

O controle de concentrações e o Cade

A defesa da concorrência no Brasil é um objetivo constitucionalmente sufragado, na medida em que estabelecido como fundamento da República a livre iniciativa (artigo 1º) e como princípio essencial da ordem econômica a livre concorrência (artigo 170, inciso IV). Para dar concretude a esses valores, a própria Lei Maior estabeleceu a necessidade de lei específica com vistas a reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, §4º, da CF/1988).

Defesa da Concorrência



Dentro desse cenário é que se insere o Conselho

Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia federal instituída atualmente pela Lei nº 12.529/2011 como entidade judicante, com jurisdição em todo o território nacional, que tem como missão zelar pela manutenção de um ambiente concorrencialmente saudável em nosso país.

O órgão é o responsável, no âmbito do Poder Executivo, por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, sem a pretensão, contudo, de simplesmente suprimir o poder econômico, mas, sim, de combater possíveis abusos desse poder pelos agentes de mercado, o que o faz por meio de atuações de naturezas distintas.

No rol de atribuições conferidas à autarquia pela lei concorrencial, podemos citar os seguintes eixos principais de atuação: 1) análise de atos de concentração econômica; 2) investigação de condutas prejudiciais à livre concorrência e, se for o caso, a aplicação de punições aos infratores; e, ainda, 3) promoção e disseminação da cultura da livre concorrência.

À vista disso, verifica-se que o Cade desempenha suas funções em três vertentes: educativa, preventiva e repressiva, que podem ser brevemente descritas da seguinte forma, nos termos dispostos no sítio eletrônico da autarquia [\[1\]](#):



"Preventiva: analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.

Repressiva: investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência.

Educativa: instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas".

Nesse campo das atividades desempenhadas pelo Cade, é comum dizermos que ele exerce essencialmente dois tipos de controles, o controle de estruturas e o controle de condutas, equivalendo o primeiro à função preventiva acima mencionada e o segundo àquela atividade repressiva. Já a função educativa é desempenhada no âmbito do que se convencionou chamar de *advocacy*, termo utilizado para designar a atividade de promoção e difusão da concorrência como valor a ser preservado e defendido por todos.

Em termos práticos, apenas as duas primeiras atribuições dispostas acima dão ensejo à atuação judicante do Cade, por meio de processos próprios e característicos: os processos administrativos de apuração de infração à ordem econômica (atuação repressiva/control de condutas) e os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica (atuação preventiva/control de estruturas), sendo este último o foco da presente análise.

Outro aspecto relevante da estrutura do Cade é a sua atuação por meio de dois órgãos distintos, um singular/monocrático com funções investigativas e também decisórias com caráter terminativo, e outro colegiado, constituído sob a forma de um tribunal, porém ambos com independência e autonomia técnica. A competência de cada qual no âmbito da análise de atos de concentração será examinada mais adiante.

Atuação preventiva do Cade: controle de estruturas

Em sintonia com as melhores práticas internacionais e também como o modelo de análise adotado por jurisdições concorrenciais mais modernas e maduras, a Lei nº 12.529/2011 instituiu no Brasil o controle prévio de atos de concentração econômica, definidos no artigo 90 da referida lei. Por meio dessa sistemática, a consumação de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste (prática também conhecida como *gun jumping* pela literatura e jurisprudência estrangeiras) é vedada pelo artigo 88, §3º, da LDC.



Nesse modelo, qualquer ato de concentração (fusão, aquisição ou contratos associativos) de empresas em que um grupo econômico tenha tido faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no último do balanço, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, e o outro grupo econômico tenha tido faturamento também igual ou maior que R\$ 75 milhões, deve ser obrigatoriamente notificado ao Cade antes da implementação da operação entre as partes, como condição de validade da operação sob o prisma da lei concorrencial. Essa notificação é dirigida à superintendência-geral do Cade, órgão a quem incumbe a análise de todos os atos dessa natureza submetidos à autarquia.

Importante perceber que esse tipo de atuação do Cade ocorre no âmbito de uma jurisdição comumente chamada de voluntária, em contraposição àquela contenciosa, na medida em que as partes requerentes não estão em litígio uma com a outra, senão apenas se dirigindo em conjunto ao órgão estatal em busca da adjudicação ou autorização para a prática do ato/contrato de natureza privada. Não se confunda a natureza "voluntária" da jurisdição com o caráter compulsório da notificação, pois a obrigatoriedade ou não do ato não é característica da jurisdição voluntária, senão a inexistência de conflito entre as partes e a atuação do órgão judicante com vistas a fazer uma administração pública de interesses privados.

E essa tutela estatal sobre atos privados que possam ter impactos na economia tem como racionalidade o fato de que esses atos de concentração entre agentes de mercado têm a capacidade, de um lado, de gerar eficiências econômicas, ao passo que, de outro, também podem prejudicar a concorrência, restringindo a quantidade de *players* atuantes num determinado mercado, ocasionando potenciais aumentos de preços, diminuição da qualidade de produtos e serviços, desestímulo à inovação, entre outros efeitos indesejáveis para que se estabeleça um ambiente concorrencialmente saudável e, em última análise, ao próprio consumidor final.

É esse contexto de indefinição dos resultados prováveis de uma operação de maior magnitude que revela a necessidade da análise desses atos de concentração por parte do Cade antes da sua consumação (daí o porquê dessa atribuição ser nomeada como função preventiva, ou seja, busca-se *evitar* a restrição à concorrência que *poderia* ser gerada pela efetivação do ato de concentração entre os agentes econômicos envolvidos na operação).

Surgem aqui, em síntese, três caminhos para a autoridade antitruste ao lidar com essa avaliação de fusões e aquisições: 1) um primeiro caminho é a aprovação integral da operação, tal qual comunicada ao Cade, por se entender pela inexistência de impactos relevantes no ambiente concorrencial; 2) outra possibilidade é negociar um acordo com os requerentes, com vistas a implementar remédios concorrenciais ao negócio jurídico entre as partes, necessários para mitigar eventuais problemas vislumbrados no mercado a partir da operação; e, por fim, 3) há ainda a possibilidade de se reprovar a operação, por entendê-la concorrencialmente nociva ao mercado em que inserida.

Como se percebe das características acima mencionadas, de se estar perante uma jurisdição voluntária e de a lógica de atuação não ser a do litígio, senão a de se buscar um pronunciamento acerca da possibilidade de continuidade do negócio jurídico pleiteado, na forma como notificado, tem-se que o Cade deve se nortear pela análise técnica do ato de concentração (efeitos jurídicos e econômicos), munindo a todo o tempo as partes de informações sobre esse seu exame e sobre os eventuais problemas concorrenciais identificados, a fim de viabilizar-lhes conhecimento suficiente sobre os obstáculos detectados para que estas possam construir soluções tendentes a afastá-los, propiciando-se, ao final, uma



decisão de aprovação com remédios ou mesmo uma de reprovação, porém após esgotadas as possibilidades de construção de cenários de aprovabilidade.

Com efeito, o que se verifica é que os atos de concentração geram, simultaneamente, efeitos negativos e positivos, ou efeitos negativos em um mercado e positivos em outros, de forma que a rejeição total da operação pode não espelhar a melhor solução, uma vez a obtenção desses efeitos positivos restaria obstada nessa hipótese. Para além disso, como vimos mais acima, nosso país tem como princípios norteadores a livre iniciativa e a livre concorrência, de modo que sua intervenção na economia deve se dar de forma excepcional, apenas quando a atuação privada puder gerar desequilíbrios tais que possibilitem o abuso do poder econômico a que alude o artigo 173, §4º, da Constituição Federal. São esses alguns dos motivos para se prever a aplicação dos "remédios antitruste".

Em apertada síntese, os remédios antitruste podem ser compreendidos como determinações de uma autoridade de defesa da concorrência para proporcionar a consumação de uma operação de forma que não sejam gerados riscos ou prejuízos à concorrência, ou seja, por meio dos remédios a autoridade busca manter as eficiências advindas de uma operação ao mesmo tempo em que endereça as preocupações decorrentes desse ato, de modo que não seja necessário aprovar integralmente a operação nem a rejeitar de plano.

Ou seja, como alternativa à reprovação total de atos de concentração que gerem efeitos negativos à concorrência, o Cade condiciona a aprovação dessas operações ao cumprimento de restrições capazes de afastar esses efeitos deletérios, o que pode ocorrer de duas formas: pela via negocial ou por meio de imposições unilaterais por parte da autarquia. No primeiro caso, as soluções são negociadas mediante acordos em atos de concentração (ACC) entre o Cade e as partes interessadas, e são o tipo de maior prevalência no órgão.

É crucial entender, portanto, que a lógica "jurisdicional" da autoridade antitruste em matéria de atos de concentração em nada se assemelha àquela prestação jurisdicional dos tribunais judiciais em matéria contenciosa, de simplesmente decidir sem qualquer necessidade de interação com as partes, apenas a partir dos elementos constantes dos autos, proferindo-se uma decisão distanciada das partes. Em absoluto, em matéria de jurisdição voluntária dos atos de concentração a autoridade da defesa da concorrência deve, sim, interagir com as partes requerentes, revelando os pontos nos quais identificou problemas concorrenciais, de modo a oportunizar-lhes o oferecimento de soluções, que podem afastar completamente o problema concorrencial, sem a necessidade de simplesmente se reprovar a operação. Não há e não pode haver decisão "surpresa" no Cade em análise de ACs. As partes buscam autorização e soluções para problemas que muitas vezes elas mesmas não têm condições de antever, até mesmo pela assimetria de informações em relação ao Cade, daí porque é imperioso que o órgão identifique os problemas e os cientifique às partes, para que possam endereçá-los, construindo soluções concorrencialmente neutras ou até mesmo positivas para o mercado.

**Referências bibliográficas**

CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios antitruste em atos de concentração: uma análise da prática do cade. 2014. 105 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

Conselho Administrativo de defesa econômica – Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica, 2015. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf.

Conselho Administrativo de defesa econômica – Guia de Remédios Antitruste, 2018. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf.

[1] Disponível em: http://en.cade.gov.br/cade/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna.

Date Created

28/12/2020