



CADE E SUA FUNÇÃO PREVENTIVA EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Ana Beatriz Rodrigues Carvalho (IC) e Vicent Bagnolli (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

O presente trabalho a) descrever a função preventiva do CADE e seus processos, averiguando como ocorre de forma prática o combate às concentrações econômicas; b) identificar o embasamento teórico e legal que sustenta a função do órgão, de que forma a lei procura zelar pela livre concorrência por meio da função preventiva; c) estudar o que são concentrações econômicas e a importância do combate a estas para a proteção da livre concorrência. O estudo foi desenvolvido através da pesquisa bibliográfica relacionada a atuação do CADE, suas considerações prévias ao procedimento de análise, considerando os aspectos que a Autarquia considera ao se deparar com fusões, aquisições e incorporações. Após a descrição explicativa do processo, foi possível concluir a) a relevância e importância da função preventiva do CADE para manutenção da livre concorrência e o desenvolvimento do mercado; b) a necessidade e a relevância do combate às concentrações e conseqüentemente, o combate ao abuso de poder econômico para preservar a livre concorrência e a harmonia das relações de todas as partes (concorrentes e consumidores do mercado).

Palavras-chave: Controle preventivo. Livre concorrência. CADE

ABSTRACT

This paper a) describe CADE's preventive function and its processes, looking at how the fight against economic concentrations takes place in practice; b) identify the theoretical and legal basis that underpins the agency's function, how the law seeks to protect free competition through its preventive function; c) study what economic concentrations are and the importance of combating them in order to protect free competition. The study was developed through bibliographical research related to CADE's actions, its considerations prior to the analysis procedure, considering the aspects that the Authority considers when faced with mergers, acquisitions and incorporations. After an explanatory description of the process, it was possible to conclude a) the relevance and importance of CADE's preventive role in maintaining free competition and market development; b) the need and relevance of combating mergers and, consequently, combating the abuse of economic power in order to preserve free competition and harmonious relations for all parties (competitors and consumers in the market).

Keywords: Merger control. Free competition. CADE



1. INTRODUÇÃO

Apesar da falta de consenso quanto a definição do fenômeno do desenvolvimento, é inegável que o crescimento econômico lhe é intrínseco e necessário. Reflexo deste desenvolvimento pode ser visto nas concentrações econômicas, como por exemplo, na forma de M&As, incorporações, reestruturações societárias, aquisições de participação e joint ventures.

Tem-se que a motivação para as concentrações econômicas encontra-se, predominantemente, na busca por maior eficiência econômica (Bagnoli, 2020) e no fato de que as empresas têm como objetivo principal a obtenção de lucro (Fraporti; Reis; Ferrari, 2016) e que para obtenção deste lucro, elas procuram adquirir ativos (tangíveis e intangíveis¹). Entretanto, ainda que não se tenha o objetivo de eliminar a concorrência, o ato da concentração econômica é considerado uma limitação desta. Portanto, tal situação destaca a necessidade de meios que regulem, zelem pela livre concorrência e iniciativa.

As ideias e justificativas que respaldam se as concentrações devem ou não ocorrer não são uma discussão recente, têm-se relativo consenso quanto a necessidade de regulação deste fenômeno; entretanto, diverge-se predominantemente, no que se refere a intensidade desta regulação e como ela deveria ocorrer. Tem-se que o ordenamento brasileiro buscou um equilíbrio, porquanto: (i) busca a preservação da livre concorrência e livre iniciativa, garantindo liberdade ao mercado para crescer segundo suas leis; (ii) determina o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (Carvalho, 2012).

Observa-se que se faz necessário o envolvimento do Estado para o pleno funcionamento econômico, tendo como função viabilizar a competição e promover sua manutenção (Bagnoli, 2013). Desta forma, encontra-se em órgãos e autarquias, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE” ou “Autarquia”) um meio de concretizar a prática das funções estatais.

Dá-se destaque ao CADE, porquanto é o único órgão autorizado a receber notificações para análise de atos de concentração econômica (Taufik, 2014). Em decorrência disto sua função é extremamente relevante, uma vez que procura impedir a eliminação da concorrência; ao passo que é extremamente delicada, porquanto, deve proteger o interesse dos consumidores e viabilizar a concorrência em um mercado no contexto globalizado, mesmo que isto signifique permitir atos concentradores (Guerra, 2014).

¹ Ativos tangíveis podem ser instalações fabris, imóveis, equipamentos e os intangíveis marcas e patentes como descrito por Richard Breasley (2018).



Assim, este trabalho busca analisar os aspectos procedimentais principais decorrentes da atuação do CADE no controle preventivo de atos de concentração. Para tanto, este estudo foi desenvolvido com o método explicativo de forma a limitar a análise da lei e dos regimentos internos da Autarquia.

Desta forma, o trabalho foi dividido em cinco partes, além desta introdução. A primeira parte apresenta os princípios norteadores da atuação preventiva. A segunda seção apresenta os diferentes métodos utilizados pela Autarquia ao avaliar as diferentes concentrações. A terceira parte apresenta os procedimentos de submissão para análise. A quarta seção apresenta a possibilidade de consumação prévia dos atos de concentração. A quinta parte apresenta brevemente os possíveis resultados da análise dos atos. Ao final, apresentam-se as conclusões deste trabalho.

2. A função preventiva do CADE: princípio da livre concorrência e o abuso do poder econômico

Compreende-se que as funções do CADE não são atreladas a áreas específicas da economia, mas aos agentes econômicos, suas condutas e os impactos que estas trazem para as relações econômicas de um determinado mercado relevante. Destaca-se a função preventiva do CADE, porquanto visa prevenir atos anticompetitivos através do controle de estruturas, especificamente, no exame prévio de atos de concentração que gerem concentração excessiva e propiciem abuso do poder econômico.

Nota-se que esta atuação preventiva age em duas frentes pois procura zelar pelo princípio constitucional da livre concorrência (Art. 170, inc. IV, Constituição Federal), ao mesmo tempo em que busca reprimir o abuso do poder “que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (Art. 173 § 4º, Constituição Federal).

Segundo Eros Roberto Grau (2010, p. 210) o princípio impositivo da livre concorrência carrega consigo a ideia de uma “concorrência livre” inalcançável, uma vez que “[a concorrência livre] somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico”. Entretanto, tem-se que o poder econômico é intrínseco à realidade das relações do mercado e no que tange às empresas, o acúmulo de poder econômico trata-se de um objetivo a ser alcançado.

Nesse sentido, destaca-se que quando há o acúmulo de poder econômico existe a tendência da utilização deste poder econômico em benefício próprio, isto frequentemente, acarreta na dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento dos lucros de forma arbitrária sendo estas práticas condenáveis pela Constituição. Desta forma, entende-se que o



desequilíbrio do poder econômico entre os agentes econômicos é prejudicial à livre concorrência, ao mercado e aos consumidores.

Todavia, observa-se que a desigualdade, decorrente do desequilíbrio, entre os agentes do mercado é essencial, segundo Miguel Reale Junior, citado por Eros Grau (2010, p. 211) “A desigualdade das empresas, dos agentes econômicos, é a característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, e que se processa por meio da livre concorrência”; ao prosseguir seu argumento, ele destaca que a livre iniciativa, ao gerar a rivalidade, proporciona a livre concorrência e esta, por sua vez, apenas sobrevive em uma economia desigual.

Desta forma, compreende-se que a desigualdade da economia e entre os concorrentes do mercado é intrínseca e necessária para o bom desenvolvimento econômico, na proporção em que não promova condutas anticompetitivas. Assim, constata-se a necessidade de manter o equilíbrio entre os agentes econômicos, visando a manutenção da livre concorrência e o desenvolvimento dos agentes; sendo este o objetivo principal do CADE.

2.1. O controle de estruturas e a avaliação prévia de atos de concentração pelo CADE

Considerando a importância do equilíbrio entre os agentes econômicos, tem-se que a regulação do mercado é um forte instrumento para viabilizá-lo. Entretanto, as diferentes abordagens teóricas, uma vez que direcionam a atuação dos órgãos regulatórios, podem vir a favorecer ou limitar condutas dos agentes econômicos.

Ao destacar a vertente teórica da Escola de Harvard, encontra-se a proteção do consumidor através do controle de estruturas, uma vez que valorizava “um mercado mais pulverizado e menos concentrado” (Frazão, p.53, 2017). Nisto, nota-se o foco em regular os atos de concentração como uma forma de limitar os abusos de poder econômico, constituiu-se a ideia de alcançar eficiências e benefícios através da viabilização da competição de vários agentes.

Entende-se a importância do controle das estruturas para os mercados, apesar das discussões acerca da melhor forma de se realizá-lo, anterior a consumação ou posterior. Destaca-se que há riscos em todas as operações societárias, a complexidade das combinações empresariais é motivo de negociações prolongadas e planejamento detalhado para que o resultado seja bem-sucedido; de forma que haja a combinação das empresas, compartilhamento de informações (sensíveis ou não), alinhamento de estratégias, reestruturação organizacional.

Considerando isto, havendo a hipótese de que após consumada a operação, esta ao ser avaliada pelo órgão responsável, fosse considerada prejudicial a concorrência e/ou ao mercado, conduziria o órgão a um dilema. Tal dilema encontra-se no fato de que uma vez consumada a operação, não há possibilidade de desfazê-la; a mera tentativa de o fazer também seria prejudicial ao mercado, possivelmente seria mais prejudicial que o ato de



concentração em si; porquanto, as relações concorrenciais entre as partes da operação não poderiam retornar ao estado anterior a esta.

A problemática descrita acima, ocorria durante a vigência do regime *a posteriori* da antiga lei de defesa da concorrência (lei nº 8.884/94). Compreendia-se na maioria dos países que a análise prévia dos atos de concentração seria o melhor método. Entretanto, foi apenas com a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (“LDC”) que a análise prévia dos atos de concentração foi estabelecida no Brasil.

De acordo com Michael Porter, citado por Vinícius Marques de Carvalho (p.39, 2012), há pelo menos quatro motivos pelos quais a análise prévia dos atos de concentração se faz necessária, sendo eles: (i) a remoção da competição, através das operações, produzir riscos à saúde do mercado: tem-se em vista que as operações produzem a concentração de mercado, a diminuição da concorrência e podem acarretar em atos anticompetitivos; (ii) a ausência de garantias quanto aos benefícios para a Sociedade: porquanto não há garantia de que as operações irão trazer benefícios aos consumidores, eficiências nos processos / produtos; (iii) a baixa taxa de sucesso das operações: considerando que a consumação da operação é apenas o primeiro estágio da combinação de negócios, a integração posterior ao fechamento da operação ditará o sucesso da operação; e (iv) a ausência de evidências que assegurem benefícios de operações entre grandes concorrentes: uma vez que estes, possuem maior participação de mercado, espera-se que havendo a consolidação de uma posição dominante, conseqüentemente, ocorra o abuso da posição dominante.

Desta forma, considerando as complicações inerentes às operações societárias e os riscos próprios decorrentes dos atos de concentração, compreende-se a necessidade de uma avaliação preventiva. Justamente com o objetivo de beneficiar o mercado, prevenir abusos de posição dominante e atos de concentração prejudiciais que o procedimento de avaliação de atos de concentração foi reestruturado.

2.2. As Concentrações Econômica, delimitação de Mercado Relevante e o índice HHI

Deve-se considerar que para identificar qual o tipo de ato de concentração, deve-se delimitar qual o mercado relevante em que o ato ocorre. Define-se mercado relevante “como a menor área geográfica onde se encontra o menor agregado de produtos ou serviços substituíveis entre si, portanto, concorrentes” (Bagnoli, 2020, p.324).

Na prática, primeiramente, avalia-se qual a probabilidade de os consumidores “desviarem sua demanda para outros produtos”, ou seja, optarem por outros produtos; para que isso ocorra, a Autarquia considera os perfis dos clientes, a natureza e características dos produtos e serviços, informações de pesquisa, entre outros.



No âmbito da análise por meio da dimensão geográfica, delimita-se a área em que as empresas realizam a comercialização os seus produtos. Para que tal análise ocorra, a Autarquia considera a localização das requerentes, dos concorrentes e consumidores; local em que as vendas ocorrem, distância de deslocamento para realização de atividades econômicas, entre outros.

Uma vez definido o mercado relevante, inicia-se a verificação do nível de concentração da teoria do monopolista hipotético² ou pelo Índice Herfindahl-Hirschman (HHI)³. Desta forma, uma vez calculado o Índice HHI, a depender do número calculado, classifica-se o nível de concentração do mercado, conforme tabela abaixo:

Tabela HHI das Classificações de Mercado

Valor do índice HHI	Nível de Concentração de Mercado	Varição do índice após operações	Nível de Concentração após operações
Abaixo de 1.500 pontos	Mercados não concentrados	Varição inferior a 100 pontos	Operações de pequena alteração na concentração
		o HHI permaneça inferior a 1.500 pontos	A operação não deve gerar efeitos negativos
Entre 1.500 e 2.500 pontos	Mercados moderadamente concentrados	Varição acima de 100 pontos	A operação tem potencial de gerar preocupações concorrenciais
Acima de 2.500	Mercados altamente concentrados	Varição entre 100 e 200 pontos	A operação tem potencial de gerar preocupações concorrenciais
		Varição acima de 200 pontos	Presumivelmente geram aumento de poder de mercado

Fonte: Desenvolvido pela autora

² A Teoria do Monopolista Hipotético consiste em definir o mercado relevante através da delimitação do menor grupo de produtos e / ou serviços e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista consiga implementar condições para impor aos consumidores um aumento de preços pequeno, significativo e não transitório do qual os consumidores serão incapazes de evitar, mesmo que mudem seus hábitos de consumo para outros serviços e produtos ou até mesmo para outra área geográfica (Bagnoli, 2020, p.323).

³ O HHI consiste no cálculo da somatória do quadrado das participações de mercado de todas as empresas do mercado relevante, desta forma mensura-se o nível de concentração de mercado, através do número de pontos obtidos.



3.0 As diferentes classificações de concentração econômica: Concentração Horizontal; Vertical e Conglomerada

Para realizar as classificações de concentrações econômicas, o CADE inicia a sua análise por meio da delimitação das dimensões do mercado relevante, tal delimitação ocorre muitas vezes, por meio da definição do produto e da definição da área geográfica em que o ato de concentração ocorre; ou seja, o contexto mercadológico e geográfico de atuação das partes envolvidas.

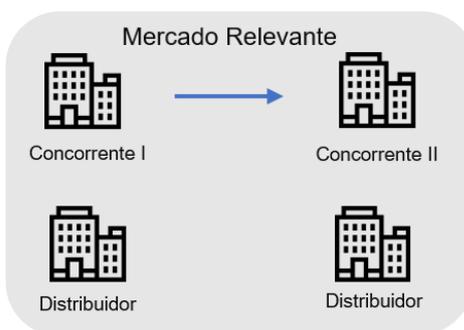
Tem-se que uma vez analisado o mercado relevante, torna-se possível definir o tipo de concentração a ser apreciada, podendo ser classificadas entre concentrações horizontais, verticais e conglomeradas, cada tipo ao possuir características específicas cria a necessidade de uma análise específica para o tipo de concentração, prevendo as necessidades daquele mercado e as especificações do modelo de concentração.

3.1 Concentrações Horizontais, Verticais e Conglomeradas

Conforme definido por Bagnoli (2020, p.341) as concentrações horizontais “são aquelas que ocorrem entre concorrentes que atuam no mesmo mercado relevante”; nisto compreende-se que uma vez realizada a delimitação do mercado relevante é possível identificar qual a classificação de um ato de concentração.

No caso das concentrações horizontais, conforme mencionado, estas ocorrem entre concorrentes que atuam no mesmo mercado relevante, ou seja, são concorrentes que atuam “lado a lado” conforme representação abaixo:

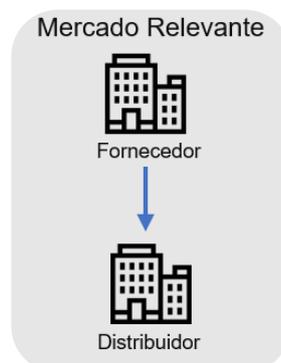
Figura 1 - Concentração Horizontal



Fonte: Desenvolvido pela autora

Por outro lado, no que se refere às concentrações Verticais, estas, de acordo com Bagnoli “se dão entre agentes que atuam em diferentes estágios de uma cadeia produtiva, frequentemente existindo uma relação comercial de fornecimento de produtos/serviços entre esses agentes” (2020, p. 341). Assim, por ocorrerem entre agentes de uma mesma cadeia produtiva, observa-se a tendência dos atos formarem uma linha, conforme representado abaixo:

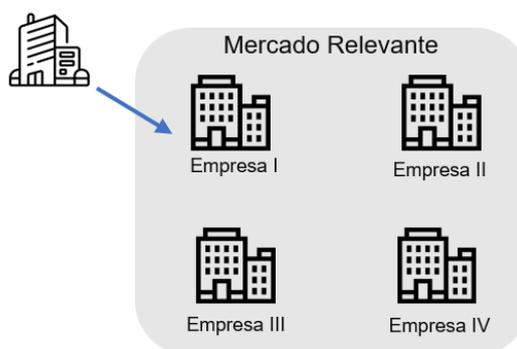
Figura 2 - Concentração Vertical



Fonte: Desenvolvido pela autora

Por fim, tem-se a concentração conglomerada, esta consiste “no crescimento de um agente mediante a concentração com outro agente, que não seja seu concorrente, tampouco fornecedor ou cliente” (Bagnoli, 2020, p.341-342). Desta forma, entende-se que as concentrações conglomeradas ocorrem entre empresas que não encontram-se no mesmo mercado relevante.

Figura 3 – Concentração Conglomerada



Fonte: Desenvolvido pela autora

Compreende-se que a tipificação dos atos de concentração permite uma avaliação adequada às características intrínsecas aos casos apresentados. Observa-se, por exemplo, no caso de concentrações horizontais, entende-se a necessidade da Autarquia atentar-se ao aumento da participação de mercado em decorrência da eliminação de um concorrente.

Entende-se que nos casos de análise das concentrações horizontais, o grande foco da análise a ser realizada pela Autarquia direciona-se a eliminação da concorrência e os impactos que esta diminuição de concorrentes pode acarretar ao mercado relevante a ser estudado.



Diferentemente do caso das concentrações horizontais, as concentrações verticais, conforme explicado por Silvia Almeida e Anna Leite (2018, p. 95) por estarem associadas a ganhos de eficiência, a Autarquia encontra dificuldade em dimensionar os danos decorrentes da operação; uma vez que estes são atrelados a condutas anticoncorrenciais que possivelmente irão acontecer após a operação. Desta forma, a avaliação destes atos necessita de uma análise específica, considerando que as práticas mais relevantes para análise, provavelmente ocorrerão após a operação.

Já as análises voltadas para concentrações conglomeradas possuem maior complexidade. Isto ocorre, segundo Ursula Bassoukou, Beatriz Medeiros e Mariana Rosa porque:

“Assim, por apenas ensejarem efeitos indiretos no mercado afetado pela operação, as operações conglomeradas possuem um grau de complexidade de análise dos mercados afetados pela operação, operações conglomeradas também carecem de uma análise dos mercados relacionados e, por vezes, da própria dinâmica comercial desses negócios a fim de avaliar se há a possibilidade de produção de efeitos deletérios” (p.67)

Assim, compreende-se que as análises de concentrações conglomeradas demandam do CADE uma atuação mais abrangente, considerando que o escopo de tais atos, muitas vezes transcendem delimitações convencionais como horizontal e vertical.

4.0 Procedimento de submissão de atos de concentração ao CADE

Atualmente, a LDC definiu os atos de concentração como sendo (i) os atos de fusão de duas ou mais empresas independentes; (ii) atos de aquisição em que duas ou mais empresas adquirem direta ou indiretamente, por meio da compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ativos, tangíveis ou não, por meio de contratos ou quaisquer meios ou formas, o controle ou partes de uma (ou outras) empresas; (iii) atos de incorporação de uma ou outras empresas; e (iv) celebração de contratos associativos, consórcio ou *joint ventures*.⁴

Tais atos, uma vez que atendam os critérios quantitativos dos valores mínimos de faturamento bruto anual estabelecidos⁵, devem ser submetidos à avaliação prévia do CADE. Uma vez submetidos os atos, em conjunto com os documentos requeridos pela Resolução CADE nº 33 22 (“Resolução 33/22”), estes podem ser avaliados por dois procedimentos, o sumário e o ordinário.

⁴ Art. 90 e incisos I, II, III e IV da Lei de Defesa da Concorrência 12.529/11

⁵ A saber pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado no último balanço, faturamento bruto anual no ano anterior à operação equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 e um outro grupo com faturamento equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00.



4.1. Análise de Ato de Concentração: Procedimento Sumário e Ordinário

A Seção II da Resolução 33/22 trata do procedimento sumário. Foi estabelecido em seu parágrafo 8º que as operações enquadráveis no rito sumário, tratam-se de: (i) Joint-Ventures (clássicas ou cooperativas); (ii) substituição de agente econômico: quando a empresa ou grupo adquirente não participava do mercado envolvido antes da aquisição; (iii) baixa participação de mercado por meio da sobreposição horizontal: no caso da operação proporcionar controle, comprovadamente, abaixo de 20% do mercado relevante; (iv) baixa participação por meio da integração vertical: na situação em que as requerentes ou seu grupo econômico, comprovadamente, controlar parcela superior a 30%; (v) ausência de nexo de causalidade: no que se refere a operações de concentração horizontal que não gerem controle superior a 50% e com variação de HHI inferiores a 200; e (vi) Demais casos não abrangidos, mas que sejam considerados simples o suficiente.

Entretanto, apesar do rol exposto acima, destaca-se que observados os atos de concentração mais avaliados pelo CADE, tem-se que as principais operações enquadradas em rito sumário como sendo: a) a aquisição ou consolidação de controle; b) aquisição de participação societária; e c) aquisição de ativos (Cravo; Athias, 2020). Tal resultado pode justificar-se devido a frequência em que ocorrem tais operações citadas, com baixo nível de complexidade.

Nesse sentido, consta no Art. 6º da Resolução 33/22 que “O Procedimento Sumário será aplicado pelo Cade aos casos que, em virtude da **simplicidade das operações**, tenham menor potencial ofensivo à concorrência”; este, conforme Art. 7º somente é aplicado após decisão discricionária do CADE “conforme **os critérios de conveniência e oportunidade**, com base **na experiência adquirida** [...] na análise de atos de concentração” (grifos do autor)

Encontra-se uma subjetividade na avaliação do CADE, uma vez que em lugar de uma delimitação clara do que será avaliado nos casos, há apenas uma indicação geral do que conduzirá a avaliação.

Com o objetivo de trazer clareza sobre o que seria considerado conveniente e oportuno, Beatriz Cravo e Daniel Tobias Athias desenvolveram uma pesquisa em que debruçaram-se sobre a análise das avaliações realizadas pelo CADE, buscando desvendar o que o órgão consideraria “simples” para o rito sumário.

Assim, ao analisarem as avaliações destas operações, constatou-se que “entre os critérios adotados pela SG/Cade para aceitar o procedimento sumário estão: (i) características dos mercados relevantes afetados; (ii) presença de concorrentes relevantes; (iii) reduzida alteração da estrutura do mercado; e (iv) manutenção de incentivos econômicos” (Cravo; Athias, 2020, p.7).



Desta forma, a Superintendência Geral do Cade, ao analisar os casos para enquadrá-los no rito sumário deve observar no mercado relevante, características que indiquem uma estabilidade mesmo após a consumação do ato analisado. No que se refere ao contexto concorrencial do mercado, a Superintendência Geral averigua a presença de demais concorrentes que representem relevância, desta forma, identificando a intensidade da concentração do mercado e quais possíveis desequilíbrios o ato analisado pode proporcionar. Por fim, a Superintendência Geral busca verificar quais efeitos na estrutura do mercado e qual o incentivo econômico que o ato analisado pode proporcionar. Assim, compreende-se que a Superintendência Geral considera simples, um ato que não cause interferência notória, um grande impacto, em relação à estrutura do mercado relevante e proporcione incentivos econômicos, conforme será abordado posteriormente.

Uma vez enquadradas as operações no rito sumário, considerando que os atos analisados pelo rito sumário são objeto de decisão simplificada, de acordo com o Art. 54, I, da LDC; compreende-se que a Superintendência Geral possui um prazo de 30 dias para proferir a decisão simplificada, conforme exposto no Art. 7º §§ 1º e 2º da Resolução 33/22.

Nisto, observa-se que as demais operações, ou seja, as operações não enquadradas no rito sumário, serão analisadas pelo rito ordinário. Observa-se também que é possível que as operações que foram classificadas como rito sumário, após análise que identifique complexidade, possam ser reclassificadas e submetidas a análise do rito ordinário

Em conformidade com o que foi expresso pelo §2º do Artigo 88, o prazo para que o CADE divulgue sua decisão, torna-se 240 (duzentos e quarenta) dias, tendo em vista a complexidade da operação e a necessidade de uma análise mais aprofundada.

5. Possibilidade de Consumação Prévia: *Gun Jumping*

No âmbito das operações societárias, é possível ocorrer haver um intervalo temporal entre a assinatura do documento da operação e a efetiva consumação da operação descrita no documento. Tal intervalo entre a assinatura e a consumação pode ser consequência da necessidade da operação ser aprovada por órgãos estatais ou pela existência de condições precedentes à consumação da operação, acordadas entre as partes e descritas no documento.

Devido a necessidade de aprovação prévia da operação, foi estabelecido no Regimento Interno do CADE (“Ricade”) em seu Art. 107 § 1º “As notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação”.



Observa-se que a aprovação do CADE deve ocorrer neste intervalo temporal, entre a assinatura e a consumação da operação, visando viabilizar a aprovação após a formalização da operação, ou seja, após a assinatura de um documento oficial e vinculante, mas antes que a operação produza efeitos práticos, ou seja, antes da efetiva consumação do que fora acordado.

Desta forma, visando definir o que deve ser considerada consumação foi estabelecido no Ricade, Art. 107 § 2º o que deveria ser evitado para não configurar uma consumação prévia:

“As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas **inalteradas até a apreciação final do Cade**, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes. (grifos do autor)”

Assim, compreende-se que há uma vedação quanto a consumação da operação antes que a decisão do CADE seja proferida. Na hipótese em que isto ocorra, haverá o ilícito concorrencial denominado *gun jumping*⁶. Destaca-se a novidade do *gun jumping*, considerando que sua existência está intimamente relacionada a análise prévia da operação, a previsão normativa deste veio juntamente com o advento da análise prévia de atos de concentração na LDC.

Com o objetivo de explanar e orientar a respeito da prática do *gun jumping*, o CADE publicou em maio de 2015 o seu Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica (“Guia sobre Gun Jumping”). Em seu interior, o guia classifica as hipóteses em que pode-se configurar *gun jumping*, de forma a separá-las em três grupos (i) trocas de informações entre os agentes envolvidos; (ii) definição de cláusulas contratuais que guiem as relações dos agentes econômicos; e (iii) as atividades dos agentes antes e depois da implementação da operação.

No que se refere ao primeiro tópico, sobre as trocas de informações entre os agentes envolvidos, considera-se que o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis ocorrerá em certa medida devido à *due dilligence*⁷. Nisto, observa-se que o objetivo do CADE não é dificultar a diminuição da assimetria informacional entre as Partes da operação, mas impedir que informações concorrenciais relevantes sejam manuseadas sem o devido zelo para evitar danos à concorrência.

⁶ Expressão em inglês que significa “queimar a largada”, na matéria concorrencial denomina a consumação prévia e a integração prematura no âmbito de operações de um ato de concentração.

⁷ Expressão em inglês utilizada para referir-se à auditoria, legal, contábil, financeira que normalmente, antecede operações. Descrito por Sérgio Botrel (2017) como tendo por “principais objetivos obter a melhor compreensão possível do negócio a ser adquirido ou “combinado”.



No Guia sobre Gun Jumping, a Autarquia listou as informações que deveriam ser tratadas com o devido cuidado, sendo elas: (i) custos das empresas envolvidas; (ii) capacidade da empresa e planos de expansão; (iii) estratégias de marketing; (iv) precificação dos produtos ofertados; (v) divulgar os clientes principais e os descontos assegurados; (vi) os salários dos funcionários; (vii) quais os principais fornecedores e os termos dos contratos celebrados com eles; (viii) informações confidenciais sobre as patentes, as marcas e P&D; (ix) plano de crescimento futuro, futuras aquisições; (xi) estratégias competitivas.

No âmbito do compartilhamento de dados, a Autarquia instrui a compartilhar dados com defasagem de tempo, agregação e anonimização dos dados, de forma a dificultar a identificação. Além disso, recomenda também em sua Seção 2 do Guia sobre Gun Jumping, a criação de *clean teams*⁸ e *parlor rooms*⁹ para as operações complexas.

No que implica nas definições das cláusulas contratuais que gerem a relação dos agentes, o objetivo da Autarquia é identificar como a relação das partes se dará até que de fato a consumação da operação ocorra. O CADE instruí às partes a manter em seu Guia sobre Gun Jumping “o mais intacto possível o ambiente concorrencial existente antes da celebração do ato de concentração” (2015, p.8).

Reconhecendo a dificuldade de exemplificar e delimitar quais seriam as cláusulas, devido a sua diversificação, a Autarquia limita-se a indicar que as partes devem abster-se de redigir cláusulas que impliquem na “integração prematura das atividades das partes envolvidas no ato de concentração” (2015, p.8). Nisto, o CADE lista algumas cláusulas que devem ser evitadas, como por exemplo: (i) cláusulas que impliquem integração entre as partes; (ii) cláusulas de não-concorrência prévia; (iii) cláusulas que permitam a ingerência direta de uma parte sobre aspectos estratégicos dos negócios da outra.

Por fim, no que tange às atividades das partes antes e durante a implementação da operação, a atenção recai sob a consumação efetiva, mesmo que parcial da operação antes da aprovação da Autarquia. Dentre as práticas que requerem mais atenção estão (i) a transferência de ativos (inclusive valores mobiliários, com direito ao voto); (ii) recebimento de

⁸ Definido pela Autarquia como um grupo, “comitê independente” formado por funcionários e/ou consultores independentes ou até mesmo executivos. Indicado para operações complexas e relevantes com potenciais riscos concorrenciais, possui parâmetros e procedimentos rígidos para proteger as informações confidenciais e as relações concorrenciais (2015, p.10-11).

⁹ Indicado pela Autarquia, refere-se a um grupo de executivos que reúnem-se com o propósito de discutir como ocorrerá o processo de integração futuro, após a operação, sendo nesses casos recomendado a supervisão de um membro independente para assegurar que “nenhuma informação concorrencialmente sensível seja objeto de discussão” (2015, p.13).



lucro ou outros pagamentos vinculados ao desempenho; (iii) indicação de membros em órgãos de deliberação.

Apesar das instruções da Autarquia, tem-se que uma vez que seja reconhecida a ocorrência de *gun jumping*, há três consequências previstas na LDC em seu art. 88 § 3º:

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

Nisto, tem-se que o infrator depara-se, inicialmente, com a possibilidade de receber uma multa, esta sendo estabelecida após análise estrita da Autarquia, análise esta em conformidade com o art. 45 da LDC levando em consideração os parâmetros descritos em lei¹⁰. Da mesma forma, no que se refere à instauração do processo administrativo, uma vez elaborada a nota técnica pelo CADE, este irá aprová-la de acordo com suas normas e iniciar os procedimentos respeitando o estabelecido no Art. 69 da LDC.

Finalmente, há a pena de nulidade do ato praticado, não se referindo à nulidade da operação em si, mas “a projeção da nulidade dos atos praticados no período compreendido entre a consumação da operação e o julgamento pelo Cade” (2015, p.15). Portanto, há a possibilidade de não ocorrer a convalidação dos atos empresariais praticados no intervalo entre a assinatura e o julgamento do CADE.

6.0 Possíveis resultados da análise de atos de concentração: Remédios Antitruste e Acordos em Controle de Concentração

As possibilidades de resultados e pronunciamentos que cabem à Autarquia ao analisar as operações, encontram-se no Art. 61 da LDC, a saber: aprovar; aprovar com ressalvas ou reprovar a operação. Dentre tais opções destaca-se a possibilidade de aprovar com ressalvas (parcialmente), uma vez que prevê os remédios concorrenciais.

Advindo do Art. 9º, incisos V e X da LDC, os remédios antitruste foram definidos pelo CADE em seu Guia sobre Remédios Antitruste como sendo um “processo, imposto pelo Cade ou

¹⁰ Foi estabelecido no Art. 45 da LDC, os seguintes parâmetros para aplicação de pena: gravidade da infração; boa-fé do infrator; vantagem auferida ou pretendida do infrator; a consumação ou não da operação; o fraude lesão à concorrência, economia, aos consumidores; efeitos econômicos negativos; situação econômica do infrator e a reincidência;



negociado entre o Cade e as requerentes, como condição de aprovação de um AC” (CADE, p.9, 2018).

Desta forma, compreende-se que a Autarquia ao avaliar a operação, identificando questões pontuais que possam provocar, mesmo que futuramente, condutas danosas à concorrência; esta procura por meio de remédios concorrenciais (remédios antitruste), celebrando Acordos em Controle de Concentração (“ACC”), sanar tais questões para então aprovar o ato de concentração.

Nesse sentido, tem-se que os remédios concorrenciais podem ser classificados entre estruturais e comportamentais. Nisto, tem-se que remédios estruturais são direcionados à estrutura dos envolvidos na operação, como por exemplo aos imóveis ou demais empresas de um grupo econômico, exemplo recente da aplicação de um ACC estrutural foi o caso da Disney e Fox.

Observa-se que em 2019 a Disney procurou adquirir a Fox, após avaliação do CADE e demais autoridades competentes internacionais, a aquisição foi aprovada, com restrições no Brasil. Dentre as restrições impostas, o CADE decidiu que deveria ocorrer a venda do canal Fox Sports, sendo a venda o remédio estrutural.

Por outro lado, tem-se o caso da aquisição da Nestlé e da Garoto, operação iniciada em 2002 que entre idas e vindas do Judiciário e da Autarquia foi aprovada, com a aplicação de remédios comportamentais, dentre eles a proibição de aquisição de ativos que acumuladamente representem participação igual ou superior a 5% do mercado, por um período de 5 anos, e a obrigação de manter em funcionamento por 7 anos a produção da fábrica da Garoto em Vila Velha /ES.

Por hábito, o CADE possui a tendência de reprovar a operação caso identifique a não adequação aos remédios concorrenciais, o não cumprimento dos ACCs; entretanto, da mesma forma, uma vez realizado o recurso, a Autarquia pode renegociar os ACCs, como ocorreu no caso da Innova, adquirida pela Videolar em 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a abordar os aspectos procedimentais relativos à função preventiva do CADE, averiguando como ocorre de forma prática o combate às concentrações econômicas. Assim, em um primeiro momento foi abordado os princípios norteadores da atuação preventiva da Autarquia. De modo que em um segundo momento, fosse possível realizar a exposição das etapas pertencentes a esse processo.

Conforme visto, apesar dos atos de concentração econômica viabilizarem às empresas e atores econômicos, meios para concorrer em um contexto globalizado e potencializarem seus



resultados, não se anula a necessidade de se submeter os atos à avaliação do CADE. Pelo contrário, revela a necessidade da atuação preventiva do CADE, justamente para prevenir que tal prática ao invés de possibilitar benesses para os consumidores, acabe por provocar uma desregulação da ordem econômica e abuso do poder econômico.

Tem-se em vista que as alterações e desenvolvimento empresariais podem provocar maiores movimentações no âmbito das concentrações econômicas, o que pode aumentar as concentrações em alguns mercados. Deve—se observar, principalmente, os impactos trazidos pelo setor tecnológico, uma vez que este tem a tendência por trazer mais concentrações o que pode gerar um posicionamento assertivo por parte do CADE como autoridade concorrencial.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**, 8ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 9788522484331. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BREALEY, Richard. **Princípios de finanças corporativas**. Porto Alegre: Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788580556117. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788580556117/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo F. **Captação de recursos por startups: atualizado com o marco legal das startups**. São Paulo Grupo Almedina (Portugal), 2023. E-book. ISBN 9786556277844. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277844/>. Acesso em: 12 mar. 2024.

CRAVO, Beatriz; ATHIAS, Daniel Thobias. **O que o Cade considera como “simples” para o rito sumário?** São Paulo: Grinberg Cordovil Advogados, 2020. Disponível em: <https://gcalaw.com.br/o-que-o-cade-considera-como-simples-para-o-rito-sumario/> Acesso em: 13 fev 2024.

FRAPORTI, Simone; REIS, Zaida C.; FERRARI, Fernanda L.; et al. **Teoria geral da empresa**. Porto Alegre: Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788595024434. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024434/>. Acesso em: 20 nov. 223.

L.O. BAPTISTA. **Cade já revisou decisões e mandou desfazer operação**. Disponível em: <https://www.baptista.com.br/cade-ja-revisou-decisoes-e-mandou-desfazer-operacao/>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

MACEDO, Agnes (Org.). Women in Antitrust Brasil – WIA. In: ALMEIDA, Silvia Fagá de; LEITE, Anna Olimpia de Moura. **Remédios comportamentais em fusões verticais: problema ou solução?**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Singular, 2018. p. 94-106.



MACEDO, Agnes (Org.). Women in Antitrust Brasil – WIA. In: BASSOUKOU, Ursula Pereira Pinto; SANTOS, Beatriz Medeiros Navarro; ROSA, Mariana Fontoura. **Poder de portfólio: recente tendência do Cade na análise de operações conglomeradas**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Singular, 2018. p. 66-76.

MELLO, Ana Frazão Vieira de. **Direito da concorrência**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547219611. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/>. Acesso em: 22 dez. 2023.

MIGALHAS. **Após 18 anos, Cade aprova compra da Garoto pela Nestlé com restrições**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/387982/apos-18-anos-cade-aprova-compra-da-garoto-pela-nestle-com-restricoes>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

TADEU, Hugo Ferreira B.; SALUM, Fabian A. **Estratégia, Operações e Inovação - Paradoxo do crescimento**. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2012. E-book. ISBN 9788522113774. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522113774/>. Acesso em: 12 mar. 2024.

Contatos: contato.carvalhoana@gmail.com e vicente.bagnoli@mackenzie.br