes de avançarem, preservando os ganhos de eficiência e a economia de escala tão importantes e necessários para a economia brasileira.

De qualquer modo, estas deficiências têm sido, pelo menos parcialmente, resolvidas pelo CADE mediante uso de medidas cautelares, exigindo que as partes adotem certas medidas para preservar a capacidade do CADE de ordenar medidas eficazes caso a fusão venha, ao final, a ser considerada ilegal. O CADE tem o poder de emitir uma medida cautelar para esse fim, autorizada pela Resolução n.º 45<sup>40</sup> do mesmo Órgão. Contudo, os procedimentos relativos à adoção dessas medidas são essencialmente contraditórios, e podem ser objeto de recurso nos tribunais. No período compreendido entre 2005 e 2009, foram adotadas 11 medidas cautelares em atos de concentração.

O CADE também pode adotar medidas preventivas para o mesmo efeito, cujo uso têm sido mais frequente. A Resolução n.º 45 criou um mecanismo denominado "Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação" ou APRO. Nos anos de 2007 a 2009, o CADE emitiu 10 APROs. Normalmente, as medidas preventivas e APROs impõem restrições ou condições à liberdade da empresa adquirente para incorporar ou integrar atividades, fechar lojas ou fábricas, demitir trabalhadores, extinguir marcas ou linhas de produtos, alterar marketing, investimentos ou planos de pesquisa, ou liquidar ativos. Ambas as medidas cautelares e APROs incluem disposições que especificam multas pelo descumprimento das restrições impostas.

A inexistência de um sistema de notificação prévia repercute também de outro modo sobre o regime de análise de concentrações do SBDC. Haja vista que a fusão pode ser consumada antes da análise do CADE estar completa, é do interesse do CADE aprender o mais rápido possível sobre a operação, tanto para minimizar os efeitos anticoncorrenciais da fusão, caso esta seja prejudicial, como para preservar sua capacidade de estabelecer um remédio efetivo, caso seja necessário. Como mencionado anteriormente, as regras do CADE definem a data que inicia a contagem do prazo de 15 dias dentro do qual um ato de concentração deve ser notificado. Em anos anteriores, o CADE interpretava agressivamente essa definição, e assim estipulou um grande número de multas em decorrência de notificações não-tempestivas. [O artigo 54 (5) estabelece que o CADE pode aplicar multas de R\$ 6.000,00 a R\$ 6.000.000,00 pela ausência de apresentação tempestiva de um ato de concentração<sup>41</sup>]. Esse número tem caído desde o fim da década de 1990, na medida em que tanto o SBDC como o setor privado ganham experiência na interpretação dessas disposições<sup>42</sup>. Ainda assim, o número de casos pode ser considerado elevado, como se vê no [Tabela 3](#) abaixo.

Tabela 3. Atos de concentração de 2004 a 2009

	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Atos de concentração notificados	516	386	411	591	616	306
Aprovados	574	345	352	490	550	364
Aprovados com restrições	43	37	20	37	58	19
Reprovados	1	0	0	0	1	1
Número de acordos firmados	0	3	1	4	8	3
% do total aprovados com restrições	7.2	9.7	5.4	7.0	9.7	5.2
Casos de notificação intempestiva	18	8	13	24	20	13

\* Janeiro a Setembro

### 2.2.3. Número de atos de concentração no SBDC.

Esses dados mostram o declínio do número de fusões notificadas em 2005 e 2006 em relação a 2004. Grande parte desse declínio se deve à decisão do CADE de aplicar o critério de 400 milhões de receita somente para as receitas brasileiras. Em 2007, o CADE emitiu outras normas que esclareceram a necessidade de notificação em determinadas situações específicas<sup>43</sup>. No entanto, o número de notificações aumentou novamente em 2007 e 2008. O aumento é atribuído ao fortalecimento da economia naqueles anos e às flutuações da moeda, que favoreceram fusões envolvendo empresas brasileiras. A queda em 2009 reflete a crise econômica no Brasil e no mundo.

A proporção das operações notificadas que exigem a adoção de algum remédio varia entre 5 e 10 por cento, geralmente dentro da faixa experimentada pela maioria dos países. Ainda assim, o número em alguns anos parece elevado, até 58. A principal razão para tanto é o número relativamente elevado de fusões que envolvem cláusulas de não-concorrência - acordos em que o vendedor se compromete a não concorrer com o adquirente no mercado afetado por um período de tempo. O SBDC regularmente entende que estas cláusulas são demasiadas restritivas e ordena que elas sejam eliminadas ou reduzidas. As transações envolvendo cláusulas de não-concorrência representam de 40% a 78% do total de remédios impostos.<sup>44</sup>

Outra característica da análise de atos de concentração conduzida pelo SBDC é o número relativamente elevado de transações em que são impostos remédios comportamentais - ordens que exigem da companhia resultante da fusão que forneça acesso à sua rede de distribuição, ou exija a transparência

dos preços, por exemplo -, ao contrário de remédios estruturais – como por exemplo a alienação de ativos ou, menos freqüentemente, a reprovação completa da transação. A Tabela 4 mostra a distribuição desses dois tipos de remédios no SBDC, para os exercícios de 2007 e 2008. Estes dados não incluem medidas envolvendo cláusulas de não-concorrência. Além disso, convém notar que em alguns casos os dois tipos de remédios foram impostos, sendo assim estão representados duas vezes.

**Tabela 4. Distribuição de remédios comportamentais e estruturais, em 2007 e 2008**

	2007	2008	Total
Comportamentais	8	10	18
Estruturais	4	8	12

Os remédios comportamentais parecem resultar do fato de o SBDC ter que lidar com as fusões *ex post*. O CADE afirma que tem uma preferência por medidas estruturais, mas que tem consciência da necessidade de preservar os ganhos de eficiência que uma concentração propicia, o que poderia não ser possível com a aplicação de um remédio estrutural. Em uma recente fusão envolvendo estradas de ferro, por exemplo, os sistemas ferroviários das partes envolvidas não se sobrepunham diretamente, mas o CADE concluiu que a operação iria eliminar a concorrência no transporte de soja, um dos principais produtos agrícolas de exportação do Brasil, do oeste do Brasil para outros portos alternativos em São Paulo e Santa Catarina. Além disso, uma das partes da fusão era verticalmente integrada na produção de soja e a transação poderia resultar em que a empresa passasse a discriminar produtores não integrados. Entretanto, o CADE também identificou eficiências significativas resultantes da fusão, que poderiam reduzir significativamente os custos de embarque. O CADE e as partes envolvidas entraram em um acordo que não envolvia a venda de ativos, mas que impunha restrições comportamentais, proibindo discriminação por parte da nova entidade e incluindo certas limitações de preço e serviço com o propósito de assegurar que os benefícios fossem passados aos consumidores.<sup>45</sup>

Ainda digno de nota é o uso de um mecanismo para a solução negociada de casos envolvendo atos de concentração. O artigo 58 da Lei de Defesa da Concorrência autoriza o CADE a celebrar "Termos de Compromisso de Desempenho" (TCDs), que são acordos firmados com as partes, prevendo remédios em atos de concentração considerados anticoncorrenciais. Os TCDs podem conter tanto remédios estruturais como comportamentais. Neles, têm-se exigido ações como alienações de ativos físicos ou de propriedade intelectual, tais como marcas, conformidade com metas de

desempenho e/ou de investimento, prestação ou fornecimento de bens ou serviços a clientes ou outras partes por período determinado, eliminação de acordos de exclusividade e manutenção de níveis de emprego. A utilização do TCDs pelo CADE era comum no final dos anos 1990, mas foi abandonada entre 2000 e 2004. Desde 2005, contudo, o dispositivo voltou a ser utilizado, conforme demonstrado na Tabela 3 acima.

### **Quadro 3. Casos recentes e significativos de atos de concentração**

#### **2009: Chá pronto para consumo<sup>46</sup>**

A Coca-Cola fez um acordo com a empresa brasileira Leão Junior SA, para adquirir o negócio desta última de fabricação e venda de chá pronto para consumo ("mate") e chá gelado. A Coca-Cola já vendia esses produtos no Brasil sob a marca Nestea, por meio de uma *joint venture* com a Nestlé, proprietária da marca. O CADE e a Coca-Cola negociaram um APRO, pelo qual a Coca-Cola deveria manter os ativos e a administração da empresa adquirida durante o período de investigação. A operação foi contestada pela rival da Coca-Cola, a Pepsi-Cola, que também vendia esses produtos sob sua marca Lipton, e pela Associação Brasileira de Produtores de Refrigerantes. O caso concentrou-se na definição do mercado relevante do produto. A Coca-Cola argumentou que o mercado era composto de praticamente todas as bebidas não-alcoólicas, incluindo a erva-mate, ponto forte da Mate-Leão, mas não incluindo o chá gelado, onde a Coca-Cola era mais forte.

A SEAE solicitou estudos econométricos, tanto da Coca-Cola quanto da Pepsi-Cola, referentes à substituíbilidade entre erva-mate e chá gelado. Os estudos produziram resultados conflitantes. Outra questão em causa era saber se um chá feito de guaraná, fruta utilizada para fazer um refrigerante muito popular localmente, também estava inserido no mercado relevante de produto. Argumentou-se que o chá mate e o chá de guaraná são substituíveis tanto no lado da demanda quanto da oferta. Houve alguma evidência convincente de substituíbilidade entre estes dois produtos do lado da oferta.

No final, contudo, após analisar as provas quantitativas e qualitativas sobre a questão, o CADE concluiu que o mercado relevante compreendia os dois tipos de chá e que a fusão seria anticompetitiva. O CADE aprovou a operação condicionando-a à alienação das operações da marca Nestea pela Coca Cola.

#### **2009: Distribuição de Revistas<sup>47</sup>**

O mercado relevante neste caso envolveu a distribuição nacional de revistas. Alguns editores de revistas distribuíam suas publicações diretamente aos consumidores (distribuição direta). Outros usavam distribuidores intermediários, que lidavam com os estabelecimentos de varejo (distribuição indireta). A fusão não criou problema na distribuição direta, mas criou um monopólio no mercado nacional de distribuição indireta. Uma das partes, Abril, a maior editora de revistas do país, controlava cerca de 60% do setor, e se integrou verticalmente por meio de seu

distribuidor DGB, cuja participação no mercado de distribuição indireta era de 70%. A outra parte estava envolvida unicamente com a distribuição, da qual detinha uma participação de 30%.

A análise do caso concentrou-se na probabilidade de novas entradas. A SEAE e o CADE determinaram que a entrada era difícil. Um distribuidor nacional de sucesso precisa ter escala e escopo suficientes e, especificamente, deve ter um mix adequado de publicações que seja atraente tanto para seus editores a montante como para seus varejistas a jusante. Um fator importante nesse sentido foi a relação vertical entre Abril e DGB, que garantia que até 60% de revistas do país não estaria disponível para um novo entrante. O SBDC considerou um cenário em que os 40% restantes teriam contrato com um novo entrante, mas avaliou que isso não seria provável, por várias razões. Novas entradas seriam ainda mais complicadas pelo fato de os acordos entre editores e distribuidores serem exclusivos e pela necessidade de se incorrer em custos irreversíveis significativos para ingressar no mercado.

A SEAE recomendou ao CADE que a fusão fosse reprovada. Essa foi uma das poucas vezes em que o CADE não concordou com a recomendação da SEAE e entrou em um acordo com as partes (por meio de um TCD, descrito anteriormente). Dentre outras determinações, o acordo estabeleceu ações para facilitar novas entradas. A DGB foi obrigada a alienar os seus ativos físicos utilizados na distribuição em São Paulo e Rio de Janeiro, dois dos maiores mercados do Brasil, e eliminar as cláusulas de exclusividade nos contratos de distribuição por um período de dez anos. Também foram estabelecidos remédios comportamentais no TCD, destinados a preservar a estrutura autônoma dos negócios do Grupo Abril na distribuição.

#### **2008: Reforços de fibra de vidro**<sup>48</sup>

Este caso envolveu a aquisição de reforços de fibra de vidro e ativos de tecido composto da Saint-Gobain pela Owens Corning, que afetaria vários mercados em nível mundial.<sup>49</sup>

As duas empresas eram as únicas envolvidas na fabricação de reforços de fibra de vidro no Brasil. A questão-chave no processo foi a definição do mercado relevante geográfico. As partes envolvidas na fusão alegaram que o mercado era mundial, incluindo os fabricantes desses produtos na China. Tanto as partes da fusão quanto a SEAE realizaram estudos econométricos dos movimentos de preços, comparando a evolução do Brasil com a de outras regiões. Um terceiro interessado também apresentou um estudo econométrico.

O CADE concluiu que nenhum dos estudos era conclusivo, e se voltou para as evidências qualitativas desenvolvidas pela SEAE. Alguns clientes das partes foram questionados sobre a viabilidade da China como uma fonte de abastecimento, e declararam que ela não era uma alternativa suficiente por razões de qualidade e do tempo de trânsito necessário. O CADE concluiu que a operação era ilegal e exigiu a alienação da fábrica da Saint-Gobain no Brasil.

**2005: O minério de ferro e o transporte ferroviário**<sup>50</sup>

A Vale SA, (anteriormente conhecida como Companhia Vale do Rio Doce - CVRD) é a segunda maior empresa mineradora do mundo, operando em diversos países; além disso, é o maior exportador mundial de minério de ferro. A Vale foi criada em 1942 como uma empresa estatal e privatizada em 1997. No Brasil, ela também controla várias linhas de transporte ferroviário e terminais portuários. Desde sua privatização, a Vale tem mantido a aquisição de ativos de mineração, tanto no Brasil como no exterior. No início de 2000, ela adquiriu quatro empresas de exploração de minério de ferro e suas linhas ferroviárias associadas na região sudeste do Brasil, além de uma grande empresa produtora de aço, a CSN, que também controlava uma grande mina de minério de ferro.

No decurso da investigação, a SDE concluiu que as aquisições teriam efeitos adversos em certos mercados de minério de ferro e de transporte ferroviário e emitiu uma liminar impondo certas restrições à Vale até que o CADE proferisse sua decisão final. Em 2005, o CADE decidiu que as operações eram prejudiciais do ponto de vista concorrencial. Elas foram aprovadas com a condição de que a Vale ou alienasse a mineradora Ferteco, que antes da aquisição pela Vale era a terceira maior empresa de mineração do Brasil, ou renunciasse a seu direito exclusivo de comprar a produção de mineração da CSN. O caso é digno de nota pelos vigorosos recursos legais de que a Vale se valeu em seguida. Ela apelou da decisão do CADE, por razões processuais, e o caso foi o primeiro caso de defesa da concorrência a chegar ao Supremo Tribunal Federal. Em 2007, o Tribunal decidiu a favor do CADE, e a Vale interpôs a seguir um segundo recurso legal, que também foi rejeitado por um tribunal recursal<sup>51</sup>.

**2.3. Concorrência desleal e proteção ao consumidor**

A "concorrência desleal", que prejudica empresas concorrentes individuais, não é objeto da Lei nº 8.884/94, mas sim de outro diploma legal que fornece os fundamentos para ações criminais e ações civis. A Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) define como crime de concorrência desleal a publicação ou divulgação de falsa afirmação em detrimento do concorrente, o emprego de meio fraudulento para desviar a clientela de outrem em proveito próprio ou alheio, o uso de expressão ou de sinal de propaganda alheio, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimento, a venda de produto adulterado ou falsificado, a divulgação de segredos comerciais e a venda de produtos objeto de patente falsa (art. 195). O Ministério Público pode propor uma ação penal nos termos da lei e as vítimas da concorrência desleal também podem invocar a lei para reaver os prejuízos e solicitar a reparação dos danos em uma ação civil.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078), adotado em 1990, regula práticas de mercado tais como publicidade enganosa, falsas garantias, vendas de porta em porta, telemarketing e aumentos abusivos de

preços, bem como contratos com consumidores em geral. Existem três componentes para o chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: (1) uma agência federal, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), que integra a SDE (2) agências estaduais e municipais de proteção aos consumidores, (Procons) e (3) organizações não-governamentais de consumidores (ONGCs). O DPDC é responsável pela coordenação geral do Sistema e tem várias responsabilidades específicas nos termos da lei.

Os Procons, localizados em todos os 26 Estados brasileiros e no Distrito Federal (Brasília), e em muitos municípios, prestam serviços específicos para os consumidores e entram com ações civis públicas para tutelar o interesse dos consumidores. As ONGCs incluem várias organizações nacionais, estaduais e regionais no Brasil. Elas são ativas nas ações coletivas de consumidores, e também publicam revistas voltadas aos consumidores, realizam atividades educativas sobre consumo e conduzem outras atividades (tais como testes comparativos de produtos).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece que as reclamações dos consumidores que buscam indenização por danos podem ser interpostas perante o Judiciário por um consumidor individual ou por um grupo de consumidores, por meio de uma ação comum. No caso das ações civis públicas, elas podem ser iniciadas pelos Procons ou pelo Ministério Público. Além disso, as ONGCs podem igualmente iniciar ações judiciais em seu próprio nome, em benefício de um grupo prejudicado. Além de autorizar ações judiciais para o ressarcimento de danos, a lei estabelece a possibilidade de que sejam movidas ações penais e cíveis. As ações penais podem resultar no estabelecimento de multas e pena de prisão, e podem ser iniciadas por promotores públicos tanto junto a tribunais federais como estaduais. Por seu turno, as ações civis, movidas na esfera federal ou estadual, podem implicar a concessão de medidas liminares e o dever de indenizar os consumidores, e podem ser iniciadas por advogados, ONGCs, e (dependendo do tribunal envolvido) pelo DPDC ou pelos Procons.

O DPDC também desempenha uma função educativa junto ao consumidor, implementada por meio da manutenção de um *website*, da realização de treinamentos para funcionários das ONGCs, da publicação de cartilhas e do desenvolvimento de materiais educativos para currículos escolares. Como o DPDC é o departamento-irmão do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE (DPDE), há oportunidades de sinergia entre as funções de promoção da concorrência e educação dos consumidores. Os dois Departamentos também trocam informações sobre casos e discutem sobre questões de defesa da concorrência que tenham um componente de proteção ao consumidor

### 3. Questões institucionais: estruturas e práticas

#### 3.1. *As instituições do SBDC*

Três instituições distintas compõem o SBDC: SDE, SEAE e CADE. A SDE, parte do Ministério da Justiça, é liderada por um Secretário e dividida em dois Departamentos, um com a responsabilidade de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência (Departamento de Proteção e Defesa Econômica, ou DPDE), e outro responsável pela defesa dos direitos do consumidor (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, ou DPDC). Em outubro de 2009, havia 32 profissionais técnicos e 27 funcionários de suporte administrativo empregados no DPDE.

A SEAE, dirigida por um Secretário nomeado pelo Ministro da Fazenda, possui três funções principais: (1) executar determinadas funções de investigação e de consultoria no âmbito do direito da concorrência (2), fornecer análise econômica para programas regulatórios (incluindo a análise de preços), e (3) monitorar as condições do mercado no Brasil. Em outubro de 2009 havia 78 profissionais técnicos e 72 funcionários de suporte administrativo empregados na SEAE. O trabalho da SEAE em advocacia da concorrência é realizado a partir de sua sede em Brasília. Sua unidade de análise de fusões encontra-se no Rio de Janeiro desde 2004.

A Lei de Defesa da Concorrência (Art. 3) estabelece o CADE como uma autarquia federal independente, associada ao Ministério da Justiça, para efeitos orçamentais. O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros. O Presidente e os Conselheiros são nomeados pelo Presidente da República, e confirmados pelo Senado para um mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos por igual período. Os membros do Conselho não podem ser removidos, a não ser que incorram em infrações penais ou prevaricação, conforme especificado por lei.<sup>52</sup> Em outubro de 2009, havia 49 profissionais técnicos e 137 funcionários de administrativos empregados no CADE.

Em outubro de 2008 o CADE se submeteu a uma reestruturação interna. Foram criados quatro grupos técnicos, ampliando a infra-estrutura regular apoio para a decisão de casos: (a) mercados regulados, (b) métodos em economia, (c) relações internacionais, e (d) negociações de acordos. Cada grupo é supervisionado por um ou mais Conselheiros. O Grupo Técnico de Negociações é responsável pelo desenvolvimento de expertise em negociações. Separadamente, em 2009, o CADE criou uma Comissão especializada encarregada da negociação de todos os acordos do CADE em casos de conduta. A Comissão é composta por três ou mais membros, todos recrutados no corpo técnico do CADE, e supervisionada por um dos

Conselheiros. Em novembro de 2009, a Comissão havia concluído com êxito dois acordos e outros três estavam em negociação.

O Grupo Técnico de Relações Internacionais, como o nome indica, é responsável por representar o CADE em suas muitas relações com organizações internacionais e governos estrangeiros. O Grupo Técnico de Mercados Regulados tem uma agenda ambiciosa. Sabe-se que muitos dos casos do CADE surgem em setores regulados, em que o conhecimento especializado sobre os mercados relevantes é essencial. Caberá a este Grupo adquirir experiência nestes setores, e apoiar o CADE em seus casos, quando necessário. Para tal, o grupo é encarregado de, entre outras coisas, realizar estudos de mercados regulados, especialmente na medida em que a regulação afeta a concorrência em um dado setor, construir relações com as autoridades reguladoras em questão e participar de discussões entre instituições em matéria de regulação e concorrência. Não está claro como esse novo grupo irá interagir com a SEAE, que já amalha importante experiência nestas áreas.

Em setembro de 2009 o CADE criou o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), ao qual o Grupo Técnico de Métodos em Economia, criado em 2008, será integrado. Até o final de 2009 o DEE deveria ter em seus quadros quatro economistas em tempo integral, dois dos quais com título de Dout em universidades dos Estados Unidos. A principal atribuição do DEE será a de prestar suporte econômico aos Conselheiros. Para este efeito, em conjunto com o Grupo Técnico de Métodos em Economia, envolveu-se em uma série de atividades, incluindo a realização de sessões de treinamento interno, participação em fóruns internacionais sobre economia em antitruste e em consultas bilaterais com economistas especialistas de outras jurisdições, avaliação de relatórios de consultores econômicos, realização de exercícios econométricos e elaboração de artigos técnicos sobre diversos temas relacionados à área. O Departamento tem uma agenda ambiciosa para 2010, que inclui a realização de estudos de práticas de exclusão, o cálculo dos danos e a identificação de cartéis.

Há dois representantes de órgãos jurídicos distintos e independentes no CADE. Um deles é o Procurador-Geral do CADE (art. 10 da Lei de Defesa da Concorrência), indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. O Procurador-Geral serve sob as mesmas condições aplicáveis aos membros do Conselho no tocante à duração do mandato, qualificações, recondução e perda de mandato (art. 11) e, portanto, não está sujeito à remoção pelo Conselho. O Procurador-Geral representa o CADE perante o Judiciário. Ele também pode emitir pareceres em processos em trâmite no CADE. Em 2009 havia um total de 20 pessoas trabalhando na Procuradoria do CADE, incluindo oito

procuradores. Em 2009, o Procurador-Geral recebeu a tarefa de acompanhar o cumprimento das decisões do CADE.

O segundo é um Procurador da República, representante do Ministério Público Federal (MPF) junto ao CADE. O artigo 12 da Lei de Defesa da Concorrência prevê que o Procurador-Geral da República designe um membro Ministério Público Federal para officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE. A Lei acrescenta que o CADE pode solicitar ao Ministério Público Federal que promova a execução de suas decisões e acordos junto aos tribunais, bem como adote outras medidas judiciais em cumprimento ao dever legal do Ministério Público de proteger a ordem econômica. Aparentemente o papel do Ministério Público Federal é principalmente o de ser uma voz independente dentro da agência, representando o interesse público. Atualmente existem dois profissionais do MPF atuando no CADE, que podem preparar pareceres escritos nos casos sujeitos à apreciação do órgão. Caso concluam que uma decisão ou ação do CADE é juridicamente contestável, esta pode ser questionada perante um tribunal federal. Tal fato ocorreu ocasionalmente, mas não nos últimos anos.

### **3.2. *Procedimentos em casos de conduta***

A SDE pode iniciar uma Averiguação Preliminar para apurar possível conduta anticoncorrencial, seja ex officio, seja a partir de denúncia ou solicitação de um interessado. A SDE tem poderes para requisitar que os sujeitos da investigação e outras entidades públicas e privadas prestem informações durante essa fase. Antes ou ao fim de 60 dias (que podem ser estendidos em razão de pedido de informações), a SDE pode decidir pelo arquivamento da investigação, o que deve ser confirmado pelo CADE, ou pela instauração de um Processo Administrativo, que é um estágio mais formal no processo de investigação. O Representado ou sujeito da investigação é formalmente informado da natureza da alegada violação e é então notificado a apresentar sua defesa. A SDE pode conduzir maiores apurações e tem poderes plenos de instrução processual nesta fase, incluindo a possibilidade de realizar oitiva de testemunhas. Ao final desta fase processual, a SDE irá emitir um relatório escrito contendo suas conclusões e recomendações e o encaminhará, juntamente com os autos do processo, para o CADE.

A SDE poderá, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva em processo administrativo, quando houver "indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo".<sup>53</sup> Dessa decisão da SDE cabe recurso voluntário ao CADE.

A SDE é obrigada a notificar a SEAE quando da instauração de Processo Administrativo, a fim de que esta Secretaria possa decidir por emitir um parecer à SDE sobre o assunto.<sup>54</sup> Além disso, uma lei específica confere à SEAE poderes para investigar possíveis violações à Lei de Defesa da Concorrência.<sup>55</sup> Assim, a SEAE pode atuar separadamente ou em cooperação com a SDE na condução de investigações de condutas anticoncorrenciais. Como descrito abaixo, no entanto, a SEAE tem reduzido drasticamente a sua participação em casos de conduta. A SEAE não tem função adjudicatória ou executiva no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência.

Quando o CADE recebe o parecer da SDE sobre determinado processo, o caso é distribuído de forma aleatória a um dos seis Conselheiros, que é designado como Conselheiro-Relator, e encaminhado ao Procurador-Geral do CADE. A Lei exige que o Procurador-Geral emita um parecer sobre o caso no prazo de 20 dias.<sup>56</sup> O parecer do Procurador-Geral geralmente enfatiza os aspectos jurídicos do processo, mas pode estender-se também a questões substantivas. O Conselheiro-Relator deve decidir se realizará diligências complementares no prazo de 60 dias após o recebimento do processo. O CADE dispõe dos mesmos poderes que a SDE para requerer informações. No entanto, é raro que uma investigação suplementar seja iniciada. Ocasionalmente, o CADE tem reenviado o processo à SDE para instrução adicional. Assim como o Secretário da SDE, o Conselheiro-Relator tem o poder de invocar o artigo 52 para emitir uma medida preventiva com o objetivo de prevenir dano imediato e irreparável. A medida entra em vigor imediatamente, mas pode ser objeto de recurso ao Plenário do CADE, além de poder ser discutida nos tribunais.

Após o término do período de 60 dias ou da investigação complementar, o processo é lançado na pauta de julgamentos do CADE, para que seja decidido o mais rapidamente possível.<sup>57</sup> O Conselheiro-Relator deve preparar o relatório e a decisão com a recomendação para o caso. O Conselheiro deve apresentar o relatório aos outros Conselheiros e às partes envolvidas, em prazo não inferior a cinco dias antes da sessão de julgamento. A decisão do Conselho é emitida em uma sessão pública, durante a qual o Procurador-Geral do CADE e o Representado têm a oportunidade de participar. A SDE e a SEAE também podem participar e explicar seus pareceres técnicos nessas sessões. O *quorum* necessário para julgamento pelo Conselho é de cinco membros, e uma decisão é tomada pela maioria dos votos dos participantes. O Presidente é um dos sete membros votantes e, em caso de empate, poderá emitir um voto adicional.

Um ponto forte deste processo de análise é a sua transparência. Não há queixas por parte dos profissionais atuantes na área quanto ao devido processo legal. Os Representados são devidamente informados das

acusações que enfrentam e têm oportunidades suficientes durante todo o processo para fazer sua defesa. As decisões do CADE são proferidas em sessão pública; o processo pode ser acompanhado ao vivo também em áudio pela Internet. As decisões são apresentadas por escrito e tornadas públicas.

Houve queixas por parte dos advogados acerca do tratamento de informações confidenciais. O CADE tentou resolver isso por meio da Resolução nº 45, que é um regulamento abrangente de procedimentos oficiais do Conselho relativos à proteção de informações confidenciais. A Resolução estipula que, por solicitação de uma parte interessada, o Conselheiro-Relator ou o Presidente do CADE podem classificar as informações como confidenciais e não disponíveis ao público. O dispositivo legal enumera os tipos de informações que podem ser classificadas como confidenciais, tais como faturamento, informações sobre custos, lucros e prejuízos, segredos de empresa e de processos industriais, e informações de clientes e fornecedores. Tal Resolução também lista os tipos de informações que não podem ser consideradas confidenciais, tais como informações notadamente públicas, composição acionária, estrutura de controle e linhas de produtos ou serviços ofertados. O solicitante da confidencialidade tem o ônus de demonstrar que a informação deve ser protegida.

O SBDC é criticado pelo tempo utilizado para concluir um caso de conduta. Medidas para amenizar o problema têm sido tomadas e estão começando a dar frutos. Um óbvio problema estrutural criado pela Lei de Defesa da Concorrência é a sobreposição de responsabilidades entre as três agências, em especial entre a SDE e a SEAE. A partir de 2003, essas duas agências começaram a racionalizar o seu trabalho; a SDE passou a se concentrar em casos de conduta, em especial cartéis, enquanto a SEAE passou a enfatizar atos de concentração. As duas Secretarias formalizaram um acordo em 2006, que articulou os procedimentos de investigação conjunta, tanto para atos de concentração quanto para casos de conduta. Atualmente, a divisão de responsabilidades é quase completa. Embora a Lei exija que a SDE emita um parecer sobre os atos de concentração notificados, isso vem sendo diretamente atendido pelos pareceres da SEAE. A SEAE, por outro lado, já não se envolve em casos de conduta.<sup>58</sup>

Abaixo estão as Tabelas 5-7, descrevendo o volume de trabalho na SDE.

**Tabela 5. Procedimentos Administrativos**

	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Recebidos	163	154	172	120	181	146
Concluídos	60	128	131	126	186	143

**Tabela 6. Averiguações Preliminares**

	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Instauradas	33	32	10	19	76	85
Concluídas	15	29	11	50	76	41

**Tabela 7. Processos Administrativos**

	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Instauradas	36	18	17	16	18	36
Concluídas	29	37	8	34	58	19

\* Até Setembro

Por anos houve um crescente acúmulo de casos na SDE. Nos últimos anos, contudo, a SDE tem feito um esforço concentrado para enfrentar esse problema. Note-se que, até 2007, em cada uma das três fases de investigação acima, havia normalmente mais casos iniciados que concluídos. Essa tendência foi revertida em 2007 (ver [Tabela 8](#)). Embora pareça que o acúmulo tenha sido retomado nos três primeiros trimestres de 2009, a SDE tem feito progressos na redução de seu estoque de casos.

**Tabela 8. Casos enviados ao CADE e estoques de 2006-2008**

	2006	2007	2008
Casos enviados ao CADE*	21	90	134
Estoque*	396	341	300

\* Inclui tanto as averiguações preliminares quanto os processos administrativos.

Dados sobre o tempo necessário para a conclusão de um processo na SDE não estão totalmente disponíveis e podem conter certo grau de imprecisão. O tempo médio total na SDE para investigações que atingem a fase do Processo Administrativo varia entre dois e seis anos. Além disso, a média tem crescido nos últimos anos. Uma razão para isso é que os Representados estão recorrendo mais ao Judiciário para discutir questões processuais. Ademais, o aumento pode ser resultado, pelo menos em parte, do esforço da SDE em reduzir seu estoque. À medida que se conclui alguns dos casos mais antigos, o efeito é aumentar a média para todos os casos daquele ano. Ainda assim, alguns casos permanecem na SDE por anos. Um possível obstáculo é a previsão legal, descrita anteriormente, de que o CADE deve aprovar todas as decisões da SDE para o arquivamento de averiguações preliminares e processos administrativos sem a adoção de medidas adicionais. Esse resultado, naturalmente, ocorre na grande maioria dos casos. Esse procedimento consome recursos tanto da SDE, que tem que

preparar o parecer, quanto do CADE, que deve aprovar formalmente cada decisão de arquivamento. De qualquer forma, parece que a razão fundamental para esse persistente estoque na SDE é a falta de pessoal, que será discutida melhor em seguida. Dos três órgãos, o problema de pessoal é mais agudo na SDE.

O CADE também tem se esforçado para reduzir o tempo necessário para a conclusão dos casos, com resultados positivos.

**Tabela 9. Tempo médio de tramitação dos casos no CADE (em dias).**

2005	2006	2007	2008	2009
453	426	261	268	409

O CADE conclui que o aumento verificado em 2009 resultou do fato de que mais casos, e de maior complexidade, foram enviados pela SDE nesse ano, em um esforço para reduzir o seu estoque. De toda forma, pode-se observar que os casos de conduta podem levar até um ano ou mais para serem finalmente decididos pelo CADE.

A tabela a seguir mostra o tempo total decorrido na SDE e no CADE para quatro dos cinco casos de conduta, três de cartéis e um de abuso de posição dominante, descritos acima, nos Quadros 2 e 3. O quinto caso, dos compressores, descrito no Quadro 2, ainda está em trâmite. Uma parte celebrou acordo com o CADE, sendo que tal acordo foi assinado, aproximadamente, sete meses depois que o caso foi aberto na SDE.

**Tabela 10. Tempo de tramitação dos casos na SDE e no CADE**

	Tempo na SDE (em dias)	Tempo no CADE (em dias)	Total
Areia para a construção	479	359	838
Serviços de Segurança	1 066	355	1 421
Britas	493	230	723
AmBev (programa de fidelidade)	1 031	861	1 892

### **3.3. Procedimentos em atos de concentração**

O artigo 54 da Lei de Defesa da Concorrência estabelece os procedimentos para a análise dos atos de concentração notificados. A notificação deve ser feita à SDE, que imediatamente fornece cópias à SEAE e ao CADE. A SEAE tem um prazo de 30 dias para apresentar um relatório técnico à SDE, que deve, dentro de 30 dias a contar do recebimento do parecer da SEAE, fornecer uma

recomendação ao CADE. As recomendações da SEAE e da SDE são públicas, com as informações confidenciais editadas. Nesse ponto, os autos são transferidos ao CADE, que deve proferir uma decisão em 60 dias. O CADE não se vincula às recomendações da SEAE e da SDE. Não há conseqüências legais caso a SEAE e a SDE não cumpram seus prazos regulamentares de 30 dias. No entanto, se o CADE não tomar uma decisão dentro do período de 60 dias, a operação é considerada aprovada. Assim, o prazo máximo legal para a apreciação dos atos de concentração, nos termos do artigo 54, é de 120 dias. Todavia, cada uma das três agências também tem o poder de emitir um ou mais pedidos de informações adicionais; a contagem dos prazos legais fica suspensa a partir do momento do pedido, até que a informação seja fornecida.

A Resolução 15, que regulamenta a execução de atos de concentração, foi adotada em 1998. A Resolução introduziu um procedimento de duas etapas, composto por um formulário de notificação inicial (Anexo I) e um segundo formulário (Anexo II), que exige uma quantidade significativamente maior de informações, caso seja determinada a necessidade de uma investigação adicional.<sup>59</sup> Entretanto, à medida que a prática foi se desenvolvendo, caso uma fusão seja suficientemente complexa para que haja necessidade de uma segunda etapa de solicitação de informações, a SEAE irá elaborar perguntas especialmente direcionadas à transação em análise. Da mesma maneira, se o CADE decidir que uma fusão apresentada pelo SDE e pelo SEAE necessita de informações adicionais, o pedido suplementar será conduzido pelo Relator e enfocará as questões específicas identificadas para exame.

Uma crítica inicial feita ao processo de análise de atos de concentração do SBDC referia-se à demora demasiada da análise, especialmente em casos de atos de concentração que evocavam pouca ou nenhuma preocupação perante a Lei. Isso foi, ao menos em parte, uma conseqüência inevitável da inexistência de um sistema de notificação prévia de atos de concentração, como discutido no item 2.2.2 acima. De qualquer maneira, uma importante e recente conquista do SBDC foi a implementação de um procedimento sumário para atos de concentração mais simples. Ele foi iniciado em 2002, quando a SEAE e a SDE adotaram informalmente um procedimento simplificado para casos de menor complexidade, onde cada órgão prepararia um relatório simplificado e curto dentro de 15 dias. O procedimento foi formalizado em 2003 por meio de uma Portaria Conjunta<sup>60</sup>, que estabeleceu critérios para a qualificação de atos de concentração para o procedimento sumário. Em 2004, os dois órgãos começaram a analisar as fusões notificadas simultaneamente e a mandar um relatório conjunto ao CADE. Por sua vez, o CADE dinamizou seus procedimentos; ele passou a adotar mais freqüentemente os relatórios da SEAE/SDE, ao invés de criar um novo relatório próprio.

Em 2006, SEAE e SDE emitiram a Portaria Conjunta N° 33 que deu continuidade à institucionalização da cooperação entre os dois órgãos e transferiu a maior parte do trabalho investigativo à SEAE. Mais recentemente, em março de 2009, o SBDC fez maiores ajustes ao procedimento sumário, em

um acordo formal entre os três órgãos e a Procuradoria do CADE. Antes, os relatórios tinham, em média, de cinco a sete páginas de extensão. Um formulário eletrônico de relatório foi criado, resultando em relatórios que agora estão reduzidos a duas páginas. A SDE agora frequentemente adota os relatórios da SEAE. No CADE, a Procuradoria costumava fornecer suas próprias recomendações aos casos, incluindo em atos de concentração. O acordo de 2009 estabeleceu que a Procuradoria do CADE elaboraria tais relatórios apenas em determinadas circunstâncias, normalmente quando do surgimento de alguma questão legal ou processual. Atualmente, no CADE, os Conselheiros emitem em conjunto seus votos em todos os atos de concentração analisados sob o procedimento sumário; se não houver desacordo, todos são aprovados simultaneamente.

O resultado tem sido a diminuição contínua do prazo necessário para a revisão dessas operações. Não é incomum que atos de concentração em procedimento sumário sejam aprovados em 30 dias ou menos.

**Tabela 11. Atos de concentração analisados sob o procedimento sumário no SBDC**

	2005	2006	2007	2008	2009*
Porcentagem de procedimentos sumários em relação ao total	n/a	68%	68%	65%	63%
Dias na SEAE	n/a	17	15	20	21
Dias no CADE	56	45	43	42	35

\* Até setembro

Essas reduções no tempo de análise de atos de concentração sob o procedimento sumário, juntamente com algumas reduções no tempo de análise de procedimentos ordinários, têm resultado em diminuições substanciais no tempo médio de análise para todos os atos de concentração

**Tabela 12. Tempo médio de análise – Todos os atos de concentração**

	2005	2006	2007	2008	2009*
Dias na SEAE/SDE	161	120	105	104	135
Dias no CADE	81	64	48	50	45
Total	242	184	153	154	180

\* Até Outubro

### *3.3.1. A comunidade empresarial e o processo de concentração do SBDC*

Profissionais do setor privado unanimemente elogiam o SBDC pelos avanços promovidos no procedimento sumário. Há algumas reclamações no sentido de que as investigações de atos de concentração em procedimento ordinário ainda demoram demasiadamente. Resta claro, como citado anteriormente, que as partes envolvidas não possuem os incentivos para acelerar o processo como teriam em um regime de notificação prévia de fusões. Por sua vez, a SEAE reclama que em alguns momentos as partes não revelam totalmente suas análises até que ela apresente seu relatório ao CADE.

Assim como em investigações de conduta, os profissionais envolvidos não registraram reclamações quanto ao devido processo legal; todos consideram o processo suficientemente transparente. Entretanto, há algumas reclamações de que o procedimento de negociação de acordos não é suficientemente flexível. Os acordos irão se tornar cada vez mais importantes, especialmente se o sistema de notificação prévia de atos de concentração for adotado. O CADE tem tomado providências para regularizar seus procedimentos de negociação, como discutido anteriormente. Finalmente, os profissionais consideram a análise de atos de concentração conduzida pela SEAE e pelo CADE competente e profissional, apesar de também afirmarem que a qualidade do trabalho realizado no CADE é afetada adversamente pela alta rotatividade de pessoal, tanto no Conselho como na equipe de funcionários.

## **3.4 Recursos das autoridades**

### *3.4.1. Pessoal*

Uma característica notável dos funcionários do serviço público federal no Brasil é que um número significativo destes é empregado por meio de contratos, e são, portanto, considerados funcionários “temporários”. O número de funcionários contratados é particularmente alto (cargos terceirizados de suporte administrativo). Entretanto, o Brasil também dispõe de servidores públicos concursados. Alguns desses funcionários são qualificados para carreiras específicas, que incluem uma classificação conhecida como “Gestores” (Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental - EPPGGs) e outra intitulada Analista de Finanças e Controle (AFCs), designados para o Ministério da Fazenda<sup>61</sup>. Esses profissionais se submetem a um concurso público rigoroso. Eles podem ser transferidos entre os diversos Ministérios e agências do governo, e frequentemente o fazem. Os mais qualificados são solicitados por todo o governo e agências competem por seus serviços de diversas maneiras.

Acima dessa estrutura concursada/ contratada está o sistema de DAS (Direção e Assessoramento Superior). Este é dividido em sete categorias e foi originalmente designado como um mecanismo para admissão de funcionários com contrato temporário para cargos de gestão. Ao longo dos anos, as categorias mais baixas de DAS têm sido utilizadas não somente para contratar funcionários não-concursados, mas também para complementar o salário dos servidores públicos concursados. Os funcionários concursados que possuem cargo DAS recebem, além do salário referente à sua função no serviço público, uma percentagem (na maioria dos casos, 60 por cento) do salário associado à sua categoria DAS. Os órgãos ambicionam dispor de cargos DAS porque as categorias mais altas podem ser utilizadas para contratar técnicos seniores e as categorias mais baixas podem ser usadas como remuneração suplementar para atrair e manter servidores concursados em cargos juniores. O Ministério do Planejamento controla o número de cargos concursados e contratados e disponíveis em um órgão, incluindo o número e a categoria dos cargos DAS. Os funcionários contratados por DAS estão sujeitos à rescisão de seus contratos com a mudança da administração política, apesar de essas mudanças normalmente afetarem somente os funcionários mais graduados.

Todos os três órgãos do SBDC sofrem com a falta de mão-de-obra qualificada e com a alta rotatividade de pessoal. No CADE, o problema da rotatividade é especialmente acentuado. A Lei de Defesa da Concorrência de 1994 estipulou a criação de um quadro de pessoal permanente para o CADE, mas esse dispositivo nunca foi implementado. Até 2006, nenhum cargo permanente havia sido designado para o CADE. Todo o seu corpo técnico era formado por funcionários temporários contratados sob o sistema de DAS ou por funcionários concursados oriundos de outros órgãos governamentais designados para o CADE. A rotatividade da equipe era demasiadamente alta devido ao fato de muitos dos funcionários serem especificamente designados a um Conselheiro. O mandato dos Conselheiros era, e continua sendo, curto – apenas dois anos, com a possibilidade de uma recondução por igual período. Quando um Conselheiro deixava seu cargo, sua equipe normalmente também assim procedia. O tempo de permanência de um funcionário no CADE tem sido em média três anos. Isso tem uma óbvia influência negativa na “memória institucional” do órgão. O projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, descrito no item 4 adiante, é voltado diretamente à solução desses problemas.

Em 2006, o CADE recebeu autorização para a disponibilização de 27 cargos permanentes (no final de 2009, 25 desses cargos foram ocupados).<sup>62</sup> Apesar de esse número não corresponder nem à metade dos funcionários lotados no CADE, a situação do órgão já melhorou. No passado, muitos profissionais que trabalhavam no órgão não possuíam nenhum interesse especial pela área de defesa da concorrência, e estavam prontos para pedir transferência caso uma oportunidade surgisse. Atualmente, aqueles que ocupam cargos concursados no CADE afirmam ter escolhido o órgão. Eles esclarecem que gostam de seu trabalho e do prestígio que dele advém. Essa tendência é indicadora do que

poderia acontecer caso o projeto de lei em trâmite no Congresso, que autorizaria a criação de 200 cargos permanentes para o CADE, venha a ser aprovado, consoante relatado mais adiante.

Como dito anteriormente, a SDE tem um atraso crônico em suas investigações, e a percepção é a de que o órgão ainda demora demasiadamente para concluir as investigações complexas. Nos últimos anos, a SDE tem se concentrado em reduzir esse atraso, mas aparentemente um real progresso só poderá ser realizado por meio do aumento de seu pessoal. A Secretaria tem se esforçado para atrair e manter gestores competentes, em parte através da complementação de seus salários de funcionários concursados com contratos DAS. Um dos resultados dessa iniciativa é a manutenção de um baixo número total de funcionários, uma vez que os mais qualificados recebem melhores salários, mas a SDE acredita que, a longo prazo, irá se beneficiar por ter uma equipe permanente motivada. Ademais, a SDE enfatiza os aspectos qualitativos do trabalho no órgão, tal como no CADE. No Brasil, como em todos os países, os profissionais de agências de concorrência acham o trabalho de combate a cartéis interessante, até mesmo emocionante. A SDE reestruturou-se como uma unidade de combate a cartéis, tendo como um dos resultados a melhoria de sua capacidade de atração e manutenção de bons funcionários.

A [tabela 13](#) mostra o quantitativo de funcionários das três agências.

**Tabela 13. Funcionários do SBDC**

CADE					
	2005	2006	2007	2008	2009
Técnicos	51	54	51	48	49
Suporte	127	111	113	138	137
SDE					
	2005	2006	2007	2008	2009
Técnicos	35	37	34	28	32
Suporte	32	35	35	48	27
SEAE					
	2005	2006	2007	2008	2009
Técnicos	67	80	78	77	78
Suporte	101	85	77	67	72

Ao contrário do CADE e da SDE, cuja dimensão do corpo técnico tem permanecido constante nos últimos anos, a SEAE teve um aumento de 16% entre 2005 e 2009. A maior parte é composta por servidores concursados, e não apenas DASs, e a maioria foi designada especificamente à SEAE, ao invés de serem temporariamente alocados a partir de outras agências do

governo. Como mencionado acima, a SEAE tem conquistado significativos ganhos em eficiência em seu procedimento de análise de fusões.<sup>63</sup> Sua análise substantiva de fusões também é considerada competente. Segundo a SEAE, nos últimos três anos 99% de suas recomendações foram acolhidas pelo CADE. Ainda assim, a rotatividade de profissionais na SEAE é alta. A SEAE relata que somente em 2008 ela perdeu 35% de seus profissionais (27 de um total de 77), que tiveram de ser substituídos. A SEAE atribui isso ao fato que os cargos disponíveis não tenham sido criados especificamente para o órgão, isto é, exigindo qualificações que corresponderiam mais estreitamente à sua missão. (O mesmo ocorre com o CADE e a SDE.) A maioria dos profissionais da SEAE é qualificada como Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental ou como Analistas Financeiros. Como tal, eles estão mais dispostos a considerar cargos em outras agências do governo quando eles se tornam disponíveis.

Os cargos enumerados para a SDE na tabela acima são integralmente dedicados à sua função de aplicação da política da concorrência. Muitos dos funcionários da SEAE trabalham em algum aspecto da sua ampla função de promoção da advocacia da concorrência, descrita no item 6 abaixo, e não na aplicação da legislação de concorrência. De qualquer modo, o total de 339 pessoas trabalhando em política da concorrência nas três agências é pequeno para um país do tamanho do Brasil.

#### 3.4.2. *Orçamento*

A estrutura de orçamento do CADE difere daquela da SDE e da SEAE uma vez que o CADE é um órgão independente, enquanto os demais são partes de ministérios do governo federal. O CADE, sendo uma agência independente, é responsável por algumas despesas que os outros não possuem, isdeve pagar pelo aluguel do prédio, serviço de telefonia e outros serviços de apoio que são administrados centralmente nos ministérios. O orçamento do CADE é proveniente das taxas de notificação de fusões e de dotação orçamentária do governo. A SDE e a SEAE também recebem parte das receitas provenientes da taxa de notificação de fusões. A SDE é em grande parte dependente desta receita, enquanto a SEAE recebe ainda dotação orçamentária do Ministério da Fazenda, bem como receitas de uma taxa paga por requerentes para a autorização de realização de loterias promocionais. Como a maioria dos profissionais técnicos do CADE é proveniente de outros órgãos do governo, o CADE não é responsável pelo pagamento dos salários respectivos em seu orçamento. Consoante mencionado anteriormente, alguns servidores públicos de carreira são diretamente atribuídos ao CADE, que paga seus salários e também os vencimentos dos funcionários contratados (terceirizados) e cargos DAS. Em

contrapartida, os gastos com salários não fazem parte dos orçamentos da SDE e da SEAE, com a exceção de certos funcionários de suporte na SEAE.

A Tabela 14 mostra os orçamentos para as três agências (em R\$ milhões). Os dados para o CADE incluem algumas despesas salariais, mas não todas, como explicado acima, enquanto para a SDE e a SEAE os dados não incluem os salários. Os dados da SDE são relativos somente ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). Os números da SDE podem estar um pouco atenuados, uma vez que o DPDE também tem algum acesso a outras partes do orçamento global da SDE, além de que algumas das suas funções, tais como tecnologia de informação e serviços de imprensa, são financiadas pelo Ministério.

**Tabela 14. Orçamento do CADE, SDE e SEAE (em R\$ milhões)**

	2005	2006	2007	2008	2009
CADE	13.5	10.4	10.3	11.9	13.5
SDE	4.2	2.4	1.8	2.0	1.7
SEAE	8.4	8.4	11.4	12.7	7.3

O orçamento do CADE também é complementado por financiamento do Banco Mundial. O financiamento parte de um acordo-quadro firmado entre o Brasil e o Banco Mundial é destinado a projetos especiais, tais como a criação de um sistema de processo eletrônico para otimizar o trâmite de instrução e julgamento de casos pelo SBDC. O financiamento não é insignificante e corresponde a cerca de 20 por cento do orçamento total do CADE.

### **3.5. Aspectos internacionais da aplicação da lei e política de concorrência**

O artigo 2º da Lei de Defesa da Concorrência incorpora explicitamente a teoria dos efeitos extraterritoriais no direito da concorrência brasileiro. Neste sentido, a decisão do CADE em 2005 de interpretar que o critério de R\$ 400 milhões para notificação das fusões se aplica ao faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro só fez a lei mais coerente com a aplicação da teoria. Antes dessa mudança, era necessário notificar fusões que praticamente não geravam efeitos no país. Em outros aspectos, nos procedimentos do SBDC as empresas estrangeiras são tratadas de forma idêntica às empresas nacionais. O SBDC usualmente leva em conta, em sua análise, o impacto do comércio internacional. Nos casos de atos de concentração, o SBDC habitualmente considera a importação ou o possível

advento de importação quando da definição do mercado relevante, as participações de mercado e os efeitos anticoncorrenciais.

O SBDC assinou acordos de cooperação bilateral com os Estados Unidos (2003), Argentina (2003), Portugal (2005) Canadá (2008), Chile (2008), Rússia (2009) e a Comissão Européia (2009). Em 2010, o SBDC celebrou um novo acordo de cooperação com Portugal (2010). O acordo com a Comissão Européia foi assinado durante O Dia Nacional de Combate a Cartéis do Brasil, em outubro de 2009, descrito no item 2.1.1.4 acima. Esse acordo foi precedido de uma conferência sobre defesa comercial e defesa da concorrência envolvendo representantes das duas jurisdições, realizada em maio de 2009. Em 2009, o SBDC internalizou dois memorandos de entendimento que prevêm a cooperação técnica no âmbito do Mercosul. O SBDC regularmente promove treinamentos e consultas bilaterais com as autoridades de concorrência de outros países. Em novembro de 2008, três representantes da FTC (*Federal Trade Commission*) e da divisão antitruste do DOJ (*Department of Justice*), as autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos, estiveram no CADE para oferecer um curso sobre os procedimentos de notificação prévia de fusões e, em setembro de 2009, dois economistas do USFTC ministraram um curso de Econometria, com a participação do Departamento de Estudos Econômicos do CADE.

Profissionais do SBDC participaram, ainda, de cursos ministrados por especialistas do Reino Unido; pela autoridade da concorrência espanhola; em curso sobre condução de negociações na Universidade de Harvard para os membros do Grupo Técnico de Negociações no CADE; em curso sobre regulamentação na Universidade George Washington, nos Estados Unidos, e em estágios no exterior, notadamente no DOJ e na FTC (Estados Unidos), no *DG Competition* (Diretório Geral de Concorrência, Comissão Européia) e na autoridade de concorrência do Canadá. O CADE também concede financiamento parcial para que seus funcionários façam cursos de idiomas. Essas iniciativas de cooperação renderam frutos concretos. Recentemente, conforme descrito anteriormente no item 2.1.1.3, Brasil, Estados Unidos e Comissão Européia realizaram operações simultâneas de busca e apreensão em suas respectivas jurisdições, levando à instauração do bem-sucedido caso dos compressores.

Contudo, o SBDC não é apenas beneficiário de assistência técnica, é também provedor. Em 2006, a SDE e o CADE forneceram consultoria a El Salvador, que acabara de promulgar sua primeira lei da concorrência, sobre técnicas de combate a cartéis. Além disso, tem compartilhado sua experiência de combate a cartéis com o Chile e a Argentina. O SBDC contribuiu com a autoridade de concorrência chilena, a *Fiscalía Nacional*

Econômica (FNE), em seu esforço para convencer os legisladores a aprovar um programa de leniência no Chile. Em junho de 2009, dois Conselheiros do CADE aceitaram convites para visitar o Paraguai e participar de uma série de discussões públicas sobre um projeto de lei de defesa da concorrência atualmente em trâmite junto ao Congresso do Paraguai, que configuraria a primeira lei de concorrência do país. O SBDC também está trabalhando em conjunto com a UNCTAD para a prestação de assistência técnica a outras autoridades de concorrência da América Latina. Por fim, o SBDC está trabalhando com o governo de Angola em um acordo de cooperação informal no qual o SBDC iria ajudar o país na elaboração da sua legislação de concorrência e na formação de capacitação técnica.

Ainda em 2009, as três agências do SBDC criaram um programa de treinamento para os funcionários responsáveis pela aplicação de leis de concorrência provenientes de autoridades de países latino-americanos, no qual os profissionais devem passar um mês em uma das agências do SBDC. O programa é oferecido duas vezes ao ano. A primeira edição foi realizada em julho de 2009, quando CADE, SDE e SEAE receberam representantes das autoridades de defesa da concorrência do Chile, Argentina, Peru e El Salvador. A segunda, da qual participaram representantes de oito países latino-americanos, foi realizada em janeiro de 2010. O SBDC foi bem sucedido na obtenção de financiamento junto à Agência Brasileira de Cooperação (ABC), para o pagamento de passagens aéreas e diárias aos representantes estrangeiros. O SBDC está atualmente em negociações com a ABC para a assinatura de um protocolo de intenções que irá regularizar esse apoio.

O Brasil também atua ativamente em diversos fóruns internacionais. É observador no Comitê da Concorrência da OCDE, onde participa ativamente de todas as reuniões e debates abertos a não-membros, e participa da edição anual do Fórum Global de Concorrência da OCDE. Juntamente com o Chile, foi o primeiro a participar na América Latina do programa da OCDE voltado ao combate a cartéis em licitações, descrito no item 2.1.1.4 acima. O SBDC também é ativo na Rede Internacional de Concorrência (*International Competition Network* - ICN). O CADE é co-presidente do grupo responsável pela coordenação geral das atividades da ICN, denominado *Steering Group*, e ainda é co-presidente do Grupo de Trabalho sobre a Efetividade das Agências (*Agency Effectiveness*). Ele também oferece palestras no âmbito do Sistema de Suporte da ICN, que está atualmente prestando assistência à autoridade de concorrência do Vietnã. A SDE, por sua vez, é co-presidente do Grupo de Trabalho sobre Cartéis Subgrupo 1, da ICN. O SBDC irá participar do Projeto da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) sobre Propriedade Intelectual e Concorrência, previsto para o ano 2010-2011, e irá realizar em 2010 a primeira conferência regional

organizada no âmbito do Projeto, para os países da América Latina e Caribe, na cidade no Rio de Janeiro. O SBDC também participa da UNCTAD (e hospedará inclusive um de seus seminários em 2010), do Foro Latino-Americano de Concorrência, do Foro Ibero-Americano da Concorrência, da Conferência Internacional dos países do BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China), da *International Bar Association*, da *American Bar Association*, da conferência anual da *Fordham* e fornece contribuições à publicação especializada *Global Competition Review*.

Finalmente, o SBDC, principalmente por intermédio da SEAE, desempenha papel ativo nos procedimentos de comércio externo brasileiro. A SEAE participa dos debates da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX). O CADE também participa da CAMEX como observador. A CAMEX é um órgão do Conselho de Governo da Presidência da República do Brasil, e tem como objetivo a coordenação de atividades e políticas relativas ao Comércio Exterior, incluindo o turismo. A CAMEX é presidida pelo Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e inclui como membros os Ministros da Fazenda, Casa Civil, Relações Exteriores, Agricultura, Desenvolvimento Agrário e Planejamento. A SEAE é convidada para a maior parte das discussões técnicas na CAMEX, incluindo as que envolvem tarifas. A CAMEX é o fórum onde a interação entre o comércio e a concorrência ocorre.

O SEAE também tem um papel consultivo no âmbito dos processos antidumping e de concorrência desleal das importações. Reclamações de particulares alegando importações desleais são investigadas por um departamento do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (DECOM), que, depois de receber comentários das partes interessadas e outras agências governamentais, transmite sua recomendação para decisão da CAMEX. A SEAE participa com outra Secretaria do Ministério da Fazenda (SAIN) na formulação das recomendações do Ministério nestes casos. O papel da SEAE a este respeito é o de abordar os efeitos concorrenciais da imposição de tarifas de política comercial, que é um tema normalmente não considerado pela autoridade investigadora. A SEAE teve alguns sucessos notáveis em tais casos. Em 2005, por exemplo, convenceu a CAMEX a revogar as medidas antidumping que afetavam o mercado brasileiro de insulina, após investigar uma fusão ocorrida nesse mercado. A SEAE também persuadiu a CAMEX a suspender determinadas medidas antidumping no mercado de cimento, como meio de promover a concorrência nesse mercado no norte do Brasil. Ademais, o CADE e a SDE têm, ocasionalmente, feito recomendações à CAMEX em questões comerciais.

### ***3.6. Aplicação da legislação de concorrência pelos Estados e por particulares***

Os Estados brasileiros não têm as suas próprias leis de defesa da concorrência e não há outras agências federais ou estaduais que não o SBDC com autoridade para fazer cumprir a Lei nº 8.884. Com relação à aplicação da lei antitruste a particulares, uma parte prejudicada pela prática de infração contra a ordem econômica, que esteja insatisfeita com a decisão do CADE, não tem direito de recorrer dessa decisão, seja no âmbito do SBDC, seja perante o Judiciário. Nos termos do artigo 29 da Lei de Defesa da Concorrência, contudo, o particular pode propor suas próprias ações perante o Judiciário por danos decorrentes de conduta anticompetitiva, em face daquele que os causou. Não há dados disponíveis sobre o número e a frequência de ações antitruste privadas no Brasil. Um estudo extra-oficial realizado pela SEAE, no entanto, mostrou um aumento significativo de tais casos entre 2005, quando cerca de 30 casos foram registrados, e 2008, quando houve cerca de 150 casos. Estes foram apenas os casos interpostos junto aos tribunais federais e estaduais, e tenderam a se concentrar em determinadas áreas geográficas e nos setores de serviços financeiros e de revenda de combustíveis. Além disso, eles não foram limitados a ações privadas propostas nos termos do artigo 29 da Lei de Defesa da Concorrência, mas incluíram outras fundamentadas, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor.

Há dois tipos de ação coletiva para defender interesses de particulares. A primeira é a ação civil pública, que pode ser iniciada por organizações de defesa do consumidor, Ministério Público, sindicatos e outros órgãos públicos. Seu propósito é defender interesses públicos difusos e coletivos. Os reclamantes podem não receber o ressarcimento dos danos sofridos, mas os acusados podem ser ordenados a pagar por tais danos, sendo que tais recursos são destinados ao fundo de direitos difusos.<sup>64</sup> Um segundo tipo de ação coletiva é aquela destinada a defender os interesses individuais homogêneos. Essas são ações coletivas destinadas a obter medidas de reparação de direitos e de danos materiais. Quanto às ações civis públicas, diversos tipos de entidades públicas e privadas são legítimas para propor esses casos. Uma dessas ações foi exitosamente iniciada por um promotor de justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 2007. Após a conclusão dos processos criminais envolvendo um cartel na revenda de combustíveis em que cinco acusados foram sentenciados a penas de prisão de 2 anos e meio, o promotor obteve a reparação dos danos materiais em nome dos consumidores prejudicados pelo cartel.

### 3.7. *Revisão judicial*

O SBDC reconhece cada vez mais que os tribunais brasileiros são uma parte crítica do processo de aplicação do direito da concorrência. As partes envolvidas em processos relacionados à defesa da concorrência estão cada vez mais dispostos a recorrer das decisões do SBDC junto aos tribunais, seja em busca de medidas liminares, enquanto uma investigação ou processo está em curso, seja interpondo recursos contra a decisão final do CADE. O principal efeito dessa propensão ao litígio nos casos de defesa da concorrência tem sido o atraso na implementação das decisões do CADE. Até recentemente, a grande maioria das decisões do CADE em casos de conduta não havia sido aplicada devido aos inúmeros recursos judiciais propostos. Além disso, casos de todos os tipos progridem lentamente no sistema judiciário brasileiro. Não é incomum que um caso leve dez anos ou mais para que alcance uma decisão final junto ao Judiciário. Em 2006 o SBDC confrontou este problema, havendo alcançado relativo sucesso, como descrito abaixo. Porém, os problemas subjacentes permanecem.

Recursos interpostos por particulares para a revisão dos atos de agências do governo são analisados por um juiz federal de primeira instância. Por lei, os recursos contra os atos das autoridades do SBDC devem ser propostos perante o tribunal federal localizado em Brasília. O juiz de primeira instância tem autoridade para decidir a maioria dos pedidos, e pode também conduzir procedimentos probatórios para complementar os elementos fáticos. O segundo grau recursal no sistema federal é composto pelos tribunais de segunda instância da mesma região em que a primeira decisão judicial foi proferida. Por seu turno, recursos dos tribunais de segunda instância são encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Os casos que envolvem pedidos com fundamento em dispositivos constitucionais podem ser contestados para além do Superior Tribunal de Justiça, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), instância máxima do Judiciário brasileiro, composta por um corpo de 11 magistrados que tratam apenas de questões constitucionais.

No Brasil, o princípio do *stare decisis* - doutrina da *common law* que confere efeito de precedente, em alguns casos vinculante, a julgados anteriores de um mesmo tribunal ou de tribunal superior, não é formalmente aplicável. No passado, os juízes eram, em teoria, completamente independentes, e poderiam ignorar as decisões de tribunais superiores. Porém, isso mudou em certo grau. Decisões de tribunais superiores agora têm certo efeito vinculante, especialmente em questões constitucionais. Além disso, os tribunais brasileiros têm tradicionalmente se recusado a analisar o mérito de decisões de tribunais especializados, tais como o CADE, com base na teoria de que os tribunais de jurisdição geral não estão qualificados para fazê-lo.

Contudo, parece que os tribunais estão cada vez mais dispostos a examinar o mérito das decisões do CADE e as das de outros tribunais de competência especializada, por vezes sob teoria do abuso de poder, ou quando se determina que a decisão de um tribunal especializado está fundamentalmente em desacordo com o propósito ou objetivos subjacentes da lei. De qualquer modo, as partes em casos do SBDC regularmente recorrem aos tribunais contra os atos do SBDC com fundamento no devido processo legal e em dispositivos constitucionais.

O CADE alcançou um êxito notável nos últimos anos em um aspecto da suas ações junto aos tribunais - a arrecadação de multas. Em 2006, a Procuradoria do CADE empreendeu o levantamento do *status* das multas que haviam sido impostas em casos de conduta, e concluiu que poucas haviam sido pagas. O CADE recorreu a um procedimento respaldado pela legislação brasileira, que prevê que as multas não pagas sejam inscritas em Dívida Ativa, que podem então ser exigidas e depositadas em juízo. O esforço produziu efeitos imediatos.

**Tabela 15. Status da inscrição em Dívida Ativa e multas arrecadadas**

	2005	2006	2007	2008	2009*
Multas inscritas em Dívida Ativa (em US\$ milhões)	0.8	50.0	280.6	63.0	15.1
Número de devedores inscritos em Dívida Ativa	14	92	101	95	35
Multas arrecadadas (em US\$ milhões)	1.4	6.2	16.0	37.1	21.9

\* Até o final de setembro.

O número de multas e de devedores inscritos em Dívida Ativa diminuiu em 2009, principalmente por conta da eliminação do acúmulo da cobrança de multas em atraso (ver [Tabela 15](#)). O alto valor das multas cobradas em 2008 deve-se, em parte, ao fato de que dois casos envolvendo multas significativas foram resolvidos. As multas são pagas pelas partes envolvidas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, administrado por uma comissão interministerial (da qual a SDE, a SEAE e o CADE participam), e são aplicadas em vários projetos públicos, incluindo aqueles com propósitos culturais, ambientais e de defesa do consumidor.

A segunda parte da iniciativa da Procuradoria do CADE de adoção de uma postura mais agressiva em relação a multas diz respeito ao fato de que, quando as partes recorriam das decisões do CADE junto a tribunais de primeira instância, elas muitas vezes eram bem-sucedidas na obtenção de uma liminar suspendendo o cumprimento da decisão do CADE. O pagamento das multas estabelecidas pelo CADE era suspenso enquanto o processo percorria todo o trâmite pelos tribunais, apesar de disposições específicas nos artigos 65 e 66 da Lei de Defesa da Concorrência exigirem que os recorrentes depositem as multas em juízo ou prestem caução para garantir seu pagamento, caso sejam obrigados a fazê-lo ao final da ação judicial. A Procuradoria do CADE começou a argüir com sucesso em tribunais que esse depósito judicial era necessário. Essa iniciativa tem o efeito salutar de reduzir os incentivos para que as partes recorram ao Judiciário apenas para evitar o pagamento das multas aplicadas pelo CADE.

Em outros aspectos, a SBDC tem um significativo número de ações junto ao Judiciário. Ocasionalmente, os envolvidos impetram recursos durante a fase de investigação. Não é raro, por exemplo, que as partes submetidas à busca e apreensão busquem uma ordem judicial para suprimir as evidências, sob o fundamento de que a busca e apreensão foi conduzida ilegalmente. Os advogados da SDE têm reagido com força e rapidez nestes casos, e sua taxa de êxito tem sido elevada. Como resultado dos esforços da SDE para conter essas táticas, o número dessas ações reduziu substancialmente; de fato, no início de 2010, não havia nenhuma ação de tal natureza em curso.

A Tabela 16 mostra o grande número de processos judiciais interpostos pelo CADE.

**Tabela 16. Processos judiciais instituídos por ano**

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
93	111	186	180	162	193	240	480	338	132

\* Até o final de setembro.

O CADE atribui parte do aumento em 2006-08 a seu esforço pró-ativo de cobrança das multas não pagas. O número dessas ações declinou em 2009, pelas razões expostas acima, e o CADE também conclui que parte do declínio de 2009 pode ser atribuído a seu sucesso em convencer os tribunais a exigirem dos recorrentes o depósito em juízo do valor de suas multas ou a prestação de caução, reduzindo assim os incentivos à interposição de recursos junto ao Judiciário.

O CADE tem desfrutado de boa taxa de êxito junto aos tribunais, como mostra a Tabela 17.

**Tabela 17. Decisões judiciais, 2005-2009**

	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Decisões favoráveis	8	31	54	49	10	152
Decisões desfavoráveis	6	14	10	9	5	44
Percentagem favorável	57%	69%	84%	84%	67%	78%

Mesmo assim, o CADE entende que enfrenta grandes desafios nas lides junto ao Judiciário. A Procuradoria do CADE foi reorganizada com o objetivo de torná-la mais eficiente e eficaz. Anteriormente, procuradores distintos eram responsáveis por um mesmo caso em diferentes fases: um deles poderia cuidar do caso na fase administrativa, outro seria responsável pela tréplica, outro por um recurso judicial, e assim por diante. Agora, o mesmo procurador ou procuradores são responsáveis por um caso em todas as suas fases. Ademais, foi implementado um sistema aprimorado para o monitoramento dos casos. Ao mesmo tempo, o CADE objetiva tornar-se mais proativo perante os juízes, fazendo um esforço para familiarizá-los com os casos de defesa da concorrência por meio de palestras e seminários. Devido a seu grande volume de trabalho, os procuradores do CADE não estavam sempre presentes nos tribunais quando um caso de sua responsabilidade, ou algum aspecto dele, era tratado em juízo. O CADE tem se esforçado também nesse sentido, e até mesmo membros do Conselho, incluindo o Presidente, têm se apresentado aos tribunais.

Os advogados do SBDC responsáveis por sua defesa junto ao Judiciário são respeitados tanto pelos tribunais como pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Eles são considerados profissionais sérios e muito trabalhadores.

#### **4. A legislação pendente**

Há vários anos, tramita no Congresso Nacional brasileiro um projeto de lei de defesa da concorrência abrangente (PL 06/2009), que revisaria amplamente o SBDC e resolveria muitos dos problemas que há muito o atingem. A consideração desse projeto de lei foi postergada por diversas vezes mas, como mencionado anteriormente, à época da elaboração deste relatório havia um forte ímpeto para sua aprovação. O Presidente da República o defendeu veementemente; a comunidade empresarial, que no passado havia demonstrado reservas quanto a alguns de seus aspectos,

especialmente acerca da notificação prévia de atos de concentração, declarou apoio à legislação. O projeto teve apoio efetivo em ambas as casas do Congresso Nacional, e os proponentes estão otimistas sobre sua eventual aprovação. Ainda assim, a tramitação no Congresso continua em andamento; há urgência para se completar esse esforço no primeiro semestre de 2010; caso contrário, as eleições nacionais previstas para o final do ano postergariam novamente a aprovação do projeto de lei. A legislação foi aprovada na Câmara dos Deputados e está sendo debatida no Senado. Algumas emendas foram propostas no Senado, que se aceitas exigiriam sua submissão à Câmara dos Deputados.

Abaixo segue a descrição do que se compreende como sendo as principais disposições do projeto de lei conforme aprovado pela Câmara dos Deputados:

#### **4.1. A estrutura do SBDC**

O CADE permanecerá sendo uma autarquia federal, passando a ter *status* de Tribunal Administrativo e não mais de Conselho. O mandato de seus Conselheiros será de quatro anos (não renovável), contra os dois atuais, e os mandatos serão escalonados, para evitar vacâncias simultâneas e a possibilidade de que o *quorum* não seja atingido. O processo de nomeação dos membros do Tribunal será ligeiramente distinto, de modo que o candidato a Presidente do CADE nomeado pelo Presidente da República será indicado conjuntamente pelos Ministros da Fazenda e da Justiça, e os candidatos para os cargos de Conselheiro serão indicados alternadamente pelos dois Ministérios. A aprovação das indicações pelo Senado continua sendo necessária. No passado, o cargo de Conselheiro chegou a ficar vago por um período significativo, enquanto o Presidente do Senado considerava as indicações. A nova Lei permitirá que o Presidente do CADE possa nomear um Conselheiro em caráter temporário, até a posse de um membro permanente. O Procurador-Geral do CADE e o Economista-Chefe, ambos também nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, também servirão em mandatos de quatro anos. O *quorum* necessário para a tomada de decisões pelo Tribunal será reduzido de cinco para quatro membros.

As mudanças institucionais mais dramáticas trazidas pelo projeto de lei afetam a SDE e a SEAE. O Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da SDE será abolido, e suas responsabilidades de execução preliminar e investigação nos casos de defesa da concorrência serão transferidas para uma nova Superintendência-Geral no CADE (SG), composta por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos. O Superintendente-Geral, nomeado pelo Presidente da República mediante

indicação conjunta dos Ministros da Fazenda e da Justiça e aprovação pelo Senado, terá mandato de dois anos, com a possibilidade de uma recondução. O papel da SEAE na investigação de casos de conduta e atos de concentração será efetivamente extinto. No entanto, a Secretaria manterá sua competência relativa à advocacia da concorrência.

Um elemento importante no projeto de lei é a criação de 200 cargos permanentes no CADE. Esses cargos não exigiriam qualificações específicas para o exercício das funções do CADE; seus ocupantes seriam designados a partir de outras áreas de especialidade do serviço público federal.

#### **4.2. Procedimentos em casos de conduta**

A Superintendência-Geral do CADE, como sucessora do DPDE/ SDE, será responsável pelo monitoramento dos mercados, identificação das possíveis infrações e condução das investigações. O projeto de lei cria três estágios de procedimento na SG, o “procedimento preparatório”, o “inquérito administrativo” e o “processo administrativo”, com prazos de duração estabelecidos para cada um deles. O primeiro estágio é o procedimento preparatório, instaurado caso a SG deseje averiguar se uma conduta recai sob a competência do SBDC. O segundo é o estágio de investigação formal, enquanto o terceiro é o estágio no qual um relatório formal fundado na investigação conduzida deve ser preparado para submissão ao Tribunal. Atualmente, existem efetivamente apenas duas fases investigativas na SDE após a apresentação de reclamação formal à Secretaria. No projeto de lei, uma decisão da SG de encerrar a investigação no segundo estágio poderá ser revista pelo Tribunal. Assim que o caso estiver no Tribunal, a única mudança em relação aos procedimentos atuais é que o Superintendente-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá permitir a participação no caso de terceiro interessado que seria afetado pela decisão do Tribunal, ou que tenha legitimidade para representar os interesses de uma classe afetada.

Atualmente, o CADE pode impor uma multa máxima de 30% do faturamento bruto da empresa investigada. O projeto de lei reduz esse máximo para 30% do valor do faturamento bruto da empresa no mercado relevante em que ocorreu a infração, mas, tal como ocorre na lei atual, a multa não poderá ser inferior à vantagem auferida em decorrência da conduta.

O projeto de lei traz algumas modificações ao programa de leniência. A regra atual de que o acordo de leniência não está disponível ao líder do cartel será eliminada, por dois motivos: em primeiro lugar, é difícil determinar qual dos participantes do cartel é o líder e, em segundo lugar, negar a celebração de acordo de leniência ao líder tem o efeito de impedir o

acesso (ao menos inicialmente) a um participante que provavelmente tem a maioria das informações sobre o cartel. Ademais, conforme observado acima no item 2.1.1.1, a redução ou suspensão da ação punitiva decorrente da celebração de acordo de leniência atualmente se estende apenas à responsabilidade criminal prevista na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, e não a outros possíveis crimes previstos em diplomas legais criminais, como fraudes em compras públicas. O projeto de lei amplia a concessão dos benefícios resultantes da celebração do acordo de leniência, para que se apliquem também a esses crimes.

### **4.3. Análise dos atos de concentração**

A atual lei carece de um padrão substantivo explícito para revisão de atos de concentração, embora os padrões atualmente empregados pelo SBDC sejam os mesmos utilizados em muitos outros países. O projeto de lei estabelece um padrão baseado no Regulamento de Atos de Concentração da Comissão Européia. Outra mudança substancial prevista no projeto de lei diz respeito às eficiências. O artigo 54 exige, atualmente, que se um ato de concentração inicialmente considerado como anticoncorrencial for aprovado porque as eficiências que ele produz suplantam os prejuízos, as eficiências devem ser “alocadas equitativamente”, o que presumidamente significa “alocadas igualmente”, entre os participantes da transação e os consumidores. O projeto de lei exige simplesmente que os consumidores “compartilhem” os ganhos de eficiência.

Há mudanças significativas no projeto de lei que afetam os procedimentos de revisão de atos de concentração. Será introduzida a notificação prévia dos atos de concentração: as partes da operação não poderão consumir a transação até que o CADE a tenha aprovado ou até que o prazo legal para análise expire. Ademais, enquanto o atual artigo 54 se aplica a atos de concentração que formalmente não constituem fusões, o projeto de lei se aplica somente a “fusões”, definidas como transações nas quais: (1) duas empresas se fundem, (2) uma empresa adquira o controle dos ativos de outra, ou (3) seja realizada uma *joint venture* que possibilite a formação de uma entidade econômica independente. Os parâmetros da notificação também serão alterados. O projeto de lei estipula parâmetros de tamanho mínimos para a submissão de notificação, expressos pelo faturamento total obtido no Brasil, para os dois participantes do ato de concentração. Um dos participantes deve ter faturamento de, no mínimo, R\$400 milhões, e o outro de R\$30 milhões. Atualmente, não existe parâmetro mínimo exigido para o segundo participante. O parâmetro de participação de mercado de 20 por cento presente na Lei atual é excluído no projeto de lei. A taxa de notificação de R\$45.000 é mantida, a ser alocada inteiramente ao CADE.

Conforme observado no projeto de lei, a SEAE não terá papel formal na revisão de um ato de concentração. Após o recebimento de uma notificação, a Superintendência-Geral (SG) deve, no prazo de cinco dias úteis, publicar um edital contendo o resumo da transação proposta. (Todos os prazos no projeto de lei estão expressos em termos de dias úteis e, exceto se forem observados de forma diferente, todos se iniciam na data da notificação.)<sup>65</sup> No prazo de 20 dias após a notificação, a SG deve aprovar a fusão ou determinar a realização de instrução complementar, para a obtenção de informações adicionais. No caso de aprovação pela SG, o CADE tem 15 dias a contar da decisão da SG para rever a aprovação, mas não precisa fazê-lo. Ademais, uma terceira parte interessada pode, no prazo de 15 dias, recorrer ao CADE da decisão da SG. Se não houver recurso de terceiros interessados, nem determinação pelo CADE de rever a decisão da SG, a operação é automaticamente aprovada após expirados os 15 dias. Esse procedimento é o equivalente ao atual procedimento sumário.

Se a SG determinar a realização de instrução complementar para obter informações adicionais, o Superintendente tem um período de 60 dias a contar da data de notificação para decidir se aprovará a fusão ou se recomendará ao CADE que ela seja rejeitada ou aprovada com restrições. Se a SG aprovar a fusão, aplica-se o mesmo procedimento de 15 dias descrito anteriormente, referente às operações analisadas sob o procedimento sumário. Cumpre ressaltar que a determinação de realização de instrução complementar pela SG não suspende o transcorrer do período de 60 dias. Esta é uma falha potencial no projeto de lei, porquanto apresenta a oportunidade óbvia para os solicitantes retardarem a submissão das informações suplementares durante a maior parte ou a totalidade do período de 60 dias. Uma resposta óbvia pela SG nessa hipótese seria recomendar a rejeição da operação ao CADE. Entretanto, existe outra opção, talvez mais provável, que seria a de a SG declarar a fusão “complexa”.

A legislação estipula um procedimento separado, e de certa forma paralelo, para os participantes da fusão que seja declarada pela SG como “complexa”. A SG deve, a seu critério, fazer essa determinação no prazo de 50 dias da apresentação da notificação. O uso desse procedimento seria outra forma de a SG tratar de uma situação na qual as partes não tenham cumprido com o prazo de 20 dias do pedido inicial para a apresentação de informações, até o 50º dia. Resta claro que a SG poderia tomar a decisão de declarar a operação “complexa” dentro dos primeiros 20 dias, evitando assim a necessidade de emitir dois pedidos suplementares.

Se a SG declarar que uma operação é complexa, deve emitir seu pedido de informações suplementares dentro do prazo de 50 dias. As informações devem ser fornecidas no prazo de 90 dias a contar da data da notificação. Após expirados os 90 dias, a SG tem 10 dias para decidir se aprova a

operação ou para recomendar sua rejeição ou aprovação com restrições. No primeiro caso, aplica-se o mesmo procedimento de 15 dias explicado anteriormente.

Se a SG recomendar a rejeição ou modificação da transação por qualquer processo descrito acima, o procedimento a seguir aplica-se no Tribunal. No prazo de 48 horas, o caso será encaminhado a um Conselheiro Relator de forma aleatória. No prazo de 20 dias a contar da decisão da SG rejeitando o ato de concentração, o Conselheiro Relator deverá ordenar que o caso seja agendado para julgamento ou, caso seja necessário obter informações adicionais, que a SG emita outro pedido de instrução complementar. Se forem solicitadas informações adicionais, o Conselheiro Relator deverá agendar o caso para julgamento no prazo de 30 dias do recebimento das informações. Não existe período determinado para o julgamento, mas o projeto de lei estipula um prazo para que a decisão final do caso seja tomada, a saber, 240 dias a contar da data da notificação. Esses 240 dias podem ser prorrogados em duas circunstâncias: (1) se as partes solicitarem uma prorrogação de 60 dias, ou (2) se o Tribunal ordenar uma prorrogação de 90 dias. Desse modo, todos os processos de fusão devem ser decididos pelo CADE no prazo máximo de 330 dias da data de notificação.

O direito de um terceiro interessado de recorrer contra decisão da Superintendência-Geral que aprove uma concentração é novidade. O recurso é apresentado primeiramente na SG, que tem cinco dias para reverter sua decisão ou encaminhar o recurso ao Tribunal. Caso seja encaminhado, o Conselheiro Relator determinará (sujeito à revisão pelo Tribunal) se conhecerá do recurso. Caso positivo, o recorrente desempenhará o papel que a Superintendência-Geral desempenharia. A SG, entretanto, tem a possibilidade de participar como parte, para defender sua decisão. Se o recurso interposto por um particular for conhecido, mas ao final rejeitado, o Tribunal deverá impor multa de R\$5.000 a R\$5 milhões (US\$2.815 a US\$2,8 milhões). O valor cobrado deverá ser determinado considerando-se a condição econômica do apelante, sua atuação no processo, sua boa-fé e os efeitos do retardamento para a aprovação do ato.

O projeto de lei também estabelece um mecanismo formal para a solução de casos de fusão por meio de acordos. A Superintendência-Geral terá poderes para negociar um acordo referente à concentração notificada a qualquer tempo antes de a mesma ser contestada junto ao Tribunal. Uma vez negociado, o acordo deverá ser disponibilizado durante pelo menos 10 dias para consulta pública, após o que a SG poderá decidir renegociar a proposta antes de transmiti-la ao Tribunal para decisão final.

## 5. Limites da política de concorrência: isenções e regimes regulatórios especiais

A Lei de Defesa da Concorrência, por seus termos, aplica-se “às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal (artigo 15).” O SBDC entende que a Lei é aplicável ao governo federal e a suas agências, embora nunca tenha havido um caso para testar essa afirmação. Na realidade, o SBDC interage com o governo federal em questões de concorrência por meio da advocacia da concorrência. Os governos estaduais e suas agências são considerados fora do âmbito da lei em razão do federalismo. A lei aplica-se a todas as entidades privadas de todos os setores da economia e, por conseguinte, a empresas que operam em setores regulados. A única exceção a este princípio tem surgido no setor financeiro, descrito adiante. As empresas comerciais de propriedade do governo federal ou estaduais estão claramente abrangidas. Os regimes regulatórios e as interações entre a aplicação da legislação de defesa da concorrência e regulação em setores selecionados são descritas a seguir.

### 5.1. Telecomunicações

Este setor foi liberalizado em 1997. As empresas estatais foram privatizadas e a Lei Nacional de Telecomunicações promulgada naquele ano criou uma nova agência reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Diferentemente da maioria dos outros setores regulados, a Lei de Telecomunicações foi específica sobre a relação entre regulação e a legislação de defesa da concorrência. A Lei estipulou a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência para aquele setor, e autorizou tanto a ANATEL quanto o CADE a aplicá-la. O artigo 7º da Lei estipula que “as normas gerais de proteção à ordem econômica [que incluem a Lei 8.884] são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei”. Ademais, o artigo 19 estabelece como função da ANATEL “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”. Portanto, condutas e operações de concentração podem ser consideradas tanto pela ANATEL como pelo CADE, ou por ambos. A Lei de Telecomunicações criou um regime especial para atos de concentração. A notificação prévia de atos de concentração no setor de telecomunicações deve ser submetida à ANATEL, única hipótese

atualmente existente no Brasil em que há o controle prévio de atos de concentração.

O CADE e a ANATEL têm desenvolvido um arranjo de trabalho cooperativo pelo qual a ANATEL assume o papel da SDE e da SEAE em casos de atos de concentração envolvendo serviços de telecomunicações. Pelo arranjo, a ANATEL realiza a investigação e fornece um parecer técnico, enquanto o CADE profere a decisão final. A ANATEL afirma que segue o processo analítico de atos de concentração empregado pelo SBDC. Embora o SBDC recepcione informações provenientes da ANATEL em quaisquer atos de concentração no setor, conclui-se que o processo seria mais eficiente se a investigação fosse conduzida unicamente pelo SBDC, como ocorre em todos os demais setores regulados. Esse tópico foi objeto de debate no Congresso Nacional quando da consideração do projeto de lei de defesa da concorrência, mas até o início de 2010 a questão ainda não havia sido resolvida.

Em relação a casos de conduta, a ANATEL tem competência concorrente com a SDE e a SEAE, de modo que qualquer uma ou todas as três agências podem realizar funções investigativas e apresentar recomendações ao CADE. O CADE considera regularmente tanto casos de fusão como de conduta no setor de telecomunicações, alguns dos quais estão descritos no item 2.1.4. As duas agências têm operado sob uma série de acordos de cooperação, com duração determinada. As duas não trabalham em conjunto de forma particularmente estreita, mas têm colaborado em áreas como televisão a cabo e por assinatura, e têm desenvolvido conjuntamente regras referentes à metodologia para a análise antitruste.

## 5.2. *Petróleo e gás natural*

A Lei de Hidrocarbonetos de 1997 criou uma nova agência reguladora para supervisionar os mercados de gás natural e petróleo, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Esta lei, explicitamente, cuida ainda da interação entre a agência reguladora e o SBDC. A ANP deve comunicar à SDE e ao CADE se tomar conhecimento de evidência que sugira uma violação à Lei de Defesa da Concorrência. O CADE, por sua vez, deve comunicar à ANP quaisquer sanções que aplicar a empresas do setor, de tal forma que a ANP possa adotar qualquer medida legal apropriada (como o cancelamento de licenças).<sup>66</sup>

O setor continua a ser dominado pela Petrobrás, que manteve monopólio legal até 1997 e ainda é controlada pelo governo. Esta empresa é, de longe, responsável pela maior parcela da exploração, produção, transporte, refino e distribuição de petróleo e produtos refinados no país.<sup>67</sup> Seu domínio em gás natural (responsável por uma parte relativamente pequena do consumo de

energia no Brasil) é ainda maior. Ela controla mais de 90 por cento das reservas de gás do Brasil e opera o sistema de gasodutos interestaduais do país.<sup>68</sup> A ANP exerce sua autoridade reguladora em diversas partes do setor de petróleo e gás, notadamente a exploração e o transporte. Os preços de varejo dos derivados de petróleo e gás não são mais controlados.

O CADE considera regularmente casos de conduta nos setores de petróleo e gás, embora nenhum tenha envolvido diretamente abuso de posição dominante da Petrobrás nos últimos anos. O CADE tem analisado casos de cartéis de venda a varejo de combustível automotivo, comentados anteriormente. Ele processou cartéis locais em gás de petróleo liquefeito em 2004 e 2008, e um cartel de óleo diesel em 2004. Eventualmente, tem também avaliado atos de concentração nesses setores. Um destes envolveu a *joint venture* entre a Petrobrás e a empresa White Martins para a produção de gás natural liquefeito (GNL). A Petrobrás era monopolista no transporte de gás natural, conforme observado acima, e também era dominante na produção de gás de petróleo liquefeito (GLP), uma alternativa ao GNL para muitas aplicações. Entretanto, nem a Petrobrás nem a White Martins, esta última líder na produção de gases industriais não relacionados à energia (como oxigênio e nitrogênio), produziam GNL. O CADE identificou preocupações verticais na transação decorrentes do controle pela Petrobrás de gás natural, o insumo necessário. Todavia, as partes argumentaram que a *joint venture* geraria eficiências significativas, o que foi aceito pelo CADE. A transação foi autorizada, mas foi imposta uma restrição exigindo que as partes tornassem seus preços e contratos transparentes, tornando assim mais fácil identificar e processar condutas ilegais futuras.<sup>69</sup> Mais recentemente, o CADE aprovou sem restrições uma fusão entre dois distribuidores de GLP.<sup>70</sup>

### 5.3. Eletricidade

O regulador para este setor, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), foi também criada em 1997, e sua lei também exige que sejam efetivados os princípios da concorrência sempre que possível. A maior parte da capacidade de geração elétrica do país é hidrelétrica, mas a participação da energia hidrelétrica caiu de 83% em 2001 para 72% em 2009, em favor da geração térmica. Existem também pequenos componentes nucleares e eólicos. Cerca de 70% da capacidade total de geração é de propriedade pública, tanto do governo federal quanto dos estaduais. A empresa estatal monopolista anterior, Eletrobrás, continua controlando cerca de 40% do mercado. Existe também concorrência no nível de geração de energia, por meio de processos de leilão. Os ativos de transmissão são na maioria controlados pelos governos federal e estaduais. Cerca de dois terços dos ativos de distribuição são operados pela iniciativa privada; existem mais de 60 empresas de distribuição.

A ANEEL e o CADE têm um acordo formal de cooperação e, recentemente, as duas agências têm desenvolvido estreitas relações de trabalho. Seus representantes reúnem-se regularmente e trocam diversas informações. O CADE considera regularmente os atos de concentração no setor, que podem envolver fusões de distribuidores ou aquisições de pequenos produtores. O CADE consulta a ANEEL acerca dessas transações, as quais são, praticamente em sua totalidade, aprovadas sem restrições. Recentemente, o CADE considerou a criação de um consórcio de três usinas de geração térmica que concorreram com sucesso em um leilão da ANEEL para fornecer energia à rede. A ANEEL havia aprovado a formação do consórcio, e as partes argumentaram que isto excluía a competência do CADE sobre a matéria. Em sua decisão, o CADE rejeitou este argumento, mas aprovou a transação, impondo uma multa pela ausência de notificação tempestiva do ato de concentração.<sup>71</sup>

#### 5.4. *Transporte terrestre*

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) foi criada em 2002<sup>72</sup> e incumbida da responsabilidade de regular os serviços ferroviários e rodoviários. Há poucos serviços ferroviários de transporte de passageiros no Brasil, à exceção das áreas urbanas, que, pelo fato de não envolverem serviço interestadual, são regulamentados pelos estados.<sup>73</sup> A ANTT regula o acesso à rede e as tarifas dos fretes por meio de um sistema de *price cap*. No final dos anos 90 as condições precárias de algumas estradas no Brasil estimularam o governo a celebrar acordos de concessão com empreiteiras privadas, que construiriam e manteriam seções do sistema rodoviário interestadual em troca do direito de cobrar pedágios, cujo nível seria regulamentado. Uma segunda fase do processo de concessão foi concluída em 2007. Conforme discutido adiante, a SEAE teve um papel consultivo importante na estruturação do projeto dessas concessões da segunda fase.

A ANTT também regulamenta o transporte interestadual de passageiros em ônibus. Em alguns países, o transporte de ônibus de longa distância é regulamentado de forma branda, ou nem é regulamentado, mas no Brasil este serviço é importante para muitos cidadãos e, como tal, pode estar sujeito à exigência constitucional de supervisão de “serviços públicos”. A ANTT concede licenças para a operação de certas rotas por meio de processo licitatório, cujos termos incluem tarifas e frequência de serviço. A agência enfrenta regularmente o problema de provedores não autorizados operando nas rotas mais populares. As mudanças nas tarifas estão sujeitas à revisão da ANTT, embora os operadores tenham liberdade para oferecer tarifas “promocionais” desde que não sejam predatórias (o que é especialmente difícil de determinar nesta indústria) ou envolvendo uma “violação à ordem econômica”.

Tanto o CADE como a SEAE têm acordos de cooperação com a ANTT. A SEAE geralmente interage com os reguladores de transporte, conforme descrito adiante, e o CADE menos. O CADE ocasionalmente considera casos no setor ferroviário. A fusão Vale/CSN descrita no item 2.2.3 foi um dos casos de fusão mais importantes recentemente. O caso ALL também descrito no item 2.2.3 foi outra fusão no setor.

### 5.5. *Aviação civil*

Até recentemente, a aviação civil no Brasil estava sob o controle do Departamento de Aviação Civil (DAC), inserido no Ministério da Defesa do Brasil. O Diretor do DAC e alguns de seus empregados eram militares. A base lógica declarada para a relação entre a aviação civil e militar era de que ambos os setores compartilham algumas instalações, incluindo aeroportos e o sistema de controle de tráfego aéreo. Em 2006, entretanto, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) foi criada como uma agência reguladora independente para o setor. Ela é responsável pela regulamentação das questões de segurança, licenciamento de pessoal, operações e aeroportos. Os preços e o acesso têm sido desregulamentados, o que causou reestruturação significativa na indústria. Atualmente, o setor está altamente concentrado, com duas empresas líderes controlando por volta de 90% do mercado, embora duas outras empresas tenham entrado recentemente e estejam ganhando parcelas do mercado.

Não muito tempo após a ANAC ter sido criada, esta enfrentou o que foi chamado de “crise na aviação”, que foi iniciada pelo maior acidente aéreo ocorrido no Brasil. O sistema de controle de tráfego aéreo, aliado ao fato de 67 dos maiores aeroportos do país serem operados pela INFRAERO, uma companhia estatal, foi alvo de críticas pesadas. Apesar de a ANAC ter anunciado uma série de medidas corretivas, as diversas questões geradas pela crise ainda estão sendo debatidas.

Uma barreira à entrada no Brasil, como em alguns outros países, é a necessidade de *slots* nos aeroportos mais movimentados do país, notadamente os aeroportos centrais das cidades de São Paulo e do Rio. Em 2008, o CADE analisou a proposta de aquisição pela GOL, uma das duas maiores empresas aéreas do país, da VARIG, que já foi a empresa aérea internacional líder no Brasil, mas cujos ativos sofreram um declínio vertiginoso desde a desregulamentação e a deixaram próxima da falência. A questão concorrencial examinada mais detalhadamente pelo CADE foi a transferência para a GOL de *slots* da VARIG no Aeroporto de Congonhas em São Paulo. Entretanto, decidiu-se finalmente pela aprovação da transação.<sup>74</sup> Até a recente ênfase na ação contra cartéis pelo SBDC, um caso de 2004 contra quatro empresas aéreas (o caso foi instaurado em 1999) pela

fixação de preços na ponte aérea Rio-São Paulo, foi um dos mais importantes casos de cartel analisados pelo CADE. Havia apenas evidências circunstanciais de um acordo, consistindo em mudanças simultâneas e idênticas nos preços pelos representados. O CADE, entretanto, considerou que havia um acordo, e multou os representados com base no mínimo legal, de 1% de seus respectivos faturamentos em 1999 na rota Rio-São Paulo.<sup>75</sup>

### 5.6. Saúde

O Brasil possui um serviço público de saúde, conforme mencionado anteriormente, mas existe também um setor grande e crescente de planos de saúde privada, do qual cerca de 42 milhões de brasileiros participam. Até 2000, este setor era quase todo desregulamentado, mas naquele ano uma lei criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), conferindo-lhe certa autoridade sobre os preços.<sup>76</sup> Existem dois tipos básicos de plano de saúde: coletivo - o que é prestado a um grupo, geralmente por empregadores - e individual.

Os preços iniciais das seguradoras que entram no mercado (e das que existiam quando da implantação da regulamentação) não são controlados, embora a ANS determine, atualmente, com base atuarial, que os mesmos sejam suficientes para a estabilidade financeira da entrante. Aumentos subsequentes nos preços do plano individual (mas não nos coletivos) estão sujeitos à regulamentação pela ANS. Há cerca de 1.400 provedores de planos de saúde de algum tipo, mas 48 deles respondem por cerca de metade do mercado.

A partir de 2000, os preços dos produtos farmacêuticos também foram regulamentados. Desde 2003, eles estão sujeitos à regulamentação por *price cap* pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), que é um órgão interministerial no qual os Ministérios da Saúde, Fazenda, Justiça, e Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior estão representados. Conforme observado anteriormente no item 2.1.4, por volta da mesma época em que os preços dos produtos farmacêuticos passaram a ser regulamentados, o Congresso encaminhou à SDE diversas situações de possíveis preços abusivos por parte de empresas de medicamentos. Entretanto, até o momento, nenhuma delas resultou em decisão afirmando sua ilegalidade.

A Lei de Defesa da Concorrência aplica-se integralmente ao setor da saúde, no qual o SBDC tem considerado regularmente tanto casos de conduta como de atos de concentração, conforme descrito anteriormente.

### 5.7. *Sistema financeiro*

No Brasil existem cerca de 161 bancos, incluindo bancos comerciais e instituições de poupança e crédito.<sup>77</sup> É um setor concentrado. Os dez maiores bancos respondem por cerca de 90% do total dos ativos e o CR4 é de cerca de 68%. Continuam existindo bancos estatais federais e estaduais, embora o número esteja declinando gradativamente. Os bancos públicos ou controlados pelo governo respondem por 36% do mercado. O Banco do Brasil, o maior do sistema, tem controle federal, embora suas ações sejam comercializadas publicamente. No início da década de 2000, houve a entrada de alguns bancos estrangeiros de grande porte, embora muitos deles tenham abandonado o mercado posteriormente. Recentemente, houve uma espécie de onda de fusões de bancos no Brasil. Em 2007, o ABN Real foi adquirido pelo Santander da Espanha, representando a primeira vez em que um banco estrangeiro desafiou os líderes locais. Em 2008, o Itaú, o segundo maior banco do Brasil, adquiriu o Unibanco, alcançando a posição de número um no país. O Banco do Brasil respondeu adquirindo instituições de poupança e empréstimo, incluindo duas que haviam sido de propriedade de estados importantes (São Paulo e Santa Catarina), reassumindo, assim, o primeiro lugar.

O sistema financeiro é o único setor regulado no qual a Lei de Defesa da Concorrência não tem sido plenamente aplicada. O Banco Central – BACEN - há muito defende a tese de que ele deve ter a jurisdição exclusiva neste setor por motivos “prudenciais” – a segurança do sistema financeiro. Em especial, o Banco Central tem exercido controle exclusivo sobre as fusões de bancos, baseado no fato de que ele deve assegurar solução apropriada a “bancos problemáticos” e fazer cumprir os limites constitucionais sobre a entrada de instituições bancárias estrangeiras. Em 2001, a Advocacia-Geral da União emitiu parecer legal concluindo que a especificidade da legislação financeira no Brasil tinha precedência sobre a linguagem mais geral da Lei de Defesa da Concorrência e, assim, atribuiu efetivamente ao Banco Central a competência exclusiva sobre bancos para todas as finalidades.

O CADE nunca concordou com essa opinião, assumindo a posição de que a Lei de Defesa da Concorrência (que foi promulgada após a lei dos bancos) é aplicável por seus termos a todas as empresas comerciais, e que o CADE, como agência autônoma, não está vinculado a um parecer legal emitido pelo Poder Executivo. A questão foi submetida aos tribunais em recurso contra decisão do CADE que multou dois bancos, Bradesco e BCN, por não haverem notificado o ato de concentração ao CADE. O tribunal de primeira instância e o tribunal recursal decidiram em favor do CADE, mas o caso foi submetido a novo recurso, junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, em 2005, o CADE e o BACEN celebraram um acordo de cooperação estipulando a troca de informações. Os dois colaboraram para a elaboração de um conjunto de diretrizes sobre atos de concentração para o setor financeiro, que foram baseadas no guia de análise de concentrações horizontais da SEAE/SDE. Um projeto de lei resolvendo a disputa sobre competência foi enviado ao Congresso em 2003 e aprovado pelo Senado em 2007, e está atualmente pendente na Câmara dos Deputados. O projeto de lei estipula que o Banco Central deverá ter competência exclusiva para rever fusões que envolvam risco sistêmico para a estabilidade do sistema financeiro (uma questão que seria determinada pelo BACEN). O CADE e o BACEN compartilhariam a autoridade de rever todos os outros casos atos de concentração. A competência para tratar de casos de conduta no setor financeiro permaneceria exclusiva ao SBDC.

Em 2008, CADE e BACEN chegaram a um acordo estipulando a revisão conjunta dos atos de concentração de bancos e estipulando, ainda, que ambas as agências trabalhariam para a promulgação da legislação acima descrita. (Esse acordo levou o Tribunal Superior de Justiça a adiar a audiência que tinha sido marcada no caso Bradesco/BCN descrito anteriormente). Em conformidade com o acordo, as fusões de bancos são comunicadas a ambas as agências. A fusão Unibanco/Itaú, já mencionada, foi uma delas. Ela foi aprovada pelo BACEN, mas o caso continua no CADE. O BACEN nunca desaprovou formalmente uma proposta de fusão a ele submetida, geralmente sustentando-as com base no fato de que criam eficiências e beneficiam a concorrência.

### **5.8. *O Projeto de Lei para as agências reguladoras***

Em 2003, foi apresentado um projeto de lei ao Congresso que padronizaria, entre outras coisas, a relação entre as agências reguladoras e o SBDC (no âmbito das legislações setoriais, as agências reguladoras já são obrigadas a promover a concorrência nos setores sob sua supervisão). Os reguladores deveriam monitorar suas indústrias quanto ao cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência, informar suspeitas de violações e fornecer relatórios técnicos a pedido do CADE, para uso em seus procedimentos. O CADE deveria comunicar à agência específica as decisões tomadas em casos de conduta e atos de concentração de seu setor, para que a agência pudesse adotar quaisquer medidas legais necessárias. O projeto de lei também revê os procedimentos para comentário pela SEAE sobre regulamentos propostos. As agências reguladoras deveriam solicitar um parecer da SEAE, 15 dias antes das normas e regulamentos propostos serem divulgados para consulta pública. A SEAE deveria emitir, posteriormente, no prazo de 30 dias, um parecer público sobre as implicações da norma

proposta para a concorrência.<sup>78</sup> O projeto permanece na Câmara dos Deputados, e parece não haver muita disposição para sua aprovação.

## 6. Advocacia da concorrência

A advocacia da concorrência possui duas dimensões. A primeira reflete o papel da agência de concorrência como consultora do governo e das agências reguladoras setoriais com relação à legislação e aos regulamentos que constituem a política da concorrência. A segunda é a busca do aumento do entendimento e da aceitação pública aos princípios da concorrência.

A SEAE é muito atuante na advocacia da concorrência perante outros setores do governo e agências reguladoras. Existem motivos históricos e estruturais para o destaque da SEAE neste campo. Conforme descrito acima, até meados dos anos 90, havia um controle pesado do Estado sobre a economia, e o Ministério da Fazenda, do qual a SEAE é parte, foi ator central deste esquema. A SEAE era o que pode ser chamado de *think tank* em questões deste tipo. Quando a liberalização econômica teve início em 1994, mas antes da criação das agências reguladoras, o Ministério da Fazenda era responsável por monitorar os “preços do serviço público”. Uma lei de 1995, que implementou o Plano Real, estipulou:

*“A partir de 1º de julho de 1994, o reajuste e a revisão dos preços públicos e das tarifas de serviços públicos serão determinados (...) de acordo com os atos, normas e critérios a serem fixados pelo Ministro da Fazenda”.*<sup>79</sup>

Um decreto subsequente conferiu à SEAE (lembrando que seu nome completo é Secretaria de Acompanhamento Econômico) tarefas importantes nesta supervisão, incluindo a realização de análise técnica de alterações de preços, emissão de pareceres sobre decisões regulatórias e privatização de companhias estatais, monitoramento do desenvolvimento de setores e programas, representação do Ministério da Fazenda em atividades interministeriais e fomento da coordenação com as entidades do setor público, setor privado e organizações não-governamentais também envolvidas nestas tarefas.<sup>80</sup>

Uma característica estrutural que fomenta o destaque da SEAE na advocacia da concorrência intra-governamental é o fato de que a elaboração de políticas em diversos setores da economia está nas mãos de um conselho ou comitê no qual participam representantes de diversos ministérios. Há conselhos nos setores de transporte terrestre, saúde, aviação civil e energia, por exemplo. O Ministério da Fazenda participa de praticamente todos eles,

e a SEAE, em virtude da lei acima citada, é a representante do Ministério. Deve ser salientado, entretanto, que a força da SEAE – que faz parte de um ministério poderoso do governo – é também uma fraqueza em potencial. Sua advocacia em diversos assuntos poderia ser mais suscetível à influência política do que o seria uma agência independente. A SEAE afirma, entretanto, que, ao menos desde 2004, não está sujeita a qualquer influência política em sua função de advocacia da concorrência e que se considera capaz de atuar de forma independente nesta área.

Não é possível relacionar, detalhadamente, as inúmeras contribuições da SEAE neste papel de advocacia. Segue, abaixo, uma descrição geral de sua atividade nos últimos anos em alguns setores:

- Transporte terrestre de superfície: A SEAE participa de reuniões do Programa de Aceleração do Crescimento brasileiro (PAC), uma iniciativa presidencial, que tem papel ativo na formulação da política de transportes. A SEAE revê as tarifas de transporte ferroviário e elabora comentários sobre a estrutura reguladora (*price caps*). Ademais, tem assessorado a ANTT em seu processo de licitação de concessões de estradas. Suas recomendações tiveram um papel de destaque na redução dos preços, em até 46% abaixo do preço mínimo previsto nas licitações. Ela também tem assessorado a ANTT na estruturação das fórmulas para tarifas de ônibus de passageiros.
- Portos: A SEAE participou de uma força-tarefa encarregada de desenvolver procedimentos eficientes de contratação para dragagem. Em 2008, preparou estudo sobre regulamentação e concorrência em portos, empregando a experiência internacional no setor. No mesmo ano, a SEAE e a SDE participaram do desenvolvimento de um decreto, conhecido como Decreto Portuário, que estabeleceu políticas e diretrizes para o desenvolvimento do setor marítimo do Brasil.
- Transporte aéreo civil: A SEAE participou das deliberações que resultaram na criação, em 2006, da ANAC, a nova agência reguladora do setor. Forneceu recomendações sobre o processo de alocação de *slots* em aeroportos congestionados, que receberam ampla atenção pública, embora nem todas elas tenham sido adotadas. A SEAE participa de diversos comitês técnicos que formulam as políticas para o setor. Respondeu à crise na aviação, descrita anteriormente, com diversas recomendações, todas projetadas para introduzir maior concorrência no setor.
- Telecomunicações: A SEAE tem apresentado diversas contribuições nas consultas públicas patrocinadas pela ANATEL, a agência

reguladora de telecomunicações. Entre elas, foram tecidos comentários sobre: (i) mudança da metodologia usada para contabilizar os ganhos de produtividade em serviços de telefonia fixa sujeitos a tarifas reguladas; (ii) uso eficiente do espectro de radiofrequência, com a finalidade de reservar partes dele para os novos entrantes; (iii) o Plano Geral para a Atualização da Regulamentação das Telecomunicações (PGR); (iv) propôs revisões das áreas delegadas para serviços fixos locais, facilitando a entrada de provedores que operam em outras áreas. A SEAE participou, ainda, da criação da legislação atualmente no Congresso, que alteraria o mercado de TV paga. A legislação estabeleceria neutralidade tecnológica neste serviço, melhorando a concorrência e permitindo novas entradas, especialmente de companhias telefônicas.

- Saúde: Conforme comentado acima, parte do mercado de planos de saúde privados está sujeita a regulação de preços pela ANS, a agência reguladora do setor. A lei aplicável exige que ajustes anuais nos planos de saúde sejam submetidos à SEAE para aprovação antes de entrarem em vigor. Até hoje, a SEAE não reprovou qualquer mudança. Os preços dos produtos farmacêuticos são também regulados (por meio de price caps) por uma agência interministerial separada, da qual participa o Ministério da Fazenda, representado pela SEAE.
- Atividades bancárias: Em 2006, a SEAE, a SDE e o Banco Central formalizaram um acordo de cooperação, resultando em um estudo detalhado sobre o mercado de cartões de crédito no Brasil, concluído e publicado em 2009. Este estudo continha diversas recomendações e, entre outras coisas, resultou na decisão da Visa e da MasterCard de abandonarem os acordos exclusivos que tinham com suas respectivas redes de processamento, como descrito no item 2.1.2. Em 2007, o Banco Central e o Ministério da Fazenda, inclusive a SEAE, trabalharam em conjunto para desenvolver uma série de regras emitidas pelo Banco Central, disciplinando as tarifas de serviços financeiros.
- Transporte Urbano: O transporte de massa urbano é regulamentado nos níveis estadual e municipal. O papel do governo federal, estabelecido na Constituição Federal, é o da elaboração de diretrizes para estes serviços. A SEAE participou da elaboração de minuta de um conjunto de regras para este fim. Em 2007, foi apresentado um projeto de lei no Congresso que permitiria aos municípios aderirem a esse programa; a legislação está pendente.

- Outros mercados: A Coordenação Geral da Defesa da Concorrência (COGDC), que pertence à SEAE, possui responsabilidades de supervisão em diversos mercados regulados, incluindo alguns que são regulados em nível estadual e municipal. A SEAE tem participado de estudos dos serviços de taxis, auto-escolas e funerárias. Nas auto-escolas, por exemplo, uma investigação da fixação de preços revelou que alguns departamentos de trânsito estaduais tinham emitido instruções estabelecendo preços máximos e mínimos para este serviço. Tinham assim procedido com a finalidade de assegurar a qualidade suficiente do serviço, mas a SEAE convenceu-os de que essa meta poderia ser atingida por outros meios que não a fixação de preços, e a prática foi encerrada.
- Revisão da legislação: Foi proposta uma alteração do Código de Defesa do Consumidor, que exigiria que um fornecedor de bens e serviços “de natureza contínua” “estendesse as condições oferecidas para adesão de novos consumidores a contratos já em vigor”. A SEAE concluiu que, apesar do projeto articular uma preocupação válida, a saber, prover tratamento igual a consumidores, isto poderia prejudicá-los de outras formas, ao desestimular, por exemplo, as promoções que poderiam beneficiar todos os compradores no mercado. A SEAE recomendou que o projeto não fosse promulgado.
- Comércio: A SEAE participa ativamente da formulação da política comercial e desempenha um papel consultivo em casos de comércio, conforme está descrito no item 3.5.

O CADE e a SEAE também participam de diversas formas na advocacia de concorrência intra-governamental. Conforme observado no item 3.1, em uma recente reorganização interna o CADE criou um Grupo Técnico de Mercados Regulados, cuja finalidade é a de melhor informar o Conselho em questões sobre indústrias reguladas e desenvolver relações com os reguladores setoriais. O Grupo tem realizado diversas reuniões com a ANEEL, a agência reguladora de eletricidade, e está trabalhando em acordos de cooperação com a ANEEL, ANP (petróleo e gás), ANATEL (telecomunicações) e ANAC (aviação civil). Um acordo entre o CADE e a ANTT (transporte terrestre) foi assinado em 2006. A SDE tem ainda participado de projetos entre agências, notadamente o estudo sobre cartões de crédito, descrito anteriormente. Também participa como representante do Ministério da Justiça no CMED, que regula os preços de produtos farmacêuticos. Em 2009, o CADE e a SDE juntaram-se à SEAE na assinatura de acordo de cooperação com a ANS (saúde), com a finalidade de estudar a concorrência no mercado de planos de saúde privados.

Todos os três órgãos são atuantes no segundo aspecto da advocacia da concorrência, a promoção da conscientização pública e suporte à política de concorrência. A atividade extensa da SDE no combate a cartéis está documentada no item 2.1.1.4. O CADE publica um boletim informativo (Cade Informa) contendo artigos da área. O boletim está em seu 23<sup>o</sup> volume. Também foi publicado o Guia Prático do CADE sobre Defesa da Concorrência no Brasil, uma publicação bilíngüe com informações sobre a legislação relevante e as principais decisões do CADE. A 3<sup>a</sup> edição foi publicada em 2007. O CADE celebrou acordos com diversas instituições de ensino no Brasil, com a finalidade de promover o estudo da política de concorrência.

Os três órgãos possuem programas de intercâmbio acadêmico no qual, duas vezes por ano, alunos universitários passam cerca de um mês nas instituições, onde eles têm a oportunidade de trabalhar com acadêmicos e profissionais da área. Ao final do programa, eles devem apresentar um trabalho final orientado por um profissional de uma das agências. O programa comprovou ser uma ferramenta útil de recrutamento. Diversos participantes foram, posteriormente, trabalhar em um dos três órgãos. Em 2006, a SEAE, em parceria com uma universidade brasileira e o Banco Mundial, criou um prêmio em dinheiro para monografias sobre concorrência e regulação. No primeiro concurso, foram apresentados 154 trabalhos. O CADE possuiu um programa similar.

Representantes dos três órgãos participam regularmente de conferências e seminários sobre política de concorrência. Os três órgãos mantêm *websites* informativos.<sup>81</sup> Os da SEAE e da SDE incluem seções em inglês, e o CADE pretende criar seções tanto em espanhol como em inglês em 2010.

## 7. Conclusões e recomendações

### 7.1. *Pontos fortes e fracos*

O Relatório de 2005<sup>82</sup> detalhava o progresso que o SBDC havia alcançado desde o início da década, e o Sistema continuou a se desenvolver sobre estas conquistas. Dentre suas diversas realizações, duas se destacam. O programa de combate a cartéis do SBDC, praticamente inexistente em 2000, apresenta-se agora ativo e eficaz. Particularmente notável é o componente da execução criminal. O Brasil é como a maioria dos países nos quais a conduta de cartel pode ser processada criminalmente, em que leis criminais apartadas se aplicam à conduta, afora a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Aquelas leis são aplicadas por promotores públicos, e não pela autoridade de concorrência. Para um programa criminal ser bem

sucedido, deve haver uma estreita cooperação entre os promotores e a autoridade de concorrência. O Brasil progrediu significativamente neste sentido. Da mesma forma, o SBDC, especialmente a SDE, deu grandes passos no desenvolvimento de suas aptidões de investigação de cartéis; a autoridade faz uso pleno das ferramentas à sua disposição - buscas e apreensões, programa de leniência, inspeções (visitas a escritórios comerciais mediante aviso) e técnicas judiciais computadorizadas. Na América Latina, o Brasil é visto como líder no combate a cartéis, e seus vizinhos consultam-no regularmente nessa matéria. O programa de advocacia da SDE em cartéis é inovador e bem-sucedido.

A segunda grande realização do SBDC foi a implementação do procedimento sumário de revisão de atos de concentração. O Sistema havia ficado atolado por procedimentos ineficientes de revisão de fusões, que consumiam até 70% dos recursos do Sistema e ocasionavam atrasos indevidos. O procedimento sumário aplica-se atualmente a 90% dos atos de concentração notificados ao SBDC, liberando recursos para outros trabalhos, notadamente o programa de combate a cartéis, e beneficiando a comunidade empresarial ao acelerar a aprovação de suas transações. O procedimento sumário tem outro efeito benéfico, o de pavimentar o caminho para a notificação prévia de fusões. A maior parte da comunidade empresarial apóia a notificação prévia de atos de concentração (com a ressalva de que sejam conferidos ao SBDC recursos adicionais suficientes para operá-la de forma eficiente), mas este apoio provavelmente não existiria se o SBDC não tivesse demonstrado que pode processar os atos de concentração rapidamente. Em outros aspectos, o SBDC aprimorou administrativamente o processo de notificação dos atos de concentração ao interpretar o critério de R\$400 milhões como sendo aplicável apenas ao faturamento bruto no Brasil, ao restringir a aplicação do critério de participação em 20% de um mercado relevante e esclarecendo, até certo ponto, a definição da data que inicia a contagem do prazo de 15 dias para a notificação dos atos de concentração.

A SEAE continua tendo acesso significativo junto ao governo e às agências reguladoras setoriais como defensora da concorrência. Em outros aspectos o SBDC advoga em prol da concorrência de forma eficiente na esfera pública, e participa ativamente, de várias formas, na comunidade de concorrência internacional. O SBDC é respeitado em outras áreas do governo, pelos tribunais e pela comunidade empresarial.

Entretanto, o SBDC continua enfrentando diversos problemas. O principal deles refere-se ao índice elevado de rotatividade de pessoal nas três agências. No CADE, o problema tem sido particularmente grave. Houve pelo menos duas razões para tanto: a curta duração do mandato dos Conselheiros – dois anos - e o fato de que até recentemente todos os profissionais que ali trabalhavam serem funcionários contratados ou

concurados cedidos por outras agências do governo. O problema desta rotatividade é exacerbado pelo fato das agências disporem, de antemão, de um número reduzido de funcionários. Isso é particularmente expressivo no CADE e da SEAE. Um resultado deste problema é o acúmulo permanente das investigações de conduta na SDE e o prazo médio para que um caso de conduta seja concluído. Apesar de terem ocorrido melhorias substanciais no processo de análise de atos de concentração, o Sistema continua padecendo da ausência de notificações prévias. O resultado são longos períodos de análise de atos de concentração sujeitos ao procedimento ordinário e maiores obstáculos para a imposição de remédios estruturais pelo CADE quando as fusões forem consideradas anticoncorrenciais.

A revisão judicial dos casos de defesa da concorrência emergiu como uma questão importante para o SBDC. Muitas das decisões do CADE impondo sanções ou remédios foram objeto de recursos junto aos tribunais. Estes têm concedido liminares suspendendo a implementação das decisões do CADE e, devido ao fato de um caso típico poder levar dez anos ou mais para ser concluído caso chegue à última instância recursal no Judiciário, o efeito é efetivamente o de frustrar a implementação das decisões do CADE. O CADE tem adotado uma postura mais pró-ativa no Judiciário nos últimos anos com a obtenção de certo sucesso, especialmente na cobrança de multas, mas há limites ao que o SBDC pode fazer por si só.

## **7.2.        *Recomendações que dependem de legislação***

### **7.2.1.     *Promulgar o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional para alterar a Lei de Defesa da Concorrência***

As recomendações a seguir estão abordadas na legislação proposta, descrita no item 4 acima, e foram também apresentadas no Relatório de 2005.

#### **7.2.1.1.   *Consolidar as funções do SBDC de investigação, acusação e decisão em uma agência autônoma.***

O SBDC tem feito o melhor de um Sistema que um dia foi considerado altamente ineficiente. A duplicação dos esforços que existia entre a SDE e a SEAE foi eliminada. Ambas as Secretarias tornaram-se eficientes em suas áreas de responsabilidade, a SDE em investigações de casos de conduta e a SEAE na análise dos atos de concentração e advocacia da concorrência. Ainda assim, existem ineficiências oriundas do fato das três funções estarem em agências separadas, e por vezes há falta de comunicação. O Relatório de 2005 aponta que o modelo de agência única provou ser bem sucedido em

muitas jurisdições, e uma vez fornecidos os recursos apropriados não há motivo algum para se acreditar que ele não funcionaria no Brasil.

A legislação transferiria as responsabilidades investigativas da SDE para a nova Superintendência-Geral do CADE. A função de revisão dos atos de concentração exercida pela SEAE também seria transferida para a Superintendência-Geral, enquanto a SEAE manteria sua competência para advocacia de concorrência. Entretanto, essa reestruturação impõe seus desafios. Desse modo, será importante preservar a *expertise* que se desenvolveu na SDE e na SEAE, e ao mesmo tempo aumentar sua eficiência.

#### 7.2.1.2. Criar cargos de carreira no CADE e prover recursos adequados para contratar e reter um número suficiente de profissionais qualificados.

Esse é um ponto crítico. O Relatório de 2005 apontou o número inadequado de funcionários, bem como sua elevada rotatividade, como sendo o principal problema do SBDC, que permanece até os dias atuais. Dentre outros, o apoio da comunidade empresarial ao estabelecimento de um sistema de notificação prévia de atos de concentração está condicionado à existência de recursos suficientes na autoridade para administrá-lo de maneira eficiente.

O projeto de lei prevê a criação de 200 cargos permanentes no CADE. Entende-se que estes cargos não seriam cargos de carreira específicos para a área de defesa da concorrência, ou seja, criados para o exercício das funções do CADE e exigindo qualificações específicas para sua missão, mas sim cargos permanentes designados para a autoridade, que seriam preenchidos por servidores públicos federais. A primeira hipótese é preferível, pois resultaria em um quadro ainda mais qualificado de profissionais, bem como reduziria sua alta rotatividade; contudo, a criação de um quadro permanente deste porte é, de qualquer modo, de extrema importância.

#### 7.2.1.3. Ampliar os mandatos dos Conselheiros e de outros funcionários seniores sujeitos a indicações políticas, incluindo o Superintendente-Geral, para pelo menos quatro anos, e tornar os mandatos não-coincidentes.

O curto mandato de dois anos para os Conselheiros do CADE, com a possibilidade de uma recondução, contribui para a alta rotatividade na autoridade e afeta de maneira adversa sua memória institucional, aumentando, ainda, a oportunidade de exercício de influência política por meio do processo de indicação. O governo tem a capacidade de reformar

completamente o Conselho em apenas dois anos. Cria-se também um incentivo para que Conselheiros em exercício ajustem suas decisões de forma a obterem a recondução, caso a desejem. O Relatório de 2005 recomendou que a duração do mandato fosse de, no mínimo, quatro anos, e expressou uma preferência por cinco anos, tornando assim impossível ao Presidente da República, cujo próprio mandato é de quatro anos, substituir completamente o Tribunal em um mandato.

O projeto de lei amplia os mandatos dos Conselheiros para quatro anos, não-renováveis, e alterna suas datas de início e término, reduzindo assim o perigo de haver tantas vacâncias no Tribunal que o *quorum* não possa ser atingido, o que ocorreu recentemente em 2008. Os mandatos do Procurador-Geral e do Economista-Chefe também seriam estendidos para quatro anos. Entretanto, o mandato do Superintendente-Geral seria de dois anos, com a possibilidade de recondução para mais um mandato. Este é um cargo altamente importante, visto que o Superintendente controlaria a agenda investigativa da agência. Esse mandato deveria, também, ser prorrogado para quatro anos.

7.2.1.4. Fixar o quorum necessário para o Tribunal do CADE em quatro ao invés vez de cinco membros sempre que o número de Conselheiros disponível para votar em um caso estiver reduzido para quatro devido a vacâncias ou recusas.

Esta foi outra recomendação destinada a evitar a falta de *quorum* no Conselho. Seria uma modificação menos relevante se as outras medidas acima descritas, que afetam os mandatos dos Conselheiros, forem adotadas. Ademais, a legislação proposta aparentemente também dá ao Presidente do Tribunal o poder de nomear um Conselheiro temporário na hipótese de vacância por um longo período. De qualquer forma, o projeto de lei reduz o *quorum* necessário para quatro.

7.2.1.5. Modificar o processo de notificação e revisão do ato de concentração para:

- Estabelecer um sistema de notificação prévia.
- Eliminar o atual critério de participação no mercado relevante e adotar critérios baseados no faturamento bruto doméstico das partes de maior e de menor porte envolvidas na transação.
- Eliminar a notificação de transações em que não haja fusão.

Essas são deficiências bem documentadas no processo de notificação de atos de concentração, discutidas de forma abrangente no item 2.2.2. O projeto de lei proposto corrige estes problemas em consonância com as recomendações.

#### 7.2.1.6. Proporcionar a revisão e a aprovação sumárias de atos de concentração que não tragam preocupações concorrenciais

Como discutido anteriormente, o SBDC teve amplo sucesso utilizando-se de procedimentos administrativos para esse fim. A legislação proposta institucionaliza o procedimento, conforme descrito no item 4.3 acima.

#### 7.2.1.7. Estabelecer procedimentos formais para acordos em atos de concentração.

Nos últimos anos, o SBDC tem negociado com maior frequência acordos em atos de concentração, com fundamento nos poderes a ele conferidos pelo artigo 58 da atual Lei de Defesa da Concorrência. A legislação proposta altera parcialmente esses procedimentos, conferindo poderes de decisão ao novo Superintendente-Geral e prevendo um período formal para consulta pública e aprovação final pelo Tribunal.

#### 7.2.1.8. Adotar um padrão explícito para a revisão dos efeitos competitivos de um ato de concentração.

A lei atual carece de um padrão substancial explícito para a revisão de atos de concentração, embora as normas efetivamente aplicadas pelo SBDC sejam aquelas usualmente empregadas em outras jurisdições. O projeto de lei articula um padrão baseado no Regulamento de Atos de Concentração da Comissão Européia.

#### 7.2.1.9. Modificar o Programa de Leniência para eliminar a exposição dos beneficiários da leniência a outros processos penais, para além da Lei de Crimes contra a Ordem Econômica.

O Programa de Leniência do SBDC está provando ser bem sucedido, e tem gerado diversas candidaturas. O Programa estipula que os indivíduos que receberem leniência também receberão imunidade na ação criminal sob a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica. Entretanto, eles não recebem atualmente imunidade no âmbito de outras leis criminais que possam se aplicadas a casos de conduta. Isto pode inibir alguns interessados de se

candidatarem no Programa de Leniência. O projeto de lei corrige esse problema, ao estender a imunidade às outras leis criminais.

As recomendações a seguir não dependem da promulgação do projeto de lei de defesa da concorrência pelo Congresso, mas sua implementação será afetada pela promulgação do mesmo.

#### *7.2.2. Promulgar o projeto de lei que trata da aplicação da legislação de concorrência no setor financeiro.*

Tem existido uma disputa entre o CADE e o Banco Central sobre qual agência teria competência para supervisionar os atos de concentração no setor financeiro. O projeto de lei existente, que recebe o apoio de ambas as agências, concederá competência exclusiva ao Banco Central para a revisão de atos de concentração em que haja risco sistêmico à estabilidade do sistema financeiro, enquanto ambas as agências irão compartilhar a competência sobre todas as demais concentrações no setor financeiro.

### **7.3. Outras recomendações**

#### *7.3.1. Reduzir o acúmulo de investigações em casos de conduta no SBDC e o tempo necessário para se alcançar uma determinação final em uma investigação ou caso.*

Apesar de ter havido algum progresso nos últimos anos nessa área, o problema ainda é significativo. Os novos recursos previstos no projeto de lei proposto trarão uma contribuição substancial para a solução desse problema, mas o SBDC, independentemente da aprovação do projeto de lei, deveria avaliar seus procedimentos em busca de maior eficiência. Assim como a análise de atos de concentração se tornou mais eficiente com a criação de um procedimento sumário para fusões que podem ser rapidamente identificadas como não-problemáticas, um procedimento similar poderia ser estabelecido para investigações de conduta. Um fator complicador existente na lei atual poderia decorrer do fato de o CADE ter de aprovar a decisão da SDE de encerrar uma investigação preliminar, o que gera a necessidade de um relatório da SDE e de uma decisão formal do CADE. O SBDC deveria buscar meios de aperfeiçoar esse procedimento, em consonância com as exigências do devido processo legal sob a legislação brasileira para as partes interessadas.

A consolidação do processo no CADE, como o projeto de lei faria, contribuiria nesse sentido. O Superintendente-Geral tomaria a decisão final sobre quando encerrar uma investigação em estágio preliminar. Contudo, o

projeto de lei também causaria certa apreensão, porque ele parece criar um terceiro estágio formal no procedimento de investigação (ver item 4.3 acima). À medida que os procedimentos formais no âmbito da Superintendência-Geral venham a ser considerados como necessários ao progresso de uma investigação por meio destes estágios, eles poderiam resultar na desaceleração do processo. Este deveria se tornar o mais eficiente e não-burocrático possível, e ao mesmo tempo manter-se em consonância com o princípio do devido processo legal.

*7.3.2. Buscar impor remédios estruturais ao invés de remédios comportamentais em casos de atos de concentração, sempre que possível.*

O CADE tem imposto regularmente remédios comportamentais a atos de concentração. Poderia ser útil a realização de um estudo sobre a eficácia desses remédios em alguns dos casos. Em outros países, a experiência tem mostrado serem as restrições estruturais mais eficazes que as comportamentais, além de mais fáceis de administrar. Se o projeto de lei for aprovado, a notificação prévia fortalecerá a capacidade do CADE de exigir restrições estruturais, o que deveria ser feito sempre que possível.

*7.3.3. Prosseguir com os esforços para melhorar a comunicação e a coordenação entre o SBDC e os Ministérios Públicos Estadual e Federal, especialmente nos casos e investigações iniciadas pelo Ministério Público.*

O processo criminal é um componente importante do programa brasileiro de combate a cartéis. Ações dessa natureza são conduzidas pelo Ministério Público e não pelo SBDC. O SBDC e os promotores desenvolveram boas relações de trabalho, especialmente em investigações iniciadas pela SDE. Contudo, os promotores têm o poder de instaurar casos de forma independente em relação ao SBDC, e não é incomum assim procederem. Os promotores geralmente consultam o SBDC nos casos por eles iniciados, mas não possuem a obrigatoriedade de fazê-lo. Seria útil colocar em funcionamento um programa que estabelecesse esta consulta ao SBDC antes de iniciar um caso que também consista em infração à Lei de Defesa da Concorrência. Essa coordenação ajudaria a impedir a instauração de casos indevidos, incluindo aqueles que possam não ser apropriados para a instauração de processo criminal ou aqueles que possam não ser sustentáveis de acordo com princípios relevantes de defesa da concorrência.

Um benefício oriundo de uma coordenação aprimorada nesse sentido seria o de desenvolver melhores dados sobre casos criminais, incluindo o

número e a duração das condenações de prisão impostas. Essas informações extrapolam o interesse acadêmico. Uma vez compiladas e publicadas, contribuirão para o forte efeito dissuasório proporcionado pela ação criminal.

*7.3.4. Desenvolver capacidade de advocacia de concorrência no CADE, mas de forma a evitar a duplicidade com a SEAE nesta matéria.*

As contribuições da SEAE na área da advocacia da concorrência são significativas (ver item 6 acima). Entretanto, o CADE decidiu, corretamente, aumentar sua capacitação em economia, com o propósito, dentre outros, de desenvolver a função de advocacia da concorrência. O CADE terá que se comunicar com as agências reguladoras quando tiver casos nos respectivos setores. Seus casos podem gerar propostas para a adoção de iniciativas de regulação que deveriam ser comunicadas à agência reguladora. Em algumas ocasiões, espera-se que raramente, o CADE e a SEAE podem vir a discordar em advocacia da concorrência. A importância de se desenvolver uma *expertise* regulatória poderá ser maior se o projeto de lei vier a ser promulgado, resultando na dissociação completa da SEAE da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Ao mesmo tempo, o CADE não deve duplicar a função de advocacia da concorrência da SEAE; as duas agências deveriam coordenar seus esforços nessa esfera, e trabalhar juntas nos casos em que fosse mais eficiente fazê-lo.

*7.3.5. Continuar buscando uma atuação mais eficaz junto aos tribunais. Em longo prazo, considerar propostas de modificação do sistema judicial que possam ajudar a acelerar a análise dos casos de defesa da concorrência.*

O SBDC entende agora que este é um de seus desafios mais importantes. De fato, se o projeto de lei for aprovado, corrigindo os diversos problemas anteriormente elencados, este será provavelmente o seu maior desafio. O SBDC já começou a se concentrar nessa questão, enfatizando a execução das decisões do CADE junto aos tribunais, reorganizando seus procedimentos internos para o tratamento dos casos, fortalecendo suas aptidões de litígio e dialogando com os juízes de modo a familiarizá-los com os casos de defesa da concorrência e as questões específicas que estes apresentam. Esses esforços devem continuar e a eles devem ser adicionados maiores recursos, caso o projeto de lei seja aprovado.

Infelizmente, os atrasos inerentes aos processos judiciais, um problema básico, encontram-se fora do controle do SBDC. O SBDC e outras partes

interessadas poderiam começar a pensar em mudanças no sistema, que pudessem acelerar a revisão judicial dos casos de defesa da concorrência. O Relatório de 2005 recomendou que as questões de direito da concorrência fossem consideradas por juízes especializados e painéis de apelação. Diante dessa questão, o SBDC respondeu que o CADE tem estado em contato com a Associação dos Juízes Federais do Brasil para avaliar a viabilidade desta proposta. A resposta dos juízes foi que o número de casos de defesa da concorrência é muito pequeno para justificar juízos especializados. Deve, ainda, ser observado que, uma vez que todos os recursos contra as decisões do CADE são propostos junto ao tribunal de primeira instância do Distrito Federal, esse tribunal, com o tempo, tornar-se-á mais familiarizado com esses casos.

Em todo caso, o problema do atraso desordenado permaneceria. Uma solução poderia ser a criação de regras especiais que se aplicariam aos recursos de decisões de tribunais especializados como o CADE, evitando, por exemplo, o tribunal de primeira instância e apresentando o recurso diretamente a um tribunal de segunda instância. Poderia haver outras idéias concebidas por juristas brasileiros.

*7.3.6. Tirar proveito dos procedimentos para a obtenção de acordos tanto em casos de conduta como de atos de concentração, promovendo assim a eficiência e evitando recursos judiciais onerosos e demorados.*

Os procedimentos para que sejam firmados acordos em casos de conduta e de atos de concentração existem, e o CADE começou a utilizá-los com mais freqüência. O CADE reconhece a importância desse instrumento e criou uma unidade que se especializará em negociações de acordos. Se o projeto de lei for aprovado e a notificação prévia for estabelecida, os incentivos para as partes de atos de concentração de firmarem acordos em fusões problemáticas mudarão; elas estarão mais dispostas a firmar um acordo, para que possam consumir suas transações rapidamente. Se os representados nos casos de conduta perceberem que podem retardar injustificadamente a imposição das sanções estabelecidas pelo CADE por meio da interposição de recursos junto aos tribunais, eles ainda poderão preferir esta alternativa. O CADE está respondendo corretamente a essa questão, ao fazer valer vigorosamente seu direito de exigir que os réus depositem sua multa ou apresentem pagamento de caução em juízo. Qualquer uma das alternativas pode ser dispendiosa no decorrer do tempo. Em todo caso, o CADE tem encontrado uma disposição favorável por parte dos participantes de casos de cartéis internacionais em assinar acordos, mesmo que seja apenas para eliminar a incerteza.

Uma clara advertência para qualquer esforço para o estabelecimento de acordos é que a autoridade não deve firmá-los por muito pouco. Em longo prazo, tal prática terá um impacto negativo acentuado na implementação da lei.

### *Notas*

1. OECD, *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review* (2005), disponível no site OECD/Competition em [www.oecd.org/competition](http://www.oecd.org/competition). A OCDE primeiro estudou o sistema brasileiro de política de concorrência em 2000, que resultou em um relatório sobre o tema, publicado como *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, OECD Journal of Competition Law and Policy, Outubro de 2000, volume. 02, N. ° 3.
2. Competition Policy International, *Trustbusters, Competition Policy Authorities Speak Out*, 38-42 (2009).
3. Artigo 2 da Lei 4.137/62.
4. Artigo 3 da Lei 8.884/94.
5. Artigo 4 da Lei 8.884/94.
6. Curiosamente, entretanto, as leis de dois vizinhos do Brasil, Argentina e Chile, também combinam essas diferentes formas de condutas anticoncorrenciais em uma única disposição legal.
7. O artigo 21 reforça a metodologia de avaliação de possíveis preços abusivos: "Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; I - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos."
8. Artigo 15.

9. No entanto, em algumas ocasiões, o CADE calcula a multa com base exclusivamente no mercado afetado, para fins de equidade e proporcionalidade (por exemplo, quando um dos Representados em um processo de cartel teve receita total muito maior que a de seus co-conspiradores).
10. Artigo 24. Ademais, se a uma empresa for aplicada uma decisão administrativa final de abuso de poder econômico, o seu registro no SISCOMEX como importador ou exportador pode ser negado, segundo a Portaria n. 25/2008 do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; entretanto, essa medida ainda não foi aplicada em casos de concorrência.
11. Artigo 25.
12. Três produtores de aços planos aumentaram os seus preços simultaneamente após terem informado à SEAE que tinham a intenção de fazê-lo. O motivo da notificação à SEAE foi que, até 1992, os preços do aço eram controlados e cabia à SEAE monitorá-los. A SEAE prontamente respondeu aos produtores que era ilegal se engajar em acordos com concorrentes para aumentar preços. Contudo, pouco tempo depois, os preços aumentaram. Os produtores negaram que tivessem qualquer acordo e alegaram não haver qualquer evidência de conluio. Ainda assim, o CADE concluiu que o acordo poderia ser inferido a partir das evidências obtidas e multou os produtores com o valor mínimo previsto na Lei, ou seja, 1% do faturamento bruto de cada empresa no ano anterior ao início do processo, que somou cerca de R\$51 milhões. Foram ainda aplicadas multas adicionais no valor de R\$5 milhões, em razão de terem sido prestadas informações falsas. Os Representados recorreram dessa decisão nos tribunais, e o caso permanece em análise.
13. Lei nº 10.149/00.
14. Para uma apresentação detalhada desse programa, ver a contribuição do Brasil para o Fórum Latino-Americano de Concorrência (Chile, setembro de 2009) em: <http://www.oecd.org/dataoecd/33/48/43536874.pdf>, também disponível no Odis como DAF/COMP/LACF(2009)7. Contribuições de outros países latino-americanos também podem ser encontradas em [www.oecd.org/competition/latinamerica](http://www.oecd.org/competition/latinamerica).
15. Ministério da Justiça, Secretaria de Direito Econômico, *Programa de Leniência Brasileiro*, 2008, disponível no site da SDE em [www.mj.gov.br/sde](http://www.mj.gov.br/sde) em português e inglês.
16. Lei nº 8137/90.

17. Aparentemente, a probabilidade de processo para um desses outros crimes nos casos em que haja um acordo de leniência é pequena. Como descrito abaixo, no item 2.1.1.3, o SBDC trabalha diretamente com os membros dos Ministérios Públicos Estadual e Federal, que são responsáveis por conduzir tais processos. Resultado disso é que eles raramente ou nunca trabalham com objetivos superpostos ou cruzados.
18. Ministério da Justiça. Portaria N° 04/2006.
19. Esse período de seis meses pode ser prorrogado por outros seis meses, se não houver nenhum outro candidato à leniência nesse processo.
20. Todos disponíveis no site da SDE, *supra*, nº 15.
21. Lei nº 11482/07.
22. CADE, Portaria n.º 51 (2009).
23. Lei nº 8.137/90.
24. O mesmo artigo também proíbe outras formas de condutas anticompetitivas, incluindo “abuso de poder econômico”, “exploração do poder de monopólio pelo aumento de preços sem justa causa”, “vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência” e algumas formas de discriminação de preços. Até o momento, processos criminais para esses outros tipos de conduta anticoncorrencial têm sido raros ou inexistentes.
25. Lei nº 10.446/02.
26. Whirlpool, S.A., et al. (2009).
27. Peixoto, *Brazil: Cartels and Leniency*, em *Global Competition Review, Antitrust Review of the Americas 2010*, disponível no site do GCR em [www.globalcompetitionreview.com](http://www.globalcompetitionreview.com).
28. Em outro caso em que foram celebrados termos de compromisso de cessação, envolvendo um cartel internacional de mangueiras marítimas, três acusados concordaram em cooperar com a investigação.
29. Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí Ltda. (Smarja) (2008).
30. Rota-Sul Empresa de Vigilância Ltda., (2007).
31. SINDIPEDRAS, *et al.*. (2005).
32. Portaria SDE N° 51 de 2009.
33. Para mais informações sobre o assunto, ver as Diretrizes da OCDE para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, em: [www.oecd.org/competition/bidrigging](http://www.oecd.org/competition/bidrigging).

34. Coopanest-GPA (2006).
35. Shopping Iguatemi (2007); Centro Norte S/A (2007).
36. A substituíbilidade do lado da oferta é, por vezes, considerada neste estágio (em outros países a substituíbilidade do lado da oferta é considerada ao se identificar as empresas que competem em um mercado relevante).
37. Faturamento bruto significa o faturamento total (antes de impostos) dos envolvidos em todos os mercados.
38. Súmula n.º 01 (2005) do CADE, estabelecida em consonância com a Resolução n.º 39 (2005) do CADE.
39. Aprovadas na Resolução n.º 45 do CADE.
40. O poder foi primeiro autorizado pela Resolução 28, adotada em 2002, que foi substituída pela Resolução n.º 45 de 2007.
41. Em 2007, o CADE publicou a Portaria n.º 44, que fornece orientações sobre cálculo dessas multas. Dentre os critérios relevantes, encontram-se o tamanho da operação e das partes envolvidas, se a operação foi objeto de remédios ou reprovação por parte do CADE e se as partes não forneceram notificação espontaneamente, caso esta tenha sido apresentada intempestivamente. A multa é cobrada em dobro em caso de reincidência.
42. Em uma recente decisão judicial, o conceito do CADE dessa data-base foi questionado por uma parte envolvida, que sustentou que nos termos da Lei somente após a consumação completa da operação teria início a execução de 15 dias. O STF respaldou a definição do CADE. *Sonaeimo vs. CADE* (2009).
43. A Súmula Nº 2 definiu as circunstâncias em que a notificação de uma aquisição de cotas minoritárias por acionistas majoritários não é obrigatória. A Súmula n.º 3 se aplica a situações em que o único objetivo de um acordo é o de participar de uma licitação pública que tem por objeto uma concessão.
44. O CADE questiona essas transações quando a cláusula de não-concorrência excede o período de cinco anos; este período foi definido pelo Código Civil Brasileiro como período-base. Contudo, o CADE já aceitou períodos mais longos em alguns casos, principalmente relativos a *joint ventures* ou a atividades de Pesquisa e Desenvolvimento.
45. América Latina Logística S.A. (“ALL”), Brasil Ferrovias S.A. (“BF”); Novoeste Brasil S.A. (“NV”), No. 08012.005747/2006-21 (2006). Numa fusão recente envolvendo restrições verticais ao setor varejista de combustíveis, PETROBRAS / IPIRANGA (2009), o CADE optou por

requerer a eliminação de acordos de exclusividade entre atacadistas e varejistas do setor, ao invés de requerer a venda ou cessão de postos de venda de combustíveis a varejo, como havia determinado anteriormente em caso similar.

46. Coca Cola/ Leão Junior SA (2009).
47. DBG/Chinaglia (2009).
48. Saint-Gobain/Owens Corning (2008).
49. A operação foi contestada nos Estados Unidos pela Comissão Federal do Comércio (USFTC) e chegou a acordo por meio de uma ordem de consentimento, obrigando a Owens Corning a alienar seu negócio de esteira de filamento contínuo na América do Norte. Veja a nota para a imprensa da USFTC de 26 de outubro de 2007, disponível no sítio da USFTC em [www.ftc.gov](http://www.ftc.gov).
50. CVRD, *et al.* (2005).
51. O CADE foi representado por seu Procurador-Geral, que em 2008 foi nomeado Presidente do CADE. A sua confirmação como presidente do órgão, feita pelo Senado, foi lenta (mas finalmente aprovada), supostamente por conta de oposição animada pelos interesses de determinadas empresas. Dentre elas, foi dito, encontrava-se a Vale. Veja *Global Competition Review, The Prizefighter*, disponível no sítio do GCR em [www.globalcompetitionreview.com](http://www.globalcompetitionreview.com).
52. Artigo 5.
53. Lei nº 8.884, art. 52.
54. Art. 38.
55. Lei nº 9.021.
56. Artigo 42.
57. CADE, Resolução nº 45.
58. SDE/SEAE. Portaria Conjunta nº 33/2006.
59. A Resolução 15 foi substituída pela Resolução 45, mas os dois anexos continuam em exercício. Além disso, em 2007, o SBDC se comprometeu a criar um sistema de notificação eletrônica para fusões. Entretanto, o projeto provou ser tecnicamente difícil e o SBDC está, no momento, em processo de identificar fornecedores externos de TI capazes de completar o projeto.
60. SEAE/SDE. Portaria Conjunta No. 1

61. Os advogados designados para a Advocacia Geral possuem outro cargo.
62. Entretanto, essas posições não exigem qualificações específicas para a missão do CADE.
63. O número de funcionários da SEAE mostrado na Tabela 13 inclui todos aqueles que trabalham em análise de fusões, regulação e advocacia da concorrência. O número dos que trabalham em fusões é relativamente pequeno se comparado ao total. Em 2009, por exemplo, 17 dos 78 profissionais conduziram análises de fusões.
64. Ver Peixoto, *Brazil: Cartels and Leniency*, in *The Antitrust Review of the Americas*, 2010 (2009).
65. A Superintendência-Geral pode determinar que a notificação é deficiente em algum aspecto e mandá-la de volta às partes envolvidas para complementação. As partes têm 10 dias para fazê-lo. Caso as deficiências não sejam corrigidas, a fusão não é analisada. Um dos efeitos da decisão da SG de requerer a complementação das informações é o de prorrogar os períodos subsequentes, previstos em lei, em 15 dias – o período de 5 dias para a SG decidir se a notificação está completa e o período de dez dias para as partes complementarem as informações.
66. Lei nº 9478/97, art. 10.
67. O Brasil se tornou o maior produtor em larga escala de biocombustível (etanol) do mundo, e é o maior exportador do produto. A Petrobrás é atuante no mercado também. Ver em: United States Energy Information Administration, *Brazil Country Analysis Brief* (2009), disponível em <http://www.eia.doe.gov/emeu/cabs/Brazil/pdf.pdf>.
68. Em 2009, uma lei muito esperada sobre gás foi aprovada no Brasil, com o objetivo central de facilitar a concorrência neste setor.
69. White Martins/Petroleum Brasileiro (2006).
70. Ultragaz/Shell Gas (2008).
71. Petróleo Brasileiro S.A., et al. (2008).
72. A regulação estava anteriormente a cargo do Ministério dos Transportes.
73. Existe uma proposta de construção de uma linha férrea de alta velocidade entre São Paulo e o Rio de Janeiro. Estudos estão em andamento, mas não existe prazo para a conclusão.
74. GOL, et al. (2008).
75. Viação Aérea Rio-Grandense, et al. (2004).
76. Lei 9.961/2000.

77. De acordo com dados de setembro de 2009 publicados pelo Banco Central do Brasil em [www.bacen.gov.br](http://www.bacen.gov.br).
78. A observância da data-limite de 30 dias não afeta o andamento da proposta.
79. Lei 9.069/19956. Art. 70.
80. Decreto número 1.849/1996, atualmente Decreto número 6.531/2008, Art. 12.
81. CADE: [www.cade.gov.br/](http://www.cade.gov.br/); SDE: [www.mj.gov.br/sde](http://www.mj.gov.br/sde); SEAE: [www.seae.fazenda.gov.br/](http://www.seae.fazenda.gov.br/).
82. Ver nota de rodapé 1.