

# ENCONTRO SOBRE CONSUMO E REGULAÇÃO

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

21 de Setembro de 2017

## PROGRAMAÇÃO:

- 13:30 - Credenciamento (20min)

- 13:50 - Abertura (10min)

**Expositor:** Amauri Artimos da Matta, Promotor de Justiça e Coordenador do Procon-MG

- 14:00 - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade): Lei antitruste e a defesa do consumidor (2h30)

**Expositor:** Fernando Barbosa Bastos Costa – Procurador-Chefe Adjunto do Cade

- 16:30 - Intervalo (30min)

- 17:00 - Esclarecimento de dúvidas (1h)

- 18:00 - Encerramento

## Público-alvo

Órgãos e entidades civis de defesa do consumidor, advogados, estudantes de direito e demais interessados no tema.

## Local

**Auditório Procuradora de Justiça Simone Montez  
Pinto Monteiro (Salão Vermelho) PGJ/MG**  
Av. Álvares Cabral, 1690 , 1º andar, bairro Santo Agostinho  
Belo Horizonte, MG

**MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

*TRANSCRIÇÃO DO*

**ENCONTRO SOBRE CONSUMO E REGULAÇÃO  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA  
(CADE)**

**ESCOLA ESTADUAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR/PROCON-MG**

**21 de setembro de 2017**

*Presidência:*

**Amauri Artimos da Matta**

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** ... do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Cade, desde julho de 2009. E, atualmente, ele exerce o cargo de Procurador-Chefe adjunto. É procurador federal do Instituto Nacional de Seguridade Social, tendo exercido essas funções de julho de 2008 a julho de 2009. É procurador da Agência Nacional de Energia Elétrica de outubro de 2006 a julho de 2008, analista de administração pública na Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos de 2005 a 2006.

Vejam vocês que o Dr. Fernando, ele tem uma vasta experiência pública, na carreira pública, e vai nos brindar hoje com uma palestra que cujo tema é Lei Antitruste e Defesa do Consumidor. Vai trazer para a gente aí essa relação entre o direito concorrencial e a defesa do consumidor. Então, sem maiores comentários, a gente passa a palavra para o Dr. Fernando. Dr. Fernando, fique à vontade para fazer as suas considerações, e lembrando que às 4h e meia, não é isso? Nós teremos um intervalo e, na sequência, continuamos com perguntas. Se antes das 4h e meia o Dr. Fernando conseguir concluir a sua fala, a gente já inicia a fase de perguntas. E esse evento, ele prima por isso, é ter um espaço importante para o público questionar e sair daqui satisfeito e podendo tirar todas as suas dúvidas. Eu acho que esse é um dos focos desse evento. Dr. Fernando, fique à vontade.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Bom, antes de mais nada eu queria dar boa tarde a todos, agradecer especialmente ao Dr. Amauri pela oportunidade. Como membro do Cade, é muito importante ver a curiosidade da comunidade com relação à defesa da concorrência e ter essa oportunidade de dividir um pouco com a comunidade a nossa experiência e o que a gente tem feito em defesa de uma concorrência mais sadia. Eu queria ficar em pé, na verdade. Duas horas e meia...

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Fique à vontade. Eu só não falei, eu queria só esclarecer que, como todos os eventos que nós temos feito, esse evento, Dr. Fernando, ele é degradado. Então, ele é importante porque depois que a gente realiza, nós encaminhamos para todo o sistema, sabe? Então, esse conteúdo que é importante, ele vai para o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, para os órgãos que o integram. Por isso que é importante que as pessoas se manifestem pelo microfone, para que possa registrar.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Só como é muito tempo ficar sentado duas horas e meia, pode tornar a apresentação um pouco mais sacal. Bom, pessoal, em primeiro lugar, eu queria mais uma vez agradecer. Eu tenho, já esclarecendo isso para deixar todo mundo que está aqui bem à vontade, eu tenho por tendência tornar a explicação e a minha fala muito simples. Até porque a minha experiência dentro do Cade, ela é fundamentalmente no contato com o Poder Judiciário. E por ser um assunto que é um assunto específico e, em regra, desconhecido do Poder Judiciário, eu tenho que tornar ele palatável para quem está escutando.

Então, se eu tiver sendo muito simplista também, vocês podem levantar a mão, podem fazer mais questões. Eu sei que o formato do evento é um formato de primeiro ter a palestra e depois as dúvidas, mas eu não tenho nenhum pudor, se quiserem levantar a mão, perguntar, questionar, a gente pode tornar a palestra até mais interessante se vocês fizerem a intervenção na hora que a dúvida fosse citada.

Eu tentei estruturar essa palestra com três pilares importantes, que eu acho que para quem não tem contato com a defesa da concorrência, eles são importantes de serem primeiro observados ou conhecidos. Porque eu acho que são as principais, primeiro a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, para que vocês saibam exatamente do que eu estou falando. Segundo, passar pela nossa atividade, que é a atividade preventiva do Cade, que é a análise de concentração, e que antes de que haja

qualquer infração à ordem econômica, o Cade faz a análise de fusões, incorporações, justamente para evitar que dessas operações venham monopólios ou oligopólios que possam fazer com que alguns concorrentes do mercado desapareçam. O consumidor fique com menos opções. E, finalmente, terminando com a atividade repressiva. Eu vou pedir desculpas porque a sombra agora não tem como tirar. Então...

E passando, finalmente, para a atividade repressiva, que eu acho que é justamente onde tem uma interface maior com o direito do consumidor, que é a atividade do Cade, de verificar, na verdade, a ocorrência de uma infração à ordem econômica, a mais famosa de todas, que é sempre questionada, é o cartel. Na verdade, detectar a existência dessa infração, coibir e apenar os responsáveis por essa infração. Então, esse vai ser o norte da palestra. Eu confesso que eu não sabia também do formato do evento, eu preparei uma apresentação de quatro horas e meia. Então, eu vou tentar correr com alguns assuntos que não forem tão interessantes ou que forem um pouco mais sacais, para a gente passar logo para a atividade repressiva, que eu acho que é o que tem mais interesse do público.

Bom, gente, passando, primeiro, para essa questão da estrutura, isso a gente fala do Cade hoje em dia como se isso fosse uma novidade, mas tem uma lei que está em vigor, já desde 2012, em que mudou completamente essa estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Até hoje ela é falada como se fosse uma inovação porque realmente a alteração dessa norma trouxe uma mudança profunda no sistema e um ganho de eficiência para a concorrência e para o consumidor que é elogiado por todo o mercado nacional e internacionalmente.

Antigamente o Cade, esse Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tinha três atores distintos e esses três atores distintos analisavam todos os processos que eram submetidos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Então, só para vocês terem uma ideia, quando duas empresas passavam por uma fusão, elas apresentavam o ato de concentração numa Secretaria do Ministério da Fazenda, tinham que fazer uma cópia, apresentar a cópia dessa operação numa Secretaria do Ministério da Justiça, finalmente apresentava uma cópia no Cade e, depois da análise dessas duas secretarias que sequer ficavam no mesmo espaço físico, essas cópias eram enviadas para o Cade e o Cade, então, analisava a fusão. Esse processo demorava, em média, um ano.

Essa nova, a gente chama de nova porque ainda está sofrendo os impactos dessa mudança, a norma que entrou em vigor, que foi a Lei nº 12.529 em 2012, trouxe todos esses atores para um ator só. Então, tanto a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda quanto a Secretaria de Direito Econômico tiveram as suas atribuições jogadas para dentro do Cade. Então, hoje a gente tem um ente único, ele é bipartido, ele é bipartido numa Superintendência-Geral, que é responsável por fazer a instrução dos atos de concentração e a análise dos atos de concentração. E um Tribunal, que é responsável por fazer o julgamento dos processos administrativos que analisam as condutas anticoncorrenciais.

Então, eu acho que é muito fácil você verificar, que você tirar dois atores diversos em espaços físicos diversos, eles ficavam cada um num prédio de uma esplanada dos Ministérios em Brasília, você subtrair esses dois atores e jogar tudo para um só, você tem um ganho de eficiência muito grande. Hoje, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ele é basicamente, ele tem como grande protagonista o Cade, que é responsável pela análise dos atos de concentração e processos administrativos de conduta, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, que não foi extinta, mas, hoje, fica basicamente com a função de advocacia da concorrência.

Para quem não sabe, a advocacia da concorrência nada mais é do que uma atividade preventiva e ela não tem nenhum caráter coercitivo como o Cade, de aplicar pena, de analisar ou aprovar atos de concentração. Ela tem como função, na verdade, divulgar a defesa da concorrência de forma preventiva. A gente tem como algumas atribuições que são desenvolvidas pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, a confecção de cartilhas para que seja distribuída na sociedade. Ela também ingressa como *amicus curiae* quando tem algum processo que pode colocar em xeque essas atribuições do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em proposições legislativas que possam impactar na defesa da concorrência, a Seae se manifesta também. Então, hoje você tem esses dois atores, sendo que toda aquela função de instrução de processo, de análise de processo, de julgamento de infração, está dentro de um ente só. Isso foi um ganho de eficiência muito grande, principalmente para a análise de atos de concentração, que é o que eu vou falar a seguir. Eu vou ter que controlar tanto aqui quanto aqui, então, vou me enrolar um pouco.

Bom, então só frisando o que já deve ter, assim, o que já foi mais ou menos dito, hoje a gente tem no Cade dois grandes pilares de atuação. Eu acho que quando me perguntam o que o Cade faz, a grosso modo, ele se divide nesses dois pilares aqui. O Cade hoje é responsável pela análise de todos os atos de concentração que se enquadram nos requisitos legais. Então quando eu falo de fusão, incorporação, contratos associativos, *joint venture*, todos esses contratos que preenchem os requisitos legais, eles têm que ser analisados pelo Cade. Este é o primeiro grande pilar de atuação do Cade. E o segundo pilar é esse controle repressivo, que é justamente a detecção e a punição de condutas anticoncorrenciais.

Eu vou tentar passar rapidamente por aqui, porque isso eu acho que já não tem uma interface tão grande com o direito do consumidor, mas é interessantíssimo porque justamente é uma das nossas funções essenciais. E quando a gente fala de ato de concentração, quando a gente vê isso na mídia, normalmente a gente não sabe exatamente do que o Cade trata. Bom, quando eu falo que o Cade analisa todos os atos de concentração que se enquadram nos requisitos legais, eu estou falando de fusões entre empresas.

Então, quando duas empresas se juntam para formar uma terceira empresa diferente daquelas duas, essa é uma operação que é passível de apresentação ao Cade. Aquisição por meio de controle ou de parte da empresa, de uma empresa que adquire outra, isso também é passível de controle. Incorporação de empresas, contratos associativos, todas essas formas de concentração de empresas, elas têm que ser apresentadas e aprovadas pelo Cade. E o Cade analisa essas operações justamente para evitar que dessas movimentações do mercado surjam monopólios e que o consumidor fique com menos opções de compra.

Tem uma coisa até curiosa, porque muita gente questiona: mas o mercado não tem que se regular? Isso não é uma coisa natural, na verdade? Empresa ganhar dinheiro, ficar forte e comprar outra? É, mas a gente fez uma opção legislativa de fazer com que esse processo tenha interferência do Estado, justamente visando o bem-estar do consumidor. Isso é muito engraçado porque tem algumas pessoas, o Cade, ele é intervencionista. Eu acho que naturalmente, a função do Cade é intervir na economia.

E eu tenho uma história curiosa que teve um procurador do Cade, que trabalhou comigo, e ele começou a se revoltar contra a intervenção do Cade na economia. Ele virou anarquista, ele queria colocar isso nos pareceres dele. A gente falou: "Olha, eu respeito muito a sua ideia, mas aqui você não pode trabalhar mais, porque"... ele saiu, realmente hoje ele trabalha num outro setor e continua escrevendo contra a

intervenção do Cade na economia. Mas é isso, é uma opção legislativa, na verdade, em que a gente faz, assim, o legislador fez essa opção e o Cade cuida justamente de evitar que dessas operações venham monopólio ou mesmo um oligopólio e o consumidor fique com menos opções. Está doido aqui.

Quando eu falei que aquelas opções são passíveis de apresentação, desde que se enquadrem nos critérios legais, quais são os critérios legais? Isso é importante porque é muito comum perguntarem: mas, então, o Cade analisa todas as fusões ou todas as incorporações? Não, a lei também trouxe, de forma objetiva, critérios que façam com que determinadas operações se enquadrem naquela legislação. E foi uma opção muito forte, na verdade. Hoje, o Cade coloca como critério de apresentação dos atos de concentração que uma empresa tenha um faturamento anual de R\$ 750 milhões e que a outra empresa, a segunda empresa, tenha um faturamento anual de R\$ 75 milhões.

Então, isso faz com que o Cade realmente só se ocupe das grandes concentrações no território nacional. Foi também uma opção legislativa, porque antes o critério era diferente; antes o critério era, na lei anterior, na lei de 94, o critério era: uma das empresas ter 400 milhões de faturamento ou as empresas terem, juntas, 30% do mercado relevante. Só que o mercado relevante não era exemplificado na norma. Então, podia ser um mercado relevante regional. E mesmo assim o Cade, um ente federal, teria que se ocupar de uma fusão que, assim, que viria daquela função de repente uma concentração de 30% do mercado municipal. O que efetivamente não era o espírito da norma. O espírito da norma era justamente o Cade se ocupar das fusões que tem impacto nacional.

É interessante a gente citar também que, ainda que as operações não se enquadrem nesse critério, se por acaso a operação tiver um impacto nacional, ainda que não se enquadre no critério de faturamento, o Cade pode até um ano de fechada a operação pedir para verificar se realmente aquela operação tem impacto concorrencial nocivo. Então, a gente tem esse gatilho na norma ainda, porque, de fato, esse faturamento, ele foi um patamar muito elevado na legislação, mas a gente tem um gatilho para que o Cade analise as operações que possam ter efeitos concorrenciais nacionais sérios, mesmo que não se enquadrem nesse critério.

Uma outra alteração legislativa que a gente tem sofrido... tem sofrido, não. Tem sentido um impacto muito positivo, a lei anterior, ela tinha um critério completamente diferente de apresentação. Eu não estou sabendo para aonde apontar aqui. Antes dessa Lei nº 12.529 de 2011, o que acontecia? As empresas fechavam uma operação. Uma vez fechada a operação, elas tinham 15 dias para apresentar ao Cade. Apresentado ao Cade, elas já podiam fazer todos os atos de concretização daquela fusão, independente da aprovação do Cade. Este era o sistema anterior.

Então, as empresas, por exemplo, se fundiam, elas demitiam funcionários, trocavam de sede, trocavam de marca, trocavam todos os seus equipamentos, passavam por um processo de modernização e o Cade ali, depois de um ano, tinha possibilidade de reprovar a operação e determinar a reversão daquela operação. Este era o sistema antigo. Obviamente isso, e o Cade era um dos únicos quatro países no mundo que tinha essa possibilidade de análise posterior do ato de concentração. Era realmente um retrocesso e uma insegurança para o mercado muito grande. E foi um dos pleitos do mercado que mais teve força e impacto nessa alteração legislativa.

Hoje, o que a gente tem é a previsão de uma análise prévia. O Cade tem que analisar a operação previamente antes de que haja qualquer ato que configure a sua concretização. E o Cade tem um prazo legal para analisar essa operação. O prazo legal, ele é muito extenso. Na verdade, você tem 180 dias, se ela for declarada

complexa, você tem mais uma possibilidade de mais 90 dias de extensão, com uma possibilidade de 60 dias, se as partes assim requererem. Mas o fato que hoje, assim, o que hoje acontece no sistema, é que o Cade analisa essas concentrações, em média, num prazo de 30 dias.

Então, quando o Cade começou a colocar essa alteração em prática, foi realmente uma vitória para o mercado e o Cade, hoje, ele é muito respeitado internacionalmente porque ele é um exemplo de celeridade nessas análises de concentração. Isso é muito interessante porque foi uma mudança pontual, óbvia, e que trouxe um bem-estar para a sociedade muito grande, principalmente para o mercado e para a economia.

A gente tem também a possibilidade de, se por acaso as empresas fecharem ou concretizarem qualquer ato antes da análise do Cade, o Cade tem a possibilidade de multar as empresas em até R\$ 60 milhões. Então, isso é uma penalidade muito séria. E, de fato, assim, o que a gente tem hoje de... a gente chama isso de *gun jumping*, quando a empresa fecha, concretiza a operação sem a aprovação do Cade, mas os casos são raríssimos. Porque como a análise da operação, ela realmente é muito célere, as empresas apresentam para o Cade e tem a resposta muito rápida. Então, isso de fato não está acontecendo no mercado.

Eu fiz aqui só um quadro explicativo de como funciona essa análise de ato de concentração. Não vou passar por cada ponto, mas só uma coisa que é interessante passar para vocês. Como eu disse antes, qualquer concentração passava por três secretarias distintas. Três secretarias, não. Duas secretarias e o Cade. Todas tinham que analisar. Hoje o que acontece: um ato de concentração que é sumário, que é um ato simples, normalmente uma *joint venture*, um contrato associativo, uma operação que é ela realmente simplificada, ela morre na própria Superintendência-Geral e sequer é julgada pelo Tribunal do Cade.

Então, hoje a legislação, ela traz essa previsão de que um ato de concentração sumário, ele é distribuído, se estiver tudo certo, ele passa pela análise e a própria Superintendência-Geral pode aprovar sem que passe pelo Tribunal. E é justamente essa diminuição do processo que fez com que a análise passasse de um ano na lei anterior para 30 dias na lei atual.

Isso fala um pouquinho, na verdade, do procedimento. São esses os casos mais comuns de atos de concentração sumário, que são esses analisados em regra em 30 dias. São as *joint ventures*, substituição de agente econômico, quando você tem simplesmente um agente comprando a participação do outro agente. Quando os agentes têm baixa participação no mercado ou quando daquela fusão vem uma concentração muito pequena para o mercado e que não merece uma análise um pouco mais detida do Cade. Então, são esses os casos que normalmente são analisados em 30 dias. Eu estou tentando fugir da parte mais teórica.

Uma coisa que é interessante falar para vocês também é o poder que o Cade tem nessa análise do ato de concentração. Porque numa, assim, existe nesse processo de análise de concentração, as partes podem chegar para o Cade, isso tem sido muito comum, e falar: olha, a gente reconhece, a gente tem intenção de concretizar essa fusão, mas a gente reconhece que essa fusão pode ter um impacto muito grande na sociedade. Eu acho que isso ficou muito claro, eu não sei se alguém acompanhou, num caso recente da Kroton-Estácio, que apresentaram o ato de concentração para o Cade, a concentração ia ser de 80% em alguns mercados, e as partes começaram a pensar num remédio para minimizar o impacto daquela operação no mercado.

Isso é muito comum. Então, a gente tem no âmbito do ato de concentração a possibilidade de negociação entre as partes e o Cade de minimizar aqueles impactos

e impor alguns remédios, num instituto que a gente chama em acordo em atos de concentração. A gente chama de ACC. Então, dentro de um ato de concentração, as partes se comprometem a minimizar o impacto daquela operação para que chegue ao consumidor, na verdade, só os benefícios da operação e não o impacto concorrencial que seria nocivo. Nessas restrições, a gente pode colocar a venda de ativos, uma empresa ter que vender seus ativos, a cisão da sociedade, alienação de parte do controle, separação contábil das atividades jurídicas. Então, tudo isso é passível de ser, na verdade, negociado entre as partes na apresentação de um ato de concentração. É isso.

O prazo máximo de análise da operação seria de 330 dias, sendo que a regra é de 30 dias, porque a maioria dos casos são sumários. Esse prazo de análise, ele não pode ser suspenso por nada. Então, nada interrompe ou suspende esse prazo de análise do ato de concentração. E se por acaso o Cade não analisar o ato de concentração nesse prazo, ocorre a aprovação tácita do ato de concentração. Isso nunca aconteceu. Esse aqui é um machado que tem na nossa cabeça. Porque se algum dia isso acontecer, eu acho que vai significar que a gente não está fazendo a análise de forma detida ou acurada como deve. Então, esse é um machado desse sistema que foi implantado pela nova lei que está na cabeça do Cade em todos os processos que são analisados.

Bom, aqui são alguns números que eu acho que não são tão interessantes. Isso aqui eu acho que é o mais determinante e o que é mais impactante para o mercado, sempre que a gente fala sobre isso com o mercado, ou numa reunião com empresas, que é justamente o prazo médio de análise de concentração. Como eu disse, o médio, o prazo médio é 27 dias, mas os sumários, a gente analisa, em média, em 16 dias. Então, realmente é um ganho de eficiência para o mercado que é incomparável e muito elogiado.

Bom, passando agora para a atividade repressiva. Eu acho que é a parte que é mais interessante na minha opinião, porque até é a parte com o que eu tenho um pouco mais de contato. E eu acho que é justamente a parte em que o consumidor tem essa noção ou sente esse impacto de forma muito mais direta.

Bom, quando a gente fala em infrações à ordem econômica, a lei do Cade, ela trouxe um rol muito extenso e aberto. Na verdade, quem atua no Cade, os advogados que atuam no Cade, eles criticam muito essa nossa tipificação porque, ao contrário da tipificação penal, ela é uma tipificação muito aberta, em que vários comportamentos podem ser enquadrados nesse rol de infrações que a norma traz.

Para começar, a maior crítica dos advogados que atuam e que defendem as empresas nesse setor foi a opção legislativa por determinar, na verdade, que a configuração de uma infração à ordem econômica independe de dolo, culpa ou mesmo de produção de efeitos. Isso é muito forte na nossa norma porque ele, o caput do dispositivo já dispensa até a existência de uma forma específica da declaração desse ato que possa configurar a infração. Então, só como um exemplo, eu sei que isso está na norma, mas eu acho que a leitura desse tipo deixa muito claro, que o Cade, na verdade, quer abarcar todas as infrações que possam de certa forma desrespeitar um ambiente concorrencial sadio.

O art. 36 fala: "*Constitui infração à ordem econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados*". Então, isso coloca na conta do Cade a investigação de diversos atos que sequer possam ter produzido efeitos, mas que se por acaso o Cade tiver a notícia de uma reunião de concorrentes que tinham, ainda que em tese, a possibilidade de produzir efeitos nocivos, ele pode investigar e pode verificar se, de fato, aconteceu o cartel.

Então, a forma da norma, a norma coloca uma... a arquitetura dessa norma, ela é muito curiosa. Então ela coloca que qualquer ato que possa produzir esses efeitos, e quais são os efeitos? "*Limitar a concorrência, dominar mercado relevante, bem ou serviço, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva a posição dominante.*" Então, qualquer ato que possa produzir esses efeitos pode ser considerado infração à ordem econômica.

E aqui no final, aí como incisos desse artigo, ele traz diversos exemplos, que não são taxativos, eles são exemplificativos, de condutas que podem justamente gerar esses efeitos. Então, ainda assim, mesmo tendo esse rol, eu acho que é um rol de 20 dispositivos, o Dr. Amauri até deixou a norma aqui, eu vou colar aqui. Então, é um rol muito extenso de dispositivos e que mesmo esse rol é exclusivamente exemplificativo. Então, aqui a gente tem no inciso I justamente a figura do cartel, que é acordar preço, dividir mercado, fraudar licitação. E os demais dispositivos, todos são condutas normalmente praticadas por um agente só, mas que também, vou mais uma vez, meramente exemplificativas, desde que possam produzir esses efeitos.

A análise do Cade, inclusive, dessas condutas, ela tem mudado muito com o tempo também. E, mais uma vez, tem tornado essa análise muito mais rígida com os agentes que possam pensar em praticar alguma infração à ordem econômica. Antigamente, o Cade fazia uma análise que a gente chamava no sistema de regra da razão. Então, todas as condutas a gente analisava se aquelas partes tinham uma possibilidade de... se aquela conduta tinha uma possibilidade de produzir efeito. Então a gente via se existia um poder econômico daquelas partes antes de analisar a ilicitude. Via se os efeitos, efetivamente, eles tinham sido produzidos. E se daquela infração poderia vir alguma eficiência positiva para o consumidor que justificasse a prática da infração para só depois passar para uma condenação.

Eu acho que cerca de 2014 teve um voto proferido num julgamento de um processo do Cade, que é esse processo aqui no final, depois eu posso, eu passo a apresentação para vocês, e ele foi um voto paradigma que mudou a análise do Cade nessas infrações à ordem econômica. Hoje, a teoria que é utilizada no julgamento dessas condutas como o cartel é a teoria do ilícito pelo objeto. Então, nessas condutas que são condutas bilaterais ou de colusão, basta que a parte pratique uma daquelas ações descritas no dispositivo, em que ela já é passível de punição. E por essa nova teoria houve uma inversão do ônus da prova sobre a ilicitude. Então, não é o Cade mais que tem a obrigação de provar que aquela conduta poderia ser lesiva ao ambiente concorrencial. Houve uma inversão do ônus da prova e, hoje, a parte tem que provar que aquela conduta, já tida como ilícita pela legislação, daquela conduta poderia vir alguma eficiência positiva para o consumidor.

Óbvio que isso trouxe uma grande... foi um grande burburinho dos escritórios que atuam no Cade, mas essa é uma teoria que a gente tem... que tem se repetido no julgamento de todas as condutas que são condutas colaterais e que a gente tem conseguido defender no Poder Judiciário de forma muito tranquila. Então, essa foi uma mudança de paradigma muito importante e hoje é como o Cade encara, por exemplo, as condutas como o cartel. Se você tem uma comprovação de que houve uma reunião de concorrentes para combinar preço, já não cabe mais ao Cade analisar poder de mercado daqueles concorrentes, se aqueles concorrentes poderiam ou não causar algum efeito nocivo no mercado.

O simples enquadramento daquela conduta na norma faz com que a parte tenha agora obrigação de comprovar se, de fato, daquilo poderia vir algum benefício para o consumidor. E, claro, isso nunca acontece, né? Então, eu não lembro de nenhum processo que tenha sido julgado no Cade em que as partes tenham conseguido comprovar que aquela conduta tenha realmente de fato levado a alguma eficiência

positiva para o consumidor.

Esse roteiro já é um roteiro que a gente usa nas condutas unilaterais, que isso já são condutas que não são tão conhecidas assim de quem não atua no sistema, mas eu acho que a venda casada é um bom exemplo. Ela já é uma conduta um pouco mais conhecida. O preço predatório. Que aí, sim, a gente passa por toda essa análise da possibilidade, assim, da empresa praticar a conduta, mas não ter poder de mercado de forma a lesionar o consumidor ou mesmo ela pode trazer que daquela conduta houve uma eficiência positiva. Nesses casos de condutas unilaterais, realmente a gente continua, o Cade continua analisando a conduta por meio da regra da razão.

Isso aqui é só uma repetição do que eu estava falando, que são os dois tipos de condutas mais comuns, que são as unilaterais e as colusivas.

Bom, isso aqui eu trouxe mais por curiosidade, porque muitas vezes a gente... normalmente as pessoas que pensam no Cade pensam em cartel e ponto. Mas é engraçado como a forma com que o mercado se organiza faz com que daquele mercado possa vir condutas das mais diversas e, assim, essas formas de mercado geralmente fazem com que surjam esses tipos de conduta. Normalmente num mercado de oligopólio ou de duopólio, quando você tem poucos agentes, quando o mercado é concentrado, mas de forma normalmente bilateral, quando só tem dois concorrentes ou três concorrentes, não há sequer uma necessidade de uma cartelização, porque o comportamento de um concorrente já vai pautar o comportamento do outro concorrente. Então, o que você tem ali é uma colusão tácita.

Muitas vezes, nesse caso de oligopólio e duopólio o Cade tem uma grande dificuldade de comprovar a existência do cartel. Porque diferente desses casos de mercado concentrado, mas com mais agentes, a gente não consegue pegar, por exemplo, e-mails trocados entre concorrentes ou mesmo reunião entre concorrentes, porque, na verdade, o concorrente pauta o seu comportamento pelo outro de forma tácita. Não existe, na verdade, um arranjo de comportamento colusivo.

O cartel, por outro lado, quando o mercado é concentrado, mas já tem um número maior de agentes, ele acaba sendo um instrumento mais utilizado para fraudar a concorrência. E quando o mercado é pouco concentrado, o que a gente tem, e muito comum, condenado pelo Cade, é a influência de conduta uniforme. Essa influência de conduta uniforme, ela pode ser exemplificada, por exemplo, quando um sindicato chama as empresas que fazem parte daquele sindicato e o sindicato fala: "Olha, a partir de hoje a gente vai ter uma tabela de preço e quem não cobrar esse preço mínimo vai sair do sindicato, ou vai sofrer uma repressão". Então, essa influência de conduta uniforme, ela é muito exemplificada e muito condenada no Cade nesses casos de associações, de sindicatos.

E, por fim, quando o mercado é pulverizado, as infrações, elas ficam muito mais difíceis de serem detectadas, mas existem alguns casos que são curiosos. Aqui a gente colocou, eu coloquei *lobby* legislativo, porque tem dois casos lá no Cade em que as empresas foram condenadas por fazer o *lobby*. É curioso que o *lobby* em si não é uma infração à ordem econômica ou mesmo uma atividade que seria coibida. Ela até é muito conhecida. Mas as empresas se juntaram, numa sala como essa, empresas concorrentes, e no cartel de genéricos as empresas se juntaram e começaram, a Pauta da reunião era: o que a gente pode fazer para impedir que novos concorrentes entrem no mercado? Então, essa era a Pauta da reunião. E o resultado da reunião foi: a gente vai fazer o *lobby* legislativo em alguns senadores que a gente conhece, alguns deputados distritais lá em Brasília que a gente conhece, tal, e que podem evitar que esses novos entrantes entrem no mercado.

Então, é curioso, assim. Para a gente foi muito curioso, porque, na verdade, um instrumento que seria um instrumento de certa forma até legítimo, foi utilizado como uma conduta para impedir que concorrentes entrassem no mercado. E não foi só esse caso. Teve o caso de genérico e teve um caso em que empresas distribuidoras de combustível fizeram exatamente a mesma coisa para impedir que a Câmara Distrital, a Câmara Legislativa, autorizasse a construção de postos de combustíveis em supermercados. Então, também foi uma conduta lesiva que veio de um *lobby* legislativo. Isso é só para exemplificar, que justamente a formação do mercado muitas vezes já vai dizer qual é o tipo de infração que vai ser confirmada ou concretizada naquele mercado.

Agora eu vou passar, assim, a falar um pouquinho do cartel, que eu acho que é justamente a conduta anticoncorrencial mais conhecida, e realmente é a que dá mais trabalho para a gente, porque ela pauta muitos dos nossos processos. A lei, ela traz de forma muito clara o que seria o cartel para a lei de defesa da concorrência. Então, o cartel seria: *"O ajuste entre concorrentes, o acordo ou a combinação ou a manipulação dos concorrentes para que de qualquer forma possam influir nos preços dos produtos, na produção dos produtos, na divisão dos mercados ou mesmo influenciar resultados de licitações públicas"*. É curioso que isso aqui é tido como um quarto tipo de cartel.

Então, teria o cartel de preços, de produção e divisão de mercado, mas, na verdade, o cartel de licitação normalmente revisita esses outros três. Porque o cartel de licitação pode ser tanto para... o de produção é mais raro, mas pode ser tanto de preço quanto para divisão do mercado. Isso é o que a gente observa lá no Cade. E aqui a gente coloca também como a promoção de conduta uniforme, porque normalmente dessa influência de conduta uniforme, que é realizada pela associação, por exemplo, tem os associados combinando preço e concordando com aquilo. Então isso também configura um conluio, que seria a base do cartel.

É interessante falar, assim, falar também que o cartel, ele tem uma interface criminal muito grande. Porque, além da infração à ordem econômica, ele é previsto nos crimes contra a ordem tributária de forma muito semelhante ao que é previsto na lei do Cade, e também de forma um pouco mais genérica na lei de licitações. Eu acho que essa interseção do crime de cartel com infração de cartel faz com que esse diálogo do Cade com o Ministério Público seja muito frequente. É impressionante como isso tem pautado e enriquecido a atuação do Cade. Hoje eu posso dizer para vocês que não tem nenhuma infração de cartel que venha por leniência, por exemplo, que não tenha a participação ativa do Ministério Público nessas leniências. Eu vou falar um pouquinho sobre leniência depois, vou falar um pouquinho sobre busca e apreensão.

É muito interessante, assim, ver que até as nossas buscas, que a gente pode fazer busca cível também, elas passam por uma conversa com o Ministério Público da forma mais produtiva de como fazer essa busca, porque ela pode ser criminal ou cível e muitas vezes o Ministério Público já está muito mais adiantado do que o Cade nessas investigações, às vezes o Cade tem muito mais elementos do que o Ministério Público. Então, esse intercâmbio, ele é muito rico. E hoje, eu posso dizer que ele já é concretizado, ele até tem termo de cooperação. Então, isso é muito forte. Essa interface criminal para a gente, ela é muito importante.

Eu vou falar isso um pouco mais à frente, mas é muito curioso que isso foi um amadurecimento institucional do Cade e eu acho que um crescimento com o Ministério Público muito grande. Porque a lei, no caso de leniência, ela também, ela confere imunidade criminal para quem firmou o acordo de leniência no Cade. Antigamente, era muito comum, a parte firmar o acordo de leniência e o Ministério Público, mesmo assim, entrar com a denúncia. Isso, hoje, com essa cooperação que existe entre as duas esferas, ela já não existe mais.

Bom, então só voltando ao cartel. O cartel seria um acordo de empresas concorrentes para combinar qualquer condição de mercado, com o prejuízo direto ao consumidor final. Têm alguns fatores que facilitam muito a cartelização, que seria um baixo número de competidores, eu acho que isso até fica um pouco evidente porque o pressuposto do cartel é que as partes possam combinar a ponto de atingir o objetivo de que todos aumentem preço, diminuam preço ou dividam o mercado. Se uma das partes furar esse bloqueio ou esse acordo, todos os consumidores que foram lesados por esse aumento vão fugir para essa parte que furar o bloqueio do cartel.

Então, você ter poucos concorrentes faz parte do espírito do cartel, porque justamente o consumidor não teria para aonde correr. A homogeneidade do produto, isso quer dizer, o produto tem que ser... as fases de produção e o resultado final do produto, ele tem que ser muito parecido entre os concorrentes para que justamente o consumidor não tenha para aonde fugir. Altas barreiras na entrada de novos concorrentes. Então, o que quer dizer essas barreiras à entrada? Quer dizer que se por acaso o cartel atingir o seu objetivo de aumentar o preço, não vai ser fácil surgir um novo concorrente para pegar toda aquela demanda que teria ido para esses concorrentes cartelizados. Então, essa barreira à entrada também é um elemento muito importante do mercado, porque se eventualmente for um mercado onde não tem uma barreira de entrada, que seja fácil entrar, qualquer mercado cartelizado vai surgir um concorrente que vai pegar todos os clientes que foram vítimas daquele cartel.

E por fim, uma possibilidade de monitoramento. Eu acho que esse é, no caso de licitação, isso é muito tranquilo, porque a licitação tem todas as fases públicas, né? Quer dizer, todas as fases, não, mas o resultado final da licitação é público. Então, você tem como monitorar se aquele cartel efetivamente atingiu o seu objetivo, mas você tem que saber se o seu concorrente está cumprindo com a parte dele de aumentar o preço ou de não ultrapassar aquele mercado que foi acordado para que você também cumpra a sua parte. Então, essas são os quatro critérios que são facilitadores da cartelização e que a gente realmente vê presente em todos os cartéis, tem... é engraçado.

É engraçado, não. É triste, mas é curioso que você, em alguns cartéis, você tem isso aqui, essa possibilidade de monitoramento de forma expressa como uma cartilha com possíveis punições para quem furar o cartel. Eu acho que hoje é mais difícil você encontrar isso, mas nos cartéis antigos você via que realmente as partes não tinham noção da ilicitude ou pelo menos da gravidade do que estava acontecendo, que elas colocavam de forma expressa o regramento do cartel. Então, isso aqui é só mais uma vez as principais formas de cartel, que é preço, dividir mercado, restringir oferta de produto e fraudar licitação.

Isso aqui é uma classificação que é uma classificação muito mais teórica do que prática. Confesso que quando eu lia isso, não era muito claro para mim o porquê da doutrina fazer isso o tempo inteiro. Mas eu acho que exemplifica um pouco dos casos de cartel que o Cade tem investigado. A doutrina faz uma separação entre cartel, que ela chama de *hardcore*, e cartel *softcore*, que seriam cartéis clássicos ou cartéis institucionalizados e cartéis que seriam... esse *softcore* seriam cartéis que seriam feitos para situações específicas. Realmente eu não vejo nenhuma diferença de um para o outro, a não ser a gravidade de um cartel do outro.

Mas isso mostra, e isso é importante até para o Cade apenas esses cartéis, porque a gente coloca aqui, na verdade, a duração desse cartel, a quantidade de licitações que eles conseguiram fraudar. Então, isso é importante no final para que o Cade apene as empresas participantes desse cartel. Como o cartel tidos pela doutrina e pelo Cade como *hardcore*, a gente tem como exemplos os cartéis de licitações da Petrobras. Eu acho que isso para a gente é muito claro, que são cartéis que não são para uma licitação específica, que existia uma divisão de mercado para fraudar várias licitações.

Então, você tem aqui, na verdade, uma... eles estão em investigação ainda, mas o que você tem, o desenho que se monta, na verdade, seria um cartel justamente para fraudar o caráter competitivo de licitações durante um longo período de tempo. Então, isso entraria como um cartel *hardcore* da doutrina.

Um cartel que está em investigação no Cade, teve uma nota final agora, ele ainda não foi condenado, é um cartel que eu participei até das ações de busca, é o cartel do metrô de São Paulo. Isso é um cartel muito interessante porque esse, ele tinha regras, eram diversas licitações, e o que está sendo investigado é a possível conduta de que as partes, elas não só determinavam quem iam ganhar as licitações, mas em algumas licitações as empresas que desistiam para deixar uma outra empresa ganhar, ela era sub-rogada no contrato da empresa que tinha sido vencedora.

E você tem licitações não só de São Paulo, mas de outros estados da Federação, que faziam parte do mesmo cartel. Então, aqui você tinha nesse mercado de licitações de obras ou de trens para o metrô um mercado institucionalizado para várias licitações no decorrer de um espaço muito grande de tempo. Então, esse é o desenho que está se mostrando e é um exemplo muito claro de cartel *hardcore*.

Um cartel julgado recentemente pelo Cade, que também é um cartel de licitação, de preço e divisão de mercado e boicote à concorrente não aderente ao cartel de cimento, que teve um impacto no Brasil que ele é incalculável. Porque é um cartel que durou mais de uma década. E teve impacto em toda a construção civil do Brasil. Essa hoje foi, com certeza, é o cartel que, para mim, deixa muito evidente o papel que o Cade tem na defesa do consumidor. Porque esse cartel de cimento, ele teve impacto desde construção de infraestrutura, de estrada, como construção de casa e eu acho que a condenação desse cartel, alguns TCCs que foram firmados, algumas confissões que foram feitas nesse processo, eles deixaram muito evidente o impacto forte que o papel do Cade pode ter no nosso dia a dia para que essas condutas não voltem a acontecer, pelo menos em alguns mercados.

E o contraponto desse cartel *hardcore*, que são esses que eu citei, a gente tem esses cartéis que são difusos e não institucionalizados, que a doutrina chama de *softcore*. Aqui são dois exemplos que são muito tristes também. Esse aqui é um cartel de aquecedores solares para a construção de casas de baixa renda em São Paulo. E as empresas fizeram um cartel para burlar duas licitações. Na verdade, duas licitações, não.

Licitações em Presidente Prudente, Campinas, Araraquara, Ribeirão Preto, Baixada Santista, Vale do Paraíba, Sorocaba. Mas era um cartel que tinha como objeto burlar essas licitações de aquecedores solares. Então também, assim, é um cartel que foi para uma licitação específica, mas com um objeto repugnante também, porque eram construções de casas de baixa renda.

Isso aqui também é vergonhoso, um cartel de tintas de laje. Numa licitação, uma única licitação de 2009, em que o cartel quis burlar o caráter competitivo de uma licitação para a aquisição de tinta para pintar uma escola. Assim, é impressionante como a gente vê, assim, nesses casos fica muito claro a atuação do Cade e o impacto que esse tipo de conduta tem no nosso bolso. Porque isso tudo, na verdade, é superfaturamento de obra e quem paga a conta somos nós. Então, eu acho que nesse ponto, ainda que não seja diretamente como consumidor, mas como cidadão, isso deixa muito claro o papel que o Cade tem, a importância que essas investigações têm.

Então assim, eu coloquei cartel de licitação, mas eu acho que todas são... que eu citei, a maioria ali são de licitação. Então assim, o cartel hoje é, sem dúvida nenhuma,

considerado a infração à ordem econômica mais grave. O impacto que ele tem nas contas do governo é incalculável. A gente tenta, de certa forma, aferir qual seria o impacto em cada licitação, mas isso é de forma objetiva incalculável. O que a gente sabe é que a gravidade dele, assim, enfim, a gente está vendo aí na nossa sociedade o impacto que esse tipo de desvio tem nas nossas vidas.

Ele gera menos qualidade e menor variedade de produto e desestímulo à inovação no mercado. Isso é muito, isso é uma coisa que parece acessória, mas no bem-estar do consumidor, ela é muito séria. A partir do momento que duas empresas concorrentes entram em conluio para aumentar preço, por exemplo, eles não têm incentivo para inovar, para pegar aquele consumidor que é cliente do outro concorrente. Então isso, além de todos os efeitos nefastos no preço, faz com que a gente sofra uma estagnação de inovação tecnológica também muito grande. Enfim, como consequência de todos os cartéis e dessas condutas que são investigadas o que a gente tem é uma redução muito grande do bem-estar do consumidor.

Como que um cartel chega ao conhecimento do Cade e o que o Cade pode investigar? São várias formas de representação ou de informação que podem chegar até o Cade. Uma forma muito comum, a gente tem uma ouvidoria, é um canal aberto que pode ter uma denúncia formal ou informal, pode ser anônima ou não, de uma conduta. Normalmente aí já sendo muito franco, muitas denúncias chegam para o Cade de forma muito vazia. Então, o Cade não tem como agir porque são consumidores que percebem que existe alguma coisa errada, mas que não trazem nessa denúncia elementos que possibilitem até o Cade continuar uma investigação.

Mas, em contrapartida, também é muito comum que os concorrentes lesados, por exemplo, por um cartel, tragam a informação para o Cade por meio de uma denúncia anônima, já com elementos um pouco mais robustos, que permitam com que o Cade investigue esse mercado. Pode ser *ex officio*, porque muitas vezes na investigação de um cartel você tem notícia do outro, então o próprio Cade já começa uma investigação. O acordo de leniência hoje é sem dúvida nenhuma o principal instrumento que a gente tem para descoberta de cartéis. Então, hoje é o nosso instituto mais eficiente e eu acho que é a maior, eu acho que é a joia do Cade hoje, a gente cuida dessa leniência com muito cuidado, em todos os aspectos, de sigilo, de proteção do leniente. Isso para a gente é uma briga ferrenha isso, lá na Procuradoria especialmente. A gente, normalmente, quando um juiz determina a abertura de uma leniência, a gente vai despachar, leva o caso até o Supremo, na verdade, até o Supremo a gente já não levou, mas a gente já levou até o STJ para manter a identidade do leniente resguardada até que o processo seja julgado.

E quando chega numa esfera um pouco mais elevada, como o STJ, eles entendem muito claro que o interesse daquelas outras partes que estão reclamando para ter acesso é muito menor do que o interesse da sociedade de ter um programa como esse funcionando. Então, hoje, o acordo de leniência, ele é sem dúvida nenhuma o principal canal para a gente começar uma investigação.

Existe a possibilidade de representação também de comissão do Congresso Nacional, que já é cogente, a gente não pode nem instaurar um procedimento preparatório, já tem que ser instaurado já com o inquérito administrativo. Aí é que entram as colaborações com parceiros do Ministério Público, Polícia Civil, agência reguladora. Então, todos esses entes também trazem informações para a gente. A gente pode começar uma investigação administrativa.

A busca e apreensão, ela é imprescindível para a gente, como um instrumento também, para confirmar muitas vezes o que a leniente traz até ao Cade. Aí entra interceptações telefônicas e acordos de colaboração.

O Cade, isso aqui é interessante falar porque eu acho que isso faz muito parte do nosso dia a dia, aí eu já confesso a minha ignorância, eu não sei se o Ministério Público tem algo parecido, mas é muito curioso. A gente tem lá no Cade, que a gente começou, até fez uma brincadeira, a gente chama de cérebro, que é o computador dos X-Men, que a gente montou um monitoramento de todas as licitações do Brasil com a análise de todos os lances dados pelos concorrentes. Então, a gente tem um controle ou uma ideia da colusão que pode estar acontecendo em todas as licitações nacionais.

Óbvio que isso não é um elemento, assim, determinante para uma condenação, mas já é um indício muito forte para a gente começar uma investigação. Eu vi isso, isso começou a acontecer, eu acho que é coisa de quatro anos, e eu estou vendo esse instrumento amadurecer muito. Porque hoje a gente faz não só esse batimento de dados, como a análise da própria licitação. Então, como os competidores se comportaram naquela licitação. Aí depois passa para a análise do edital para saber se alguma coisa no edital permitia aquilo.

E é curioso como os juízes já têm entendido, essa prova, que seria uma prova econômica, como um elemento muito, muito forte para o começo de uma investigação, por exemplo, por um deferimento de busca e apreensão. Coisa que eu não imaginava que isso algum dia seria possível, de um juiz, assim, deferir uma busca e apreensão com base numa prova que é simplesmente de observação no mercado. E isso já aconteceu. E as buscas foram inclusive mantidas nos Tribunais.

Aqui eu falo um pouco dos procedimentos do Cade em investigação. São procedimentos, assim, a gente tem aqui um procedimento preparatório, isso é curioso também, eu acho que é, esse procedimento, ele não tem um caráter de investigação, mas muitas denúncias chegam no Cade. Por exemplo, assim, de um concorrente que não está recolhendo os impostos e, com isso, ela está tendo uma vantagem competitiva naquele mercado. De fato, o comportamento da empresa gera uma preocupação concorrencial? Gera, mas é trabalho do Cade verificar se a empresa está recolhendo os impostos? Não. Então, esse procedimento aqui, ele tem espaço justamente nesses casos, em que a denúncia é apresentada ao Cade, mas o Cade tem que primeiro, antes de começar a investigar, saber se aquilo faz parte da sua competência.

Os outros processos previstos são inquérito administrativo, que aqui já é muito parecido com o inquérito policial, que ele é inquisitivo, não tem contraditório. Ele, assim, o prazo dele é de 180 dias prorrogável, que também nesse caso a gente pode dizer, fazer um paralelo, falando que aqui a gente busca basicamente tentar delimitar a autoria, materialidade. A gente não consegue fazer um paralelo perfeito, mas seria um paralelo bem plausível com o inquérito policial. E, por fim, o processo administrativo, que aí já é o processo onde tem contraditório, defesa, produção de prova.

O processo no Cade, a gente tem um respaldo grande do Poder Judiciário no que a gente tem feito, porque o processo do Cade, ele é um processo muito extenso e muito cheio de provas. Então, dificilmente uma condenação do Cade vai ser levada ao Poder Judiciário e anulada sem uma discussão muito séria sobre o que está acontecendo. Para vocês terem uma ideia, a formação daquele Tribunal do Cade que eu falei lá atrás é de seis conselheiros. Normalmente os conselheiros fazem, cada um, um voto de cem laudas. Então, a discussão que você tem nesse processo é uma discussão muito profunda.

Então, você tem aqui a instauração, aí a defesa, prazo de 30 dias, produção de prova, você tem oitiva de testemunha, estudos, perícia, alegações finais. Você pode pedir um parecer para o departamento de estudos econômicos que funciona dentro

do Cade. E, por fim, o processo vai ao Tribunal para julgamento. Assim, de forma bem genérica, o trâmite é esse. E quando chega esse processo, eu vejo isso, isso é muito legal, estar no Cade há tanto tempo porque eu acompanho o amadurecimento. Porque não só eu estou lá há nove anos, mas eu vejo as decisões que eram proferidas antes de eu entrar, que eram os processos judiciais que eu comecei a acompanhar quando eu entrei, e vejo as decisões que são proferidas hoje.

Hoje, as discussões que são travadas não passam mais por nulidade processual, não passam por mais por deficiência de motivação. Então, é muito interessante você ver que as partes tentam desconstituir de alguma forma uma decisão do Cade, pegando algum embate de um conselheiro com outro, mas sem ter muito para onde correr, porque realmente as análises, elas são muito aprofundadas. Isso é interessante porque é um amadurecimento do ente, que é visível e eu acho que a própria mídia tem... ela passou a respeitar muito o Cade e também colocar muito o Cade, eu acho que no holofote. Justamente pelo amadurecimento que o ente teve e a importância, assim, a maior importância que ele teve também no cenário nacional. Eu acho isso muito curioso.

Isso aqui é uma previsão lá no processo administrativo, que é muito semelhante a liminar num processo judicial. Então, quando o Cade verifica que existem ali elementos que sejam de provável, de verossimilhança, de que realmente existe aquela infração, de que aquela infração, ela pode surtir efeitos imediatos e que não pode esperar todo o trâmite do processo administrativo para que determine a cessação da infração, a gente tem um gatilho, que é a medida preventiva, que é muito parecido com uma liminar no processo judicial. Mas a gente, por outro lado, tem muito receio de utilizar. Porque nessa medida preventiva a gente perde um pouco daquela força que a decisão do Cade tem, justamente por ser um processo administrativo, de travar todo o debate até levar ao Poder Judiciário.

Então, desde 2012, que foi quando entrou em vigor a lei, a gente só utilizou essa medida duas vezes. Essa medida preventiva. Isso é um cuidado que o Cade tem e isso nos dá muita força quando a gente usa. É impressionante, porque quando... tem dois casos, um caso da Petrobras e da White Martins, que seria uma conduta discriminatória, e um caso de cartel de combustível que a gente determinou que o interventor entrasse na empresa para diminuir o preço. Quando a gente conversa com o juiz sobre a adoção dessa medida e ele começa a questionar, é muito sério você impor esse tipo de restrição à empresa sem uma decisão final de um processo.

Mas quando a gente fala: olha, desde 2012, é a segunda vez que a gente utiliza, justamente porque os elementos do processo eram muitos fortes a ponto de a gente não precisar esperar o resultado final, a seriedade com que o Cade encara isso fica muito claro ao Poder Judiciário. Então, assim, foram só dois, mas em nenhum desses dois casos a gente sofreu derrota e, muito pelo contrário, a gente encontrou um respaldo muito grande do Poder Judiciário.

Isso aqui é só um exemplo de como o Cade, um exemplo, não. A previsão de como o Cade aplica as empresas que participam... que cometem infrações à ordem econômica. Existe a possibilidade de aplicação de multa que vai de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa no ramo de atividade específico. E a gente leva em conta o ano anterior à instauração do processo administrativo.

Uma outra coisa que trouxe o Cade para os holofotes, assim, as multas do Cade, justamente pelo tamanho das empresas que o Cade investiga, elas são muito grandes. Como exemplo, eu tenho a multa aplicada pela White Martins num cartel de gases hospitalares, que foi uma multa de R\$ 2 bilhões. Então, eu posso garantir para vocês que a nossa judicialização chega quase a 100%, porque as multas, elas realmente

são milionárias ou bilionárias. E as partes, obviamente, não pagam isso de forma espontânea.

Então, as multas para as empresas participantes, de 0,1% a 20% do faturamento. Para os sócios administradores também é bem pesada, porque vai de 10% a 20% da multa aplicada à empresa. Então, é uma multa que é... normalmente, quem arca com essa multa é a própria empresa, mas a responsabilidade é do sócio, do administrador. E para quem não é sócio, para quem é empregado, para quem é... isso é muito sério e as empresas não divulgam isso. Na verdade, as pessoas físicas, que são aquelas que instrumentalizam o cartel, que negociam o cartel dentro de uma empresa e que não se enquadraram em administrador, sócio ou proprietário, podem sofrer multas de R\$ 50 mil a 2 bilhões.

É engraçado que você, quando começa a investigar, e você chama uma pessoa para depor, por exemplo, de uma indústria farmacêutica, e você começa a questionar e é a primeira vez que ela tem contato e ela percebe que ela pode ser apenada em 50 mil, de R\$ 50 mil a 2 bilhões, ela entra em pânico. Porque eu acho que, assim, isso é completamente ignorado para aquelas pessoas que são o instrumento do cartel.

Outras penalidades aplicáveis às empresas, que são igualmente severas e, aliás, aqui eu tenho algumas que eu acho até que para algumas empresas, elas são até mais severas do que a pena pecuniária, é a proibição de contratar com o poder público. A gente tem um cartel que foi condenado, que é um cartel de vigilantes do Rio Grande do Sul. A pena aplicada foi uma pena de acordo com o faturamento. Então, por mais que essas penas sejam altas, elas levam em conta o faturamento da empresa. Então, são penas que, em tese, a empresa tem condição de pagar. Mas quando a empresa de cartel de... uma empresa de vigilância recebe uma penalidade de não contratar com a administração pública por cinco anos, ela realmente sente o baque na sua atividade econômica.

Outras penalidades, isso foi aplicado no cartel de cimento, a gente pode obrigar uma empresa a vender parte dela. Então, no cartel de cimento a gente verificou que uma das empresas cresceu justamente por conta do cartel. Então, a decisão do Cade é: venda 30% dos seus ativos, para uma empresa concorrente que não estava no cartel. Então, essa é uma penalidade que é possível de ser aplicada e que a gente também consegue respaldo no Poder Judiciário de forma muito tranquila, porque fica evidente que o crescimento daquela empresa se deu justamente por conta da cartelização.

E aqui são outras coisas, assim, proibição de contrair, acho que não está aqui, de entrar em Refis também. Isso, na verdade, a gente não consegue proibir, mas pode aconselhar o Ministério da Fazenda a fazer isso, a não conceder Refis para aquela empresa, e proibir o exercício em nome próprio como representante de pessoa jurídica por até cinco anos. É interessante que essas penas, que são estruturais, elas parecem acessórias, mas elas muitas vezes para as empresas são muito mais sérias até do que a pena pecuniária.

Isso aqui são quadros, na verdade, só estatísticas do que a gente tem enfrentado lá de processos administrativos. E, agora, eu entraria no programa de leniência. Como que está o tempo? Eu não sei. Está tranquilo? Eu estou com medo de estar falando...

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Três e vinte. O horário do intervalo?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Quatro e meia.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Quatro e meia, né? Vamos lá.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Não, tem um monte de coisa ainda.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** É? À vontade.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Alguma pergunta, gente? Vocês querem deixar--

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** A gente poderia abrir um pouquinho para perguntas, alguns casos aí.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Pois é, eu vou começar agora, só para vocês terem uma ideia, esse foi um panorama geral assim de estrutura AC e PA. Aí agora eu vou falar um pouquinho sobre os principais instrumentos que a gente tem para ter conhecimento da infração e para fortalecer também as provas desse processo administrativo. Então, agora eu vou falar de leniência, TCC e busca e apreensão. Então, agora já é uma parte mais final mesmo, que eu vou falar um pouco desses instrumentos, como o Cade tem analisado, interseções. Então...

**ORADORA NÃO IDENTIFICADA [01:10:32]:** Dr. Fernando, é uma questão que eu queria que o senhor falasse. Na defesa do consumidor, a gente tem muita questão dos preços exorbitantes no mercado. Eu queria entender o que seria o preço predatório, para a defesa da concorrência. Por exemplo, como que você identificaria uma onerosidade muito excessiva para o consumidor, do ponto de vista da defesa da concorrência?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tá. Aí é uma notícia ruim, na verdade, que é antipática, mas eu vou falar porque é a verdade. Nesse ponto, o Cade, ele não se ocupa de preços exorbitantes, porque se eles forem, na verdade, tiverem origem em situações normais de mercado, o Cade não tem como intervir. Então, infelizmente nesse caso, a gente tem... está ali até, aumento arbitrário de preços por meio de uma daquelas condutas. Se a empresa praticar uma daquelas condutas, o Cade tem como agir. Mas aí a gente agiria na conduta. No preço exorbitante, simplesmente por uma questão de mercado, como, por exemplo, agora a gente está vivendo, eu não sei, eu acho que aqui também, eu acho que no Brasil inteiro com certeza, mas em Brasília o combustível chegou a 4 e...

Então, é um preço exorbitante, que a gente lá em Brasília, a gente sofreu uma... a gente conseguiu desbaratar um cartel, até por conta da intervenção do Cade, mas logo depois houve um aumento de impostos em que os postos aproveitaram esse aumento para jogar o preço lá em cima de novo. E talvez até para os patamares anteriores, que a gente não tem prova de que isso teve origem no conluio. Então, se a gente não tem prova que tem origem no conluio, a gente não tem como agir de forma direta. É uma limitação legal nossa.

Isso não acontece só em casos de preços arbitrários ou preços muito altos. Tem um caso recente em que uma empresa adquiriu a outra, aí o Cade realmente entrevistou, porque foi um ato de concentração que foi analisado pelo Cade. O Cade aprovou a operação porque realmente não tinha efeitos concorrenciais, e essa empresa que foi adquirida deixou de funcionar por conta da Operação Carne Fraca. Na verdade, o mercado teve uma contração, aquela fábrica já não mais era útil para a empresa e ela foi desativada. O Cade sofreu visita de todos os políticos dessa cidade. O que o Cade pode fazer nesse caso? Infelizmente, nada.

Porque na análise do ato de concentração, que a gente tinha que se ater, a gente fez a análise e naquele momento a análise foi uma análise pela aprovação. Infelizmente, o que veio para o mercado depois, que foi uma coisa nociva, já fugia muito da nossa

atribuição. A gente... o que eles queriam era a manutenção de nível de emprego, um compromisso do Cade, de que o Cade intervisse nisso para manter o nível de emprego da cidade. Eu já até confesso que a gente conversou: olha, isso é muito mais com o Ministério Público do Trabalho do que com o Cade. Então, porque realmente são questões que fogem da nossa esfera de atuação.

Só para complementar, você perguntou também sobre preço predatório. O Cade até hoje não teve uma condenação sobre preço predatório. Porque quando a gente fala em preço predatório, a gente pensa em preço muito alto ou preço muito baixo. Preço muito baixo, pelo preço muito baixo, o Cade obviamente não vai agir. E o preço predatório, ele é configurado quando você tem a importação de um produto para o Brasil, abaixo do valor do preço de custo dele para excluir os concorrentes nacionais. Então, é uma conduta muito específica. Então, a gente fala preço predatório, na verdade: ah, o concorrente baixou o preço para ganhar consumidores, depois vai aumentar. Isso é jogo de mercado.

[falas sobrepostas]

**ORADORA NÃO IDENTIFICADA [01:14:34]:** Uma queima de estoque, por exemplo, que seria feita, não teria problema nenhum?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Não, isso a gente analisou algumas vezes.

**ORADORA NÃO IDENTIFICADA:** Que abaixa muito o preço. A gente vê lojista que faz uma promoção, por exemplo.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Exato.

**ORADORA NÃO IDENTIFICADA:** Aí abaixa demais. Então...

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Isso é jogo do mercado, assim...

**ORADORA NÃO IDENTIFICADA:** Certo.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Então, e a gente não tem como intervir nesses casos. A não ser que tenha a intenção de quebrar o concorrente, que isso fique explícito. Mas normalmente a gente não tem nem como aferir, se a intenção de uma conduta unilateral é quebrar o concorrente. Então, até porque elas normalmente ocorrem num tempo muito curto. Até para o Cade agir nesse tempo em que ela ocorreu. É difícil. Assim, é uma limitação prática até da nossa atuação.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Só uma questão, Dr. Fernando. Quando a gente fala em preço abusivo, como a Tiane(F) falou, vê se é isso, o fato de você ter um preço alto no mercado, em tese, não seria infração na medida em que o consumidor pudesse adquirir o produto em outro local. Agora, quando se avalia, vê se é isso que eu entendi, para você avaliar um preço abusivo, você tem que ter uma conduta anticoncorrencial anterior que limite a opção do consumidor. Aí faz sentido, né? Porque aí se você tem um preço abusivo e o consumidor não tem muita escolha, aí, em tese, você iria na conduta anticoncorrencial, não é?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Exatamente.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Não no preço, o preço abusivo

seria tratado de uma forma... por via de consequência, né?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Exatamente. Eu acho que o cartel é a principal conduta que levaria a um preço abusivo. Em que o Cade age, não no preço abusivo, mas no cartel. Seria isso. A gente não tem como... o preço abusivo por si só, como é o caso dos combustíveis, a gente não tem como agir, mas se a gente tiver elementos para aquela conduta, para condenar aquela conduta, a gente age na conduta. Inclusive, o cartel de combustíveis é o nosso maior calo. Por quê? O produto é homogêneo. Então, eles chegam nos postos, em tese, num mesmo valor.

Então, existe uma justificativa lógica para que eles tenham preços muito parecidos e próximos. Então você vai, o argumento que eu escuto, na verdade, toda vez que eu chego numa cidade e falo que sou do Cade, eu até evito um pouco: "Mas você não vai fazer nada com o combustível?". Como se eu pudesse fazer alguma coisa. "Você não vai fazer nada com o combustível?". E para a gente é muito delicado, porque, na verdade, o paralelismo de preço é muito evidente. Só que isso por si não consegue comportar uma condenação que a gente consiga sustentar no Poder Judiciário, porque eles têm a justificativa: não, mas o preço é igual. O que chega para mim é igual. Então, tem uma justificativa para, pelo menos, ter um preço parecido. Então, é complicado.

**ORADORA NÃO IDENTIFICADA [01:17:26]:** Aproveitando o que o senhor está falando, é porque nós recebemos na assessoria jurídica do Procon Estadual de Minas muitas dúvidas de promotores do interior que falam: "Olha, existe uma possível prática de cartel na minha cidade, mas eu quero saber por onde começar. Como que eu começo o procedimento aqui?". Aí, eu queria saber qual a orientação que eu poderia dar, de um roteiro, qual o contato que poderia ser feito com o Cade, para eventualmente prestar um auxílio, uma parceria?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tá, assim, eu posso falar um pouquinho dos processos que tramitam no Cade, qual é, assim, um pouco do script que a gente segue lá. Eu acho que um excelente primeiro contato seria essas pessoas entrarem em contato com o Cade, até para saber se existem processos já no Cade. Porque no Cade existe, eu acho, processo de investigação de cartel de combustível em quase todos os estados, se não em todos. Então, eu acho que já é um primeiro passo. E normalmente nesses casos a gente tem o primeiro paralelismo, tem algum concorrente trazendo a notícia, o Ministério Público entra muito forte com a investigação criminal também.

Então, muitos desses casos, no caso de Brasília mesmo, a gente teve escuta telefônica, a gente teve... então, você passa por toda uma instrução que já vai além até da própria esfera do Cade. Existe uma instrução, que é administrativa e criminal ao mesmo tempo, para que a gente consiga esses elementos que passem além do paralelismo. Para aí, sim, começar a instaurar um processo mais robusto, para dar direito de defesa e uma condenação.

Então, eu acho assim, um primeiro norte seria até entrar em contato com o Cade, seria a Superintendência do Cade, que é quem faz a investigação, e ela é dividida em várias coordenações, então, tem uma coordenação específica de combustível. Entrar em contato com essa coordenação, para saber se lá já tem um processo de investigação. Porque pode até já ter uma investigação adiantada, tá?

**ORADORA NÃO IDENTIFICADA:** [pronunciamento fora do microfone].

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** De nada.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Tem um caso que a gente ouviu falar, da venda da Liquigás. Esse caso já foi decidido pelo Cade?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Não, na verdade, ele saiu agora do... normalmente os atos de concentração, eles terminam na Superintendência-Geral, como eu falei. Alguns atos que são impugnados pela Superintendência-Geral, então, quando a Superintendência-Geral faz um parecer opinativo pela reprovação do ato de concentração, esses casos são julgados pelo Tribunal. E esse processo está exatamente nesse ponto.

Ele já teve um parecer pela reprovação da Superintendência-Geral, aí foi enviado ao Tribunal para julgamento de mérito, e ele agora está com uma conselheira, que está fazendo a instrução e vai julgar o mérito dele. A gente, agora, deixa eu ver se eu posso falar isso, se é sigiloso... eu acho que, é, as informações são sigilosas ainda, então eu não vou poder falar, mas isso que eu falei é público, então. Mas agora a gente está nessa análise, se efetivamente existe uma possibilidade de aprovação do ato de concentração ou não.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Nós temos lá uma pessoa também, temos aqui o doutor... já, já vai para você.

**SR. FREDERICO:** Dr. Fernando, meu nome é Frederico. Eu quero saber, é só em relação à Lei nº 8.884/94, que o senhor comentou que a notificação era posterior, que as empresas fundiam primeiro e depois notificavam. Alguma vez o Cade mandou desfazer isso? Porque o senhor falou que demorava até um ano para decidir.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Não, não tem nenhum caso de desfazimento posterior porque a situação estava posta. Isso é, na verdade, isso é uma prova da ineficiência do sistema antigo. Então, o que a gente... o que acontecia, e era muito comum nesses casos que poderiam levar ao desfazimento posterior, tinha um instrumento na norma que era Apro, Acordo de... faz muito tempo que eu não vejo isso, mas acordo de possibilidade, de reversibilidade da operação, alguma coisa assim.

Em que, na verdade, quando o Cade tinha o primeiro contato com aquele ato de concentração, ia demorar muito tempo para analisar, chamava a parte para falar: "Olha, isso, isso e isso você não pode fazer porque existe um risco de eu não aprovar a operação". Então, na verdade, a operação, aí nesses casos mais sérios, ela já era construída com um gatilho para que se fosse reprovada no final, a reversibilidade dela seria possível e não tão traumática, tá?

**SR. FREDERICO:** A outra pergunta é relativa, se o senhor achar mais conveniente responder ao final, pode ser também, mas em relação às campeãs daquela política do partido anterior, que era a JBS, ou como a OI e todas essas empresas, a Odebrecht, que deverão ser as campeãs. Qual que era a visão do Cade em relação a isso?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Por incrível que pareça, elas não são as campeãs, viu? Porque tem um processo que foi muito repetitivo lá no Cade, que foi da Unimed. Justamente aquela influência de conduta uniforme em que a Unimed chamava, a Unimed em alguns estados do Brasil tinha participação de 90%. E ela falava para os médicos que eram associados à Unimed que só podiam ser associados dela. Se fossem associados a algum outro plano de saúde, elas eram descredenciadas.

Então, era um exercício da posição dominante muito forte. Então, eu acho que ainda hoje a Unimed é a campeã do ranking lá do Cade. Sendo muito justo, a Unimed mudou a conduta dos seus estatutos, então ela procurou o Cade, fez acordo em

todos os processos que estavam em trâmite. Realmente, foi um amadurecimento da cultura da concorrência que teve um impacto muito forte nesse mercado. Então, em 2011, mais ou menos, a gente fez acordo em todos os processos judiciais que estavam em trâmite já para colocar fim aos processos judiciais, aos processos... então, mas hoje a grande campeã, assim, eu acho que ainda hoje a Unimed foi a que mais figurou no polo passivo lá do Cade.

Com relação a essas, eu posso até falar, porque eu já falei em Audiências Públicas, então a informação é pública também. A JBS, ela foi um caso muito curioso, porque a gente não teve como impedir, na verdade, o crescimento, não teria por que impedir também, mas não era visível para a gente essa aquisição de controle de mercado da JBS, porque ela apresentou atos de concentrações pequenos primeiro.

Então, foram alguns atos de concentrações pequenos e que foram aprovados. E, depois de determinado momento, o Cade localizou essa conduta e começou a impor restrições dos atos de concentrações que eram julgados. Isso é muito curioso, até porque o Cade apanhou muito por conta da JBS, mas vendo um histórico, os atos de concentrações recentes da JBS, muitos deles tinham restrições ou mesmo reprovações.

Então, é interessante porque a gente aí não fala de conduta, a gente está falando da própria concentração em si, a forma como foi feita a concentração. E, óbvio, assim, é muito difícil você se defender quando a acusação já está pronta. Mas a conduta do Cade em todo esse processo, quando a gente começou a analisar isso depois de toda a mídia em cima, foi uma conduta muito correta. Obviamente que demorou um pouco para ser detectado, o que faz parte do sistema também, é uma falha que a gente pode ver como corrigir, mas que depois de detectado foi resolvido.

Então, tem um caso muito... pode falar. Tem um caso muito curioso também--

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Fica à vontade.

[falas sobrepostas]

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Que não é dessas campeãs. Duas empresas concorrentes no mercado de siderurgia, uma começou a comprar o controle acionário da outra, em bolsa, e quando o Cade teve conhecimento disso, ela já estava com 20% do controle acionário da principal concorrente. São as duas principais siderúrgicas do Brasil. Então, são situações em que a gente, assim, em que o nosso sistema encontra... dá algumas brechas. E quando o Cade percebeu isso, conseguiu reverter a situação. Uma briga que foi muito séria, mas que eu acho que seria um caso muito parecido. Em que a aquisição, ela se dá de forma muito pequena ou paulatina, que quando você percebe, na verdade, a pancada já tem que ser um pouco maior, entendeu?

**SR. ALEXANDRE:** Dr. Fernando, Dr. Amauri, boa tarde.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tudo bom?

**SR. ALEXANDRE:** O meu nome é Alexandre. Eu trabalho no setor de combustíveis líquidos, GLP, e aproveitando o gancho do Dr. Amauri sobre a Liquigás, sendo vendida para o Grupo Ultrapar, nós tivemos aí a avaliação técnica pela rejeição. Na sequência, o Cade provocou um acordo entre a própria Liquigás e a Ultragas para não serem denunciadas por cartel. Isso chegou no mercado de uma forma, assim, o pessoal arrepiou todo, né? Falou: uai, é tecnicamente viável e esse acordo que o Cade

provocou, entre as duas maiores companhias do Brasil, ficou no entendimento que, para todos nós do setor, que era um facilitador para habilitar essa venda.

A segunda colocação também sobre isso, é quando nós acessamos o Cade, como entidade de classe, denunciando realmente ações abusivas no setor, a primeira coisa que o Cade faz é nos ameaçar. Se você não apresentar gravações, documentos, isso e aquilo, aí você vai pagar multa. Aí depois você responde criminalmente. Nós não temos esse poder investigativo. E muitas vezes até para poder defender, num movimento, num setor aonde, o setor de combustíveis, aonde tem uma tendência muito grande ao cartel, defender os agentes, nós não podemos apresentar o fato propriamente dito, dependeríamos de uma investigação do próprio Cade, pelo interesse social, atuar. Nós encontramos é uma inércia, dá até um medo quando você fala assim, Cade, já arrepiá, dá um passo para trás e fala assim: eu não vou falar, porque se eu falar, volta contra mim, me expõe em tamanhos muito grandes.

E ainda dentro desse assunto, os limites. É muito importante, ainda mais para o Cade, o Ministério Público, a gente entender os limites das situações. O interesse social, ele sempre sobrepôs, quase, a todas as questões. Combustíveis, o Cade se encontra com muita dificuldade, mas qual o limite de uma liberdade de preço e o interesse social? Porque até onde vai a liberdade de preço e prejudicar toda a população em produtos que são de utilidade pública e podem comprometer inclusive a segurança nacional?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Bom, em primeiro lugar, só dizer que eu me solidarizo 100%. Eu acho que só... isso é muito interessante, é muito importante numa discussão como essa frisar. Não que eu não ache que esse abuso de preço não tem um algoz. Ele pode ter um algoz. Eu só acho que tem que ficar muito claro que esse algoz não é o Cade. Isso é muito importante, porque o Cade, hoje, na verdade, eu fui chamado para uma Audiência Pública, para vocês terem uma ideia, que questionou a compra dos dólares pela JBS. E o que o Cade poderia influenciar, assim, eu contribuí numa discussão como essa. E o Cade, por estar no holofote, foi chamado e teve que responder por isso.

Então, eu coordeno em gênero, número e grau. E sou tão vítima quanto isso, porque eu sofri isso no meu dia a dia também. Eu só não acho que essa questão do preço abusivo seja uma batalha da competência do Cade dessa forma. A gente pode, sim, atacar a conduta, é o que a gente tem feito. Um bom exemplo, na verdade, da atuação do Cade, da preocupação do Cade com o setor foi que, recentemente, isso eu acho que é coisa de um mês, o Cade reprovou a operação, a lei Ipiranga, simplesmente porque ia trazer uma concentração para o mercado, em alguns mercados, de mais de 80%. E o Cade fez uma análise muito debruçada. E vou lhes dizer que essa foi uma fusão em que todo o mercado estava olhando para o Cade, como se a reprovação fosse uma sinalização muito negativa, porque era uma interferência muito severa no mercado. E o Cade não teve nenhum problema em intervir nesse fato.

O que acontece muitas vezes, e isso eu vou, aí eu já faço a defesa institucional, e é uma defesa institucional muito séria: quando vem uma denúncia para o Cade e o Cade não tem como daquela denúncia dar um outro passo, porque não tem outro fundamento, por exemplo, não tem como chegar num juiz e pedir uma busca e apreensão, uma interceptação telefônica, com a notícia de que tem um cartel no mercado. Eu preciso de algum elemento maior. Em alguns casos, eu não estou dizendo que foi esse seu, mas eu já vi em processos administrativos acontecer a denúncia, de falar: "Olha, tem cartel, o Cade não está fazendo nada e você está prevaricando".

Então, na verdade, você está, assim, existem acusações, servidores públicos que

estão trabalhando seriamente para coibir esse tipo de conduta, sem qualquer prova de prevaricação e sem qualquer prova da conduta que aquela parte está levando. Então, nesses casos o Cade age de forma muito severa, sim. E, na verdade, até porque o nosso corpo técnico é um corpo técnico muito tranquilo, que tem que trabalhar de forma segura. Então, no mercado de combustível isso é muito sério. Assim, isso acontece muito.

De, por exemplo, como eu falei, no Cade a gente adotou uma medida preventiva no mercado de Brasília para que o interventor entrasse numa empresa. Algumas partes não satisfeitas com essa medida preventiva, entraram com uma *notitia criminis* contra os servidores que atuaram nessa medida preventiva. Então, essa preocupação de você trazer um servidor do Cade que trabalha para o bem-estar da sociedade, preocupado com o bem-estar da sociedade, para uma investigação criminal ou mesmo para uma acusação de prevaricação, ela é tida de forma muito séria.

Aí nesses casos a gente fala, realmente: traga prova, porque se não trouxer prova, na verdade, quem vai abrir o processo é o Cade. E, assim, isso tem sido uma conduta muito séria, porque ela tem se repetido e a gente não pode, a gente trabalha com investigação, o Ministério Público sabe disso. A gente não pode ser intimidado por quem não está satisfeito com a forma como a investigação está sendo levada. Então, isso, nessa parte, a gente tem essa... de forma muito severa isso, porque ela é muito, é muito evidente.

Com relação à questão da aquisição da Liquigás e esse boato de que houve um chamamento do Cade para que as partes façam acordo que permita a cartelização, eu não preciso, assim, eu honestamente vou me furtar de comentar, porque eu acho que isso realmente, acho, não. Isso, efetivamente, é um boato, porque o Cade de fato não... o Cade combate cartel institucionalmente e respeitado internacionalmente, assim. E obviamente, se essa notícia chega até o setor, o setor tem total liberdade de olhar o processo administrativo, que é público, para verificar que não foi isso que aconteceu.

Provavelmente o que está acontecendo no processo, aí eu digo que é provavelmente, porque eu não tenho acesso a esses autos de forma direta, as partes podem, sim, estar discutindo alguma possibilidade de acordo em ato de concentração. Isso eu não acho impossível. São duas partes que estão querendo se fundir e essa fusão teve uma indicação de reprovação. E as partes, com o Cade, estão tentando verificar se tem como salvar a operação, digamos assim. Isso é legítimo e está no nosso ordenamento. Então, eu confesso que até sobre essa notícia de facilitação de cartelização, eu não me sinto nem à vontade, porque eu sequer conheço o boato, então, mas aí eu peço até desculpas.

**SR. ALEXANDRE:** Aceitou o acordo, está aceitando o acordo entre elas, cada uma vai pagar alguns milhões de multa? Que no setor não representa... é muito pouco, mas para justamente encerrar o processo e abrir a possibilidade de continuidade da venda da Liquigás para a Ultrapar.

[falas sobrepostas]

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tá, deve ser alguma... aí eu já falo sem conhecer, eu peço até desculpas, mas pode ser uma investigação de cartel em que está sendo travado um TCC aí.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Deixa eu fazer uma pergunta?

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Porque na questão de combustível, a gente que atua assim, o combustível é o caso aparente aí, né?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Então, quando você tem a uniformidade de preço, por exemplo, numa cidade do interior, aí sempre vem essa ideia, de que precisa ser investigado em razão do indício de cartel. Você podia explicar um pouquinho tecnicamente, Fernando, isso aí? Que é uma coisa importante, né? O que, na verdade, precisaria se fazer para se ter um indício que fosse efetivamente forte, vamos dizer assim, para iniciar uma investigação?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tá. É, não à toa isso é o nosso calo. Eu acho que, porque quando a gente fala de indícios de cartelização no mercado homogêneo, em que as partes já têm uma justificativa prévia para aquilo, quando a gente vem falar em padrão probatório para a condenação, a gente entra numa seara que vai passar por tudo que é utilizado no processo criminal para levar à condenação de uma conduta. Por exemplo, hoje a gente tem como um elemento muito forte, utilizado pelo Cade, a busca e apreensão. Então, passaria por uma busca e apreensão, em que você tem, por exemplo, uma denúncia de uma pessoa afetada no mercado, em que você busca naquelas empresas envolvidas um paralelismo de documentos.

É curioso isso, mas numa busca e apreensão, por exemplo, eu posso encontrar uma tabela de preços reproduzida de forma idêntica numa empresa concorrente. Isso, se eu levar para um processo do Cade e posteriormente num juízo, eu consigo não só condenar, mas como manter essa condenação no Poder Judiciário. O padrão probatório para um conluio, no caso de posto de combustível, passa também por uma interceptação telefônica. Em que você... em que aquelas partes dialogam, ainda que por signos ou de forma velada sobre os preços, passa, e isso é um ponto de partida importante para a gente, até para conseguir chegar nessas outras provas.

Por reuniões de concorrentes. Isso para a gente é muito presente. Quando os concorrentes se reúnem de alguma forma, ou através de um sindicato e tal, e existem exemplos em que o sindicato coloca de certa forma que aquele objeto daquela reunião foi o acordo de preço. Então, passaria por todos esses elementos para tornar uma conduta robusta.

Não é fácil. Não é fácil, porque se a gente pensar em busca e apreensão, pensar em escuta telefônica, a gente tem que ter um indício mínimo, forte, para convencer um juiz para a concessão. Então, a gente parte normalmente de um paralelismo de preço e posteriormente para a realização de algumas reuniões, e para o convencimento de um juízo de que realmente são provas muito fracas e ainda indiciárias, mas que já permitem daí uma ilação de que dali pode ter um cartel e que naquele ponto a gente precisa ir além. Isso a gente só consegue ir além com uma escuta telefônica ou com uma busca e apreensão. Então, esse mercado é um mercado realmente complicado, porque, em muitos, como eu disse de licitação, o paralelismo já é um indício muito forte. E nesse, não.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** O combustível tem aquela característica, você tem um posto revendedor numa avenida e aí acabam que você pratica um preço, muitas vezes os outros vão seguindo, para não perder o consumidor, né? E em outros cantos da cidade, em que não está nesse corredor, vamos dizer assim, aí você já tem preços diferenciados. Então, muitas vezes o preço igual, ele pode muitas vezes significar a própria concorrência, que aí são os preços paralelos, né? Aí significa a concorrência. Diferentemente do cartel.

Numa cidade do interior você tem quatro postos de gasolina. Aí um pratica um preço, aí o outro vai praticar o mesmo preço. Vai chegar um momento que os quatro podem estar praticando o mesmo preço. Postos próximos. Aí fica a questão: é cartel ou é simplesmente essa colusão tácita, né? Você praticou e eu coloquei também e não perco o meu consumidor. Então, precisa de algo mais para você dizer: há um indício de cartel. A prática do mesmo preço não é suficiente para você... aos olhos de todos é cartel, precisa ser feito alguma coisa.

Mas se você considerar que muitas vezes pode ser a própria concorrência fazendo com que eles estejam concorrendo desta forma, e aí vem sempre a questão de você efetivamente precisa de algo mais. É o que o Fernando falou, às vezes é alguém que denuncia, às vezes é alguém que fez um depoimento. E para você pedir uma busca e apreensão, para você pedir uma interceptação, não basta você mostrar para o juiz que você fez uma pesquisa de preço e que os preços estão iguais.

Nós fizemos um trabalho aqui em 2009, só para exemplificar, né? O que acontecia? Você tinha, salvo engano, era 2,39. Num determinado momento, os postos de gasolina em Belo Horizonte passaram a vender a gasolina em 2,39 e alguma coisa. E aí a primeira medida que nós fizemos foi fazer uma pesquisa de preço. Vamos fazer uma pesquisa de preço para verificar o comportamento. Porque Belo Horizonte, a gente tinha uma notícia anterior, inclusive de uma reunião que foi gravada pela Rede Globo, em que se verificou supostamente uma reunião para justificar por que num determinado momento os postos passaram a vender o mesmo preço pela gasolina. Foi bem antes de 2009.

Em 2009, apareceu, assim, de repente, os preços mudaram e muitos iguais, 2,39. Aí fizemos uma pesquisa de preços, em vários locais da cidade. Aí na sequência o que nós fizemos? Nós requisitamos da Receita Estadual, sabedores de que a pesquisa de preço por si só ela não representa uma prova evidente de cartel, aí nós solicitamos da Receita Estadual os cupons fiscais, naquele dia que nós fizemos a pesquisa de preço, nós solicitamos da Receita Estadual os cupons fiscais, dois ou três dias, envolvendo aquele dia que nós fizemos a pesquisa.

Através dos cupons fiscais nós determinamos numa planilha em que momento os preços foram mudados. E aí começamos, fizemos algumas ilações nesta planilha, porque a gente colocou exatamente o preço anterior, o preço atual e o preço posterior a partir do cupom fiscal que traz o horário, etc. A partir disso, nós verificamos que aqueles preços estavam muitas vezes em locais diferentes da cidade. A 10 quilômetros, por exemplo, de um lugar para o outro, né? E começamos a interpretar que não seria o preço do corredor, quando um coloca e o outro vai seguindo para não perder o consumidor. Nós começamos a verificar que aquela coincidência, por estar numa distância muito grande, não era normal.

E aí fizemos todo um trabalho de análise dessa planilha, a partir disso nós pedimos o apoio da Polícia Federal. Porque a Polícia Federal, em alguns casos, ela pode participar, mesmo o caso sendo de competência estadual, mas nesse momento anterior ao do oferecimento da denúncia ela pode participar, e aí fizemos um trabalho. Aí com esses dados e com o parecer econômico da Agência Nacional de Petróleo, porque o filtro do Cade, ele é mais exigente do que o filtro da Agência Nacional de Petróleo, para considerar que há um indício de cartel, que é um parecer econômico.

O parecer econômico da Agência Nacional de Petróleo, o filtro dele, quer dizer, a análise que a Agência Nacional de Petróleo faz, ela é menos restritiva do que a análise que o Cade faz para considerar, num parecer econômico, um indício de cartel. Tanto é que o Cade, o Ministério Público, eles têm parceria e, em geral, a gente adota sempre a orientação para que o promotor, havendo uma uniformização de

preços, que a gente orienta que peça o parecer econômico da ANP, que tem uma superintendência de concorrência. E a ANP, ela monitora o preço do combustível no país inteiro, e aí com esse parecer econômico, que pode mostrar, pela evolução dos preços, um indício, mas sempre colocando a ressalva de que é meramente um indício e que outras provas são necessárias para caracterizar.

Mas com esse parecer econômico então e com esses dados dessa planilha, que foi uma planilha enorme que nós fizemos em relação ao preço, através dos cupons fiscais que a Receita Estadual... foram dias que a gente trabalhou junto com a Receita, elaborando essa planilha. Com essa planilha, com o parecer econômico, aí nós pedimos a interceptação telefônica. E com a interceptação telefônica, que durou dez meses, aí não, aí a coisa, né, Fernando? Aí clareia. Aí não há indício, não há evidência. Aí você demonstra que efetivamente existiu a conduta e aí você filtra o diálogo dos postos com distribuidoras, né? Como que diz? Sugestionando ao posto para aumentar o preço. "Mas eu não estou vendendo nada", falava o dono do posto. "Não, mas vamos ver, você levanta e aí o mercado vai com você." "Não, mas eu estou vendendo nada."

E aí é cada diálogo, e a gente foi acompanhando durante os dez meses, cada diálogo mostrando todo esse jogo, que é uma tentativa dos agentes econômicos de, através de acordos, subir com o preço em Belo Horizonte, porque tem também a guerra de preços. Você tem regiões em Belo Horizonte que o preço é menor. Então, a gente percebeu durante a investigação toda uma movimentação no sentido de elevar os preços e muitas vezes com a contrariedade dos donos de postos, porque o trabalho foi feito e envolveu grandes distribuidoras que estavam nesse processo.

E aí, com tudo isso relatado, nós fizemos a denúncia, o processo está correndo na justiça, mas é muito interessante, porque você vê toda a dinâmica do que é uma questão envolvendo o cartel. A justiça vai ter que posicionar, é um processo enorme, são mais de 60 réus, mas foi um trabalho complexo em que a gente buscou, através dos diálogos e com o apoio da Polícia Federal, que tem uma expertise que ninguém duvida, aí a gente conseguiu exatamente formular uma denúncia criminal e aí essa denúncia está na justiça.

Além desse caso, tiveram outros, um outro caso no sul de Minas, mas foi um caso menor. Esse caso de Belo Horizonte foi um caso interessante porque envolveu distribuidoras, donos de postos, pessoas que atuam em sindicatos. Então, foi um trabalho, assim, muito rico, por quê? Porque com a escuta telefônica, com a interceptação telefônica você consegue visualizar todo esse procedimento, que é de negociação, de sugestões, e vindos muitas vezes das distribuidoras. Então, é uma coisa que é uma situação tremenda. Agora, o simples fato de você ter preços iguais, tecnicamente, juridicamente falando e economicamente falando, não diz muito não.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Só, até complementando, eu vou falar um pouquinho sobre isso depois, mas quando o Ministério Público começa uma investigação, normalmente, ele também passa essa investigação para o Cade, e a gente começa a fazer uma investigação administrativa. E é curioso como a mera investigação, às vezes, dispara o gatilho do termo de cessação de conduta, que a gente chama. E um dos participantes que está sendo investigado corre primeiro para o Cade para narrar o mecanismo do cartel. Então, esses acordos de cooperação, eles são muito importantes, até porque eles mexem com a instabilidade desse tipo de conluio.

E um dos participantes vem, na verdade, traz o jogo pronto para a gente. Aí sim, a gente tem elementos até muito mais fortes para, se for o caso, conseguir uma interceptação, uma busca e apreensão, e é o que acontece nos casos. É muito

engraçado, tem um processo específico em que a gente fez uma busca e apreensão com base numa prova econômica, num indício econômico. No dia seguinte da busca e apreensão, quatro empresas procuraram o Cade para fazer TCC. Então, a gente já tinha ali, 50% das empresas participantes do cartel passando para o Cade todo o manual de instrução do cartel.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Pois é, e esse trabalho que nós fizemos em Belo Horizonte foi um trabalho muito interessante, eu estou lembrando aqui, porque foi feito um trabalho sigiloso e no momento em que a denúncia foi apresentada houve pedido de prisões preventivas e foi um trabalho interessante porque a gente, além da Polícia Federal, nós trabalhamos em conjunto com o Cade, com os técnicos. Na verdade, na época foi da Secretaria de Direito Econômico, os técnicos vieram e aí fizemos apreensões de documentos, toda a documentação foi encaminhada para, na época, a Superintendência de Direito Econômico, que era vinculada ao Ministério da Justiça e vinculada... e, na verdade, o DPDC era vinculado à Secretaria de Direito Econômico, depois ela foi para o Cade, dentre das atribuições da Superintendência-Geral, e veio a Senacon, que foi a Secretaria Nacional do Consumidor.

Então, eles levaram a documentação, fizeram análises. E os técnicos da SDE, eles falaram comigo, Fernando: "Amauri, se você não tivesse feito essa planilha com todos esses dados, inclusive fazendo interpretações em relação à mudança do preço, à distância dos postos, para demonstrar que não era um mero paralelismo de conduta", que é quando isso acontece, um está perto do outro, ele faz, o outro faz, então eles falaram: "Se você não tivesse feito isso, nós não teríamos nunca imaginado que pudesse haver um cartel". É lógico que depois da interceptação telefônica, ela acabou demonstrando o suposto cartel, né? Não é um cartel, porque não foi julgado ainda. Só será cartel no dia que o juiz bater o martelo e falar: "Não, é um cartel", né?

E foi interessante que a nossa operação, e aí eu lembrei foi disso agora para falar, a nossa operação, ela não teve fotos. Ela foi feita assim, de uma forma tão respeitosa com as pessoas que foram alvo da operação, que o estado de Minas, ele colocou foi como se fosse quadrinhos. Ele fez como revista de quadrinhos, Dra. Kátia, ele fez lá a operação mostrando pessoas desenhadas, porque não saiu nada, nem do Ministério Público e nem da Polícia Federal, que pudesse ser aquela informação que vaza, para que a imprensa divulgue.

Então, até sob esse aspecto eu achei interessante, que foi em 2010, acho que foi em 2009, 2010, e foi muito interessante, porque não teve, até a própria operação não teve, assim, muita mídia. Foi uma operação, assim, mais cautelosa, mas tivemos diversas prisões, inclusive de pessoas ligadas às distribuidoras, entendeu? Não só aos postos. Mas eu me lembrei disso. Eu lembro que na época foi, é como se fosse uma revista em quadrinho, né? Eles simulando a prisão, o estado de Minas, né?

Mais alguma pergunta? É bom que a gente faz até 4h e meia, se o pessoal estiver disposto, e depois do lanche, né, Fernando? Aí você conclui, que eu acho que dá uma divisão boa...

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tá ótimo.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Para podermos discutir. Pois não?

**SR. GLADSTON:** Boa tarde, Fernando.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Boa tarde.

**SR. GLADSTON:** Meu nome é Gladston. Eu sou oficial do Procon aqui em BH. Nós discutimos muito aqui sobre cartelização. Uma dúvida que eu tenho é do inverso, é do *dumping*. Eu gostaria que o senhor expusesse (sic) um pouquinho sobre *dumping*, e se o Cade tem poder de influência no *dumping* e se o senhor tem um caso prático para expor.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Olha, caso de *dumping*, eu não consigo lembrar de nenhum no Cade. Por incrível que pareça.

**SR. GLADSTON:** É porque a gente que é fiscal, a gente ouve de tudo, vê de tudo, mas é uma prática que a gente não consegue, assim, no caso, verificar, no caso *in loco*. Teve um... no caso, de uns oito anos atrás, no sul de Minas, eu obtive informações que os postos lá estavam tendo essa prática, para excluir os outros do mercado. Aí eu gostaria de saber se chegou alguma coisa no Cade ou se o Cade tem alguma experiência prática nessa área.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É, na verdade, isso passa um pouco pelo que a gente tinha falado de preço predatório. Na verdade, quando a gente fala em preço predatório no Brasil, na verdade, a gente está falando de *dumping*. E a gente passa pela mesma dificuldade. Na verdade, de ver que aquele concorrente diminuiu o preço para excluir o outro concorrente do mercado. Então, são muitas vezes situações episódicas, que podem ser justificados por uma queima de estoque, podem ser justificados justamente para que aquela determinada marca fique conhecida no mercado como uma estratégia de marketing, pode ser o caso de produtos que estejam já perto de perecimento e que baixem o valor, mas não necessariamente para excluir aquele concorrente do mercado.

O Cade tem muita restrição, na verdade, muita... de condenar uma empresa por estar praticando um preço baixo, sendo que aquilo pode ser uma estratégia legítima do funcionamento dela. Eu consigo entender a dificuldade, e é a mesma dificuldade que a gente encontra de configurar esse tipo de infração. Ela é possível, se uma empresa estiver utilizando isso para exterminar uma concorrente do mercado, ela pode ser passível de condenação, mas isso, na prática, é muito difícil de verificação. Eu não consigo lembrar de nenhum caso de *dumping* desde que eu trabalho lá, desde 2009. Então, assim, algumas investigações já foram feitas, alguns casos foram arquivados, mas condenação, eu não consigo lembrar realmente de nenhuma. Eu acho que é a mesma dificuldade.

**SR. GLADSTON:** Ok. Obrigado.

**SR. RODRIGO:** Boa tarde.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Boa tarde.

**SR. RODRIGO:** O meu nome é Rodrigo. Eu sou do Procon de Uberaba. Já foi falado das dificuldades que se tem para se provar a cartelização, e eu acredito que, em Minas, o sindicato deles é muito forte, e deve contar com boas bancas, eles devem saber exatamente onde eles põem os pés e não devem passar dessa linha.

Eu queria saber se o senhor tem conhecimento de algum estudo legislativo, de alguma proposta legislativa que venha a alterar a legislação, no sentido de considerar outras condutas como parte dos elementos comprobatórios desse tipo de crime, algo que valorize um pouco mais a concentração de preços do mercado, ou que leve em conta o custo dessas empresas, em que pese elas serem muito parecidas, comprarem de distribuidoras que praticam preços parecidos, têm acordos coletivos trabalhistas, despesas altas com energia, que se assemelham de uma para a outra, mas existem

redes que são muito grandes, postos que são pequenos, postos muito grandes, postos muito pequenos, tancagem alta, tancagem pequena, ou seja, têm custos diferentes. E não poderiam, em tese, praticar preços tão parecidos, inclusive com o terceiro algarismo depois da vírgula, né? Se tem algo nesse sentido.

E para não ficar maçante falar só de combustíveis, com relação à Unimed, eu não sei se isso é levado em conta pelo Cade ou se é a nossa praia mesmo aqui da defesa do consumidor, mas o fato da Unimed se apresentar como sendo uma empresa nacional, inclusive usando a mesma logomarca em todos os estados, em todas as cidades, dizer que tem cobertura nacional, investir maciçamente na mídia, fazer isso com os seus parceiros comerciais, enfim, sendo que, na verdade, ela não é, são centenas e centenas de cooperativas de atuação local ou regional, isso do ponto de vista concorrencial, tem algum problema? Assim, o Cade vê isso? Não seria desleal para com as suas coirmãs ou não trata, o Cade não trataria essa característica dentro das suas competências e serviria talvez mais para nós, da defesa do consumidor, avaliar esse tipo de conduta da Unimed?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Eu vou falar um pouco, primeiro, da Unimed, então, porque eu acho que é um pouco mais objetivo. De fato, a gente não conseguiria enquadrar isso numa daquelas condutas, porque ela não estaria falseando uma concorrência por uma daquelas condutas que são previstas. Isso é muito... eu já fui cliente da Unimed, então pessoalmente também eu sei qual é essa dificuldade e essa limitação, mas isso fugiria também da nossa esfera de atuação. Porque eu acho que seria muito mais uma questão de marketing enganoso, do que uma conduta anticoncorrencial de forma específica.

Com relação à questão dos combustíveis, eu não tenho notícia de uma alteração legislativa. Respondendo de forma objetiva. Mas o que eu vejo no sistema, como um todo, é o aumento da importância dessas provas indiciárias a partir do momento que elas são passíveis de ser produzidas. Então, por exemplo, todos esses elementos que você falou, talvez num passado eles não pudessem ser levados em consideração para eu requerer uma busca e apreensão. Hoje, os juízes já estão muito mais sensíveis a esse tipo de prova indiciária, que não seja aquela prova cabal do conluio, para começar uma investigação.

Então, a gente tem ainda uma dificuldade de ter esse tipo de prova, por exemplo, a capacidade de tancagem de cada um, a capacidade, o tamanho do posto, mas a gente hoje já tem uma abertura jurisprudencial no Cade para levar esse tipo de indício como início de investigação e, eventualmente, se tiver outros indícios, ainda que não uma prova cabal, que esse conjunto de indícios leve a uma condenação. Isso é muito evidente para mim, que a gente está num amadurecimento, mas não é um amadurecimento legislativo. É um amadurecimento dos instrumentos que a gente tem mesmo, tá?

**ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:02:38]:** Boa tarde, Dr. Fernando--

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Só fazer um comentário aqui. Rodrigo, essas provas aí que são mais, assim, diretas, com certeza é no lado criminal, né? O crime, gente, gente, o crime, ele é exigente por si só, em razão da responsabilidade pessoal. Mas a gente tem condições de, seja na parte administrativa ou na parte cível, de usar a inversão do ônus da prova. Eu prestei atenção no que o Fernando falou sobre a regra da razão. Então, você, muitas vezes, você tem que fazer todo um... num processo administrativo envolvendo cartel, você tem que, primeiro, verificar qual que é o mercado relevante, né? E aí você fazendo uma série de raciocínios econômicos para chegar à conclusão de que se aquela conduta, ela realmente lesou o mercado, lesou os consumidores.

Mas da mesma forma ele falou que você tem hoje a teoria do ilícito pelo objeto. O art. 20 da lei é um artigo tremendo, porque ele... é 20? Mudou, né? É da antiga, né? Eu estou com a antiga aqui. A gente é mais idoso, é assim mesmo.

[risos]

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Isso é desculpa, né, gente? Então, olha só: "*Constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa*", aí já vem logo a responsabilidade objetiva, "*independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto*"... esse objeto aí me parece que é por finalidade. É o dolo, né? Quando você tem intenção de praticar uma conduta ilícita. "*Ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados.*" Aí você entra com a questão da tentativa.

Então, pelo que eu entendi da fala do Fernando, se você tem uma prova, indiciária que seja, além da simples uniformização, essa prova já faz com que você, no entendimento atual do Cade, já possa, eventualmente, trabalhar a inversão do ônus da prova. Você falou aí: "São custos diferentes, são tamanhos de empresas diferentes". Então, cada caso eu acho que é um caso. Como a inversão do ônus da prova também é prevista no nosso Código do Consumidor, eu acho que a gente tem, muitas vezes, a possibilidade de fazendo uma análise e uma investigação sobre o fato, de pedir a inversão do ônus da prova perante a justiça numa ação, por exemplo, em que a gente vá discutir a lesão que aquele ato causou, ou muitas vezes até uma reunião que foi feita e cujo objetivo fosse lesar a concorrência. E aí a inversão do ônus da prova para que eles demonstrem que não houve ou que eles não pretenderam fazer aquilo. Eu acho que é uma questão em aberto que a gente não fecha as portas para ela, entendeu?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** E hoje está... é engraçado que o universo do anticoncorrencial, dessa discussão anticoncorrencial é um universo muito restrito de advogados. É impressionante assim, os advogados que atuam são sempre os mesmos. Então, é uma comunidade de advogados muito pequena. E essas tendências, elas são sentidas de forma muito rápida por essa comunidade de advogados. E hoje, uma das coisas que mais é discutida, é justamente a prova econômica como indício suficiente para o começo de uma investigação ou até uma condenação.

Então, a sua pergunta, ela é totalmente pertinente e tem um paralelo com o momento que a gente está vivendo hoje, que é, os cartéis, eles estão obviamente ficando cada vez mais sofisticados. Então, a gente não pode mais esperar que encontre o tal do batom na cueca, que a gente fala, que encontre o manual de instrução, como que a gente já encontrou algumas vezes, mas a gente vai ter que, cada vez mais, se recorrer a esse tipo de prova indiciária para condenar as empresas que não encontrem uma justificativa para esse comportamento econômico. Então, não é uma construção legislativa, mas eu acho que a comunidade está nesse sentido.

**SR. WARLEI:** Boa tarde, Dr. Fernando. O meu nome é Warlei(F). Eu quero fazer uma pergunta, talvez seja um pouco banal, mas eu prefiro fazê-la do que ir embora com ela, né?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Agora eu estou com medo de não saber.

**SR. WARLEI:** É porque o senhor foi falando, discursando sobre esse assunto e me fez lembrar, como é sabido por todos nós, o momento econômico negativo que o país atravessa, que é ruim para empresário quanto também para o consumidor. Aí diminui investimento por parte externa, e isso, no meu entendimento, possivelmente

talvez gere uma maior incidência de deslealdade. E eu queria saber se a partir desse momento em que foi descoberta a crise, que foi divulgada a crise econômica no Brasil, se houve maiores casos de incidências para o Cade, e se houve, qual é a medida que o Cade está tomando, é repreensiva e antecipando essas questões.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Bom, em primeiro lugar, ela não é nem um pouco banal a sua pergunta. Até por curiosidade, eu estou atualmente como procurador-chefe interino do Cade, e antes de ontem foi a sabatina do procurador-chefe que vai assumir o cargo de procurador-chefe lá no Cade. E essa foi uma das perguntas que foi feita para ele na sabatina do Senado. Então, só para você ficar um pouco tranquilo, a sua pergunta não é nem um pouco banal. O Cade tem sofrido os impactos da crise econômica, sim, mas não dessa forma. Não com relação às condutas. Até porque eu acho que as condutas eventualmente praticadas nesse tempo ainda não foram sentidas ou levadas a conhecimento do Cade. Possivelmente serão num futuro próximo, mas a gente ainda não está sofrendo os impactos dessa crise nas condutas.

É engraçado que quando a gente fala em crise econômica, assim, os impactos da crise econômica no Cade, eles são muito mais nas concentrações econômicas, em que a gente vê que as empresas estão buscando formas de sobrevivência. Então, estão se fundindo, se incorporando, então as concentrações que antigamente a gente poderia olhar como improváveis ou não tão necessárias, elas agora são necessárias. Então, a gente vê esse impacto nas concentrações. E vê o impacto na conduta, não nessa notícia de condutas levadas ao Cade, mas nas condutas já condenadas, em que as empresas se mostram incapazes de pagamento por conta da situação econômica. Então, a gente está sofrendo uma enxurrada de pedido de parcelamento, de análise de como essa empresa pode continuar solvente. Eu acho que a crise, no âmbito do Cade, ela está sendo sentida nesses dois aspectos, ainda não em conduta, tá bom?

**SR. WARLEI:** Muito obrigado.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Só fazendo um comentário também, se a gente... muitas vezes as empresas nacionais, elas têm que se fortalecer para competir com as multinacionais, porque a globalização está aí. Acabou aquela história de que a concorrência aqui é diferente da concorrência de lá. As grandes empresas estão no mundo inteiro. E eu acho que a gente percebe isso visivelmente, eu vou dar um exemplo aqui, a Drogaria Araujo, que é uma drogaria, uma rede forte. Quando ela chega numa cidade do interior, porque, na verdade, ela vai para a cidade do interior para expandir. A crise está aí, o efeito que ela gera para aquelas farmácias pequenas, a Drogaria Araujo, a Pacheco, são grandes redes, então é uma situação tremenda.

No país, Fernando, a gente vai vendo a concentração. Por exemplo, quando um Carrefour vai para o bairro, as mercearias do bairro. Então, a cada dia que passa as empresas estão precisando, porque a questão é competição, é a competição. Se você não competir, você tem que estar ganhando o mercado. E o consumidor muitas vezes, a gente já falou isso aqui, é um objeto, né? Ele tem que comprar e as empresas se encarregam de fazer ele comprar. Muitas vezes é sem ele querer, aí embute o seguro, aquela coisa toda que a gente sabe que acontece na prática. Mas tem essa situação que é nacional, é dentro, e tem a situação que é perante o mundo, perante a globalização. Então, isso na questão econômica, você lida com isso daquela forma. Às vezes você tem que concentrar, mas a concentração muitas vezes, ela é benéfica, né? Não tem esse discurso econômico?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tem, na verdade--

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Muitas vezes é benéfica. Se for benéfica, aí o Cade autoriza, né? Tem um artigo da lei dizendo isso, que você tem os requisitos, muitas vezes, para permitir, muitas vezes, uma concentração, mas tem que ter ganhos para o consumidor, né?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É, exatamente.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Se você puder falar um pouquinho. Isso é uma questão também que entra dentro dessa discussão toda.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É, porque a gente começa, também quando a gente começa a tratar muito de concentração, a gente já tem a concentração como uma coisa nociva. Mas, na verdade, a concentração pode ser uma concentração de duas empresas inexpressivas no mercado que se juntam, justamente, para concorrer com uma que já é maior, ou já aí então você aumenta a concorrência naquele mercado. Então, a análise vai depender, de fato, do mercado. As empresas que estão fundindo, a fusão em si não é uma coisa nociva, muito pelo contrário, faz parte do mercado e pode ser, em muitos casos, uma questão de sobrevivência.

Sobre essas grandes redes chegando em lugares menores é interessante que hoje a comunidade internacional antitruste está preocupada justamente com isso. Porque você não tem um tipo dentro da norma e não tem um tipo nas outras legislações também, que tipifiquem esse tipo de conduta. Uma empresa chegar num mercado que até então ela não existia, e o impacto para a concorrência está sendo sentido de forma gritante, porque as empresas, primeiro, entram, as menores somem, e depois elas viram monopolistas. Então, e a gente fala muito de poder de barganha de empresa/consumidor, mas existe um poder de barganha muito grande também, por exemplo, de um grande mercado para o distribuidor, se ele for o único mercado daquela região. Então, a gente coloca essa situação verticalizada como uma preocupação, que hoje é uma preocupação de todos os grandes centros capitalistas. Isso é curioso.

Ainda não existe uma, eu confesso que essa discussão, ela é muito forte porque eu acho que o sistema... ela está muito forte porque esse cenário antitruste começou a se debruçar e a se preocupar com isso agora, mas ainda não existe uma forma de atuação para coibir esse tipo de conduta. Mas é impressionante porque isso até, eu confesso que até um ano e meio era ignorado por mim completamente, a possibilidade de você ter o exercício de poder de mercado, não de uma empresa para o consumidor, mas de uma empresa para aqueles distribuidores, porque a empresa é a única capaz de distribuir os produtos daquele distribuidor naquele mercado.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** E parece que é uma tendência. A gente percebe que as grandes redes de farmácia estão indo para o interior, os supermercados estão indo, né? Então, quer dizer, são coisas que, de alguma forma, mexem com o mercado. Quem vai concorrer com o supermercado? A mercearia com um supermercado que chega, né? A comunidade em si vai toda para o supermercado, né? É muito mais cômodo e os preços. Então, quer dizer, é evidente que não tem uma infração, mas o efeito é violento.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É, esse jogo está tão cruel, porque antigamente a gente podia pensar que as mercearias concorreriam com esses mercados, mas hoje em dia os mercados estão lançando mercados menores para concorrer com os mercados grandes. Então, é a mesma rede fazendo concorrência para ela mesma. Isso é...

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** É, o Luc Ferry, que é um filósofo francês, foi ministro da Cultura, da Educação, da Educação ou da Cultura na França,

ele fala o seguinte, que são as fases que a gente está vivendo, que chegou um momento que a gente vivencia a competição pela competição. Não tem objetivo. É a competição pela competição. É um escritor que ele cita, que eu até esqueci o nome, mas ele fala isso, o capitalismo, o início e a fase que nós estamos. É tudo, é muito excessivo, né? Eu não saberia falar em poucas palavras a tese dele, mas ele fala isso.

Em síntese, é que as coisas vão se tornando tão automáticas que não tem mais um objetivo, né? É competir por competir, né? Quer dizer, não é fácil, não é fácil a gente, enquanto consumidor, estar dentro desse mercado. Não é fácil e a gente fez um evento aqui, eu estou vendo colegas aqui que estavam aqui assistindo um outro evento, que foi falando sobre a questão da obesidade, das crianças e da publicidade, Dra. Kátia, né? Aquela coisa assim maçante, em que a criança, de alguma forma, ela é usada na publicidade para o consumismo.

Então, quer dizer, são várias nuances dessa questão que o mercado traz e que para a gente, muitas vezes, porque a gente é vulnerável, né? A pessoa não consegue entender a estratégia que está por trás, né? A gente não consegue, mas tem uma estratégia muito bem montada, né? E vai passando as ideias para o público consumidor.

**SRA. FÁTIMA:** É, boa tarde. O meu nome é Fátima--

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTÁ:** Nós vamos fazer, então, a Fátima vai falar, e na sequência a gente vai ter um intervalo e depois a gente volta, se alguém tiver mais alguma pergunta.

**SRA. FÁTIMA:** É, complementando, assim, pegando um gancho no que o senhor disse sobre a Drogaria Araujo, nem precisa se distanciar muito, assim, para o interior. Porque aqui mesmo em Belo Horizonte, em bairros bem próximos aqui do centro, ela realmente chega, igual um bairro que eu moro, no Jaraguá, abriram-se duas de uma vez, Drogaria Araujo, e eles terminaram as farmácias. Então, não precisa de ir muito longe para se saber disso.

Agora, a pergunta que eu gostaria de fazer é o seguinte, para o Dr. Fernando, se for o caso, uma dúvida, na verdade: a gente, o Brasil está passando por uma crise econômica extrema, as empresas brasileiras, muitas fechando, o desemprego em alta, e o que eu gostaria de saber é se o Cade tem interferência sobre essa chegada, assim, estrondosa dos chineses aqui no Brasil? Porque a gente tropeça nas lojas, com artigos chineses, de baixa qualidade, com um preço bem abaixo, bem baixo mesmo, e de qualidade muito ruim. Então assim, como a gente preza por um valor, obviamente, bom, mas de qualidade também boa, então, eu gostaria de saber se o Procon ou o Cade, qual é o órgão que poderia, ou se fiscaliza essa situação dessa lacuna que os chineses estão aproveitando dessa crise que nós estamos passando?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É, eu acho que sendo bem honesto, a gente não tem essa barreira para a entrada. Até porque, eu acho que essa é uma opção, que é uma opção que vai para um nível federal, eu acho que é uma opção de governo isso, permitir ou não essa entrada e criar esses instrumentos. Eu acho que o Cade, pela lei do Cade, ele não tem nenhum instrumento concreto para coibir, por exemplo, uma entrada de uma empresa chinesa no mercado, se essa entrada for uma entrada legítima e natural, digamos assim.

O que vai acontecer, a gente vai analisar essa entrada, se for uma concentração, se for uma fusão e se, por acaso, daí vier um monopólio, a gente tem como coibir ou como evitar. Mas se a concentração de um... se dessa entrada não vier uma concentração em si, nociva, a gente não tem como barrar. Aí, sim, aí eu já acho que a questão da qualidade entraria por uma outra esfera de discussão, que seria

do Procon. Mas, de uma forma bem objetiva, o Cade não tem um instrumento para barrar esse tipo de entrada.

**SRA. FÁTIMA:** Porque, assim, ao meu ver, nós sabemos que os chineses, eles cresceram muito no mercado, através da condição dos trabalhadores do qual, análoga à de escravos, uma condição desumana, né? Então assim, eu gostaria de... o que eu estou colocando em pauta é isso, é porque nós, brasileiros, estamos com deficiência, digamos, fechando as portas, desemprego em alta, e eles só crescendo, crescendo, crescendo, se eles pagam tributos, se eles são dentro das normas, se estão em situação legal. A verdade é essa.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É, não, assim, eu acho até, confesso que eu desconheço muito, muito da discussão a fundo, mas eu acho que essa é uma opção de abertura do mercado que foi uma opção de governo e que tem sido cada vez mais forte e mais presente. Eu acho que com relação ao cumprimento desse tipo de ordenamento, isso vai ser aferido em cada caso e pela esfera responsável, pela Receita.

Eu acredito que, na verdade, isso é a regra. Para entrar aqui, ainda que seja um produto de uma qualidade menor, o Procon de certo vai agir, ele vai ter que se adequar as nossas leis, seja em quais esferas for. Tanto na antitruste, quanto na trabalhista, quanto na de Receita. Eu acho que esse vai ser um pressuposto mínimo para que a gente permita, para que a gente, não, para que o Estado permita essa entrada.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** E, Fátima, tem uma atuação muito forte das associações dos fornecedores. Então, você tem a associação dos produtores de plástico, produtores de cal, produtores de arame farpado, produtores de tela hexagonal. Então, você tem associações, de determinados setores, que fiscalizam muito isso que você está falando. Porque há normas técnicas que têm que ser cumpridas e, muitas vezes, produtos que vem de fora não cumprem essas normas técnicas, as normas da ABNT, por exemplo. Então, tem toda uma discussão que é feita em relação a isso. E eles nos acionam diariamente, comunicando o nome das empresas, pedindo para fazer análise de produtos, para verificar se o produto, ele cumpre as normas. Então, quer dizer, tem todo um movimento aí, e aí eu diria assim, mais focado na questão da concorrência desleal.

**SRA. FÁTIMA:** Exatamente.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Sabe, que não necessariamente é função do Cade. A concorrência desleal, muitas vezes, ela envolve duas empresas. E aí, isso realmente está fora da atribuição do Cade, né? Então, há todo um movimento que trabalha isso. Por exemplo, nós já tivemos oportunidade de ir na feira da Afonso Pena, a feira de artesanato, coibindo a venda de produtos que não são artesanais, né? São produtos que já são industrializados. E ali não pode ser vendido.

**SRA. FÁTIMA:** Exatamente.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Tivemos um ano que nós fizemos um trabalho intenso lá. Depois a prefeitura fez uma reformulação, um cadastramento dos feirantes, mas, infelizmente, Fátima, é uma coisa que está longe de acabar, né? A gente vai conviver com isso até um certo momento.

Eu queria então, pedir agora, só para a gente interromper, vamos para o intervalo e na volta a gente continua com a discussão.

**SRA. FÁTIMA:** Obrigada.

[intervalo]

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Bom, a gente, então, vai permitir ao Fernando, ele vai fazer a conclusão e depois, se tiver mais perguntas, a gente volta com as perguntas, ok? Estão chegando, o pessoal chegando aí.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Bom, turma, vamos retomar um pouco do que a gente estava conversando. Essa segunda parte, então, ela vai ter só mais duas horas e meia. É uma parte só de fechamento mesmo. E eu coloquei aqui os instrumentos que têm auxiliado o Cade na busca, justamente, desses indícios e dessas provas para a condenação das condutas. Hoje, como eu adiantei até, o programa de leniência, ele é o nosso aliado mais forte. Eu sei que tem muita gente que questiona a existência desse programa de leniência, por falar que isso seria, na verdade, você premiar o dedo-duro participante da conduta. De fato, quando você entra nessa discussão, que é uma discussão até moral, você pensar num programa de leniência, ele pode ser visto, num primeiro momento, como condenável, digamos assim, ou como...

**ORADOR NÃO IDENTIFICADO:** [pronunciamento fora do microfone].

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É, exatamente, como uma delação premiada, que, de fato, é. Mas quando você verifica os benefícios que esse tipo de programa traz para a sociedade como um todo, você percebe que não tem como, hoje, com as práticas cada vez mais sofisticadas que você tem, descobrir essa quantidade de conduta que você está descobrindo, se eles não existissem. Então, eu acho que é uma opção legislativa muito acertada nesse sentido.

Principalmente quando você vê que, na prática, esses grandes cartéis que eu falei aqui, de metrô, de cimento, cartel no mercado de produção de laranja, alguns cartéis em combustível, cartéis, todos eles passaram pela leniência. Então, são cartéis que não teriam sido descobertos, que não teriam tido provas para a condenação, que não teriam sido desbaratados se não fosse esse instituto da leniência. Então, eu acho, eu acho, não, eu tenho certeza absoluta que essa opção legislativa foi a opção legislativa mais acertada para o bem-estar social.

Quando a gente fala em leniência no Cade, a gente pode traçar um paralelo muito próximo com a delação premiada porque é justamente isso, é quando uma parte participante do cartel leva ao Cade a notícia da infração, com o compromisso de cooperar com a investigação e de levar documentos e de indicar os principais participantes desse cartel. Em contrapartida, teria o benefício de isentada a pena ou mesmo, uma redução de até um terço da penalidade, de um a dois terços da penalidade. É muito sério isso.

Hoje ele tem uma, como eu falei antes, ele é um instituto que é a menina dos olhos do Cade. A gente criou um setor do Cade que tem se profissionalizado nessa negociação de leniência e na proteção dos pilares dessa leniência, que eu acho que tem como seu principal pilar o sigilo dessa investigação. É muito sensível para a gente, as pessoas perguntam por que então, por que esse sigilo da leniência, ele é tão caro e tão importante para o Cade? Primeiro porque, apesar de ser um dedo-duro, participante do cartel, aquele... o leniente, ele está trazendo para a gente uma confissão da conduta dele. Então, se essa leniência cair nas mãos das pessoas que foram afetadas pelo cartel, elas vão poder já ir atrás dele para pedir a reparação do dano. Só que ele foi o único que confessou nesse momento.

Então, você vai ter, num primeiro momento processual, em que está sendo negociada a leniência, a possibilidade do leniente ser o único acusado pelas empresas que sofreram esse cartel, um pedido de indenização de dano. Sendo que as outras empresas que foram apontadas por ele não foram ainda condenadas, não sofreram ou não tiveram a oportunidade de defesa. Então, contra essas, dificilmente uma ação de indenização de danos teria possibilidade de êxito.

Então, você teria, primeiro, a condenação pela sociedade e para a imagem da empresa antes de todas as outras participantes do cartel e a possibilidade de sofrer uma ação de indenização de danos antes de todos os outros participantes do cartel. Isso faz com que... o que retiraria da leniência qualquer incentivo para que aquela pessoa ou para que aquela empresa procurasse o Cade para ser o primeiro a delatar a infração ao Cade. Então, esse sigilo para a gente, ele é muito importante, não só por conta disso. Eu acho além dessas questões, que são questões um pouco mais teóricas da leniência, a leniência, muitas vezes, é o primeiro passo para a gente entrar com uma busca e apreensão, para conseguir, na verdade, o espelho daquelas provas entregues na leniência nas outras empresas.

Se, eventualmente, as outras empresas sabem que determinada participante do cartel firmou uma leniência com o Cade, obviamente, todas as provas que a gente possivelmente poderia encontrar nas empresas por meio de uma busca e apreensão seriam destruídas no mesmo momento. Então, a gente tem um enfraquecimento também da possibilidade de aprofundamento da investigação, se esse sigilo for colocado em xeque. Então, hoje, para a gente, isso é muito caro e, como eu disse anteriormente, a gente defende esse sigilo em todas as esferas.

E é engraçado, como eu falei que a comunidade de advogados, ela é muito restrita, qualquer arranhão nesse sigilo da leniência, ele reverbera por anos no sistema brasileiro de defesa da concorrência. Teve um caso muito curioso, em que a gente entrou com ações de busca e apreensão na investigação do cartel do metrô. Eu estou falando porque já é público isso. Então, o Cade entrou com essas ações de busca e apreensão e a origem dessa investigação foi uma leniência. O Cade entrou com seis buscas e apreensões diferentes, uma em cada estado. Então, foi um esforço muito grande para que a operação fosse deflagrada exatamente no mesmo momento, nos seis estados.

Em um dos estados, o juiz concedeu a liminar para a busca e apreensão, mas logo depois de efetivada a busca e apreensão, o juiz levantou o sigilo do processo. Então, todas as partes tiveram acesso àqueles documentos que acompanharam a leniência. Foi uma falha processual que aconteceu, eu acho que há seis anos. Não tem nenhum encontro que eu vá, que discuta direito da concorrência, que não me questione por que o Cade não brigou naquele caso em que o juízo levantou o sigilo da leniência na investigação do metrô há não sei quantos anos. Então, isso é muito importante, isso reverbera, porque isso pode ser um incentivo ou um desincentivo para as empresas procurarem o Cade para firmar essa leniência.

Então, aqui são os pressupostos da leniência. Eu acho que esse é o dispositivo legal e coloca como pressuposto a identificação dos demais e a obtenção de informações e documentos que comprovem o que ele está narrando ali naquela leniência. O Brasil tem como companhia nessa prática desse instituto, a África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, Israel, Japão, Portugal, Reino Unido, União Europeia. Eu sei que isso não é tudo, mas a companhia desses países e desses blocos deixa bem claro que o Brasil está no rumo certo de ter a leniência como um instrumento importante na descoberta dos cartéis.

Passando já rapidamente nisso aqui, que é um pouco do que eu já falei, o benefício do

proponente, a imunidade ou a redução de um a dois terços. Durante o cumprimento da leniência, o prazo prescricional fica suspenso, o prazo prescricional criminal, e quando for declarado cumprido, extingue automaticamente a punibilidade dos crimes diretamente relacionados. Eu acho que isso é interessante, como eu havia falado, a leniência, hoje, ela não é feita com o Cade. Ela é feita com o Cade e com o Ministério Público. Isso é uma coisa conjunta, então, efetivamente essa imunidade, ela tem sido levada a cabo e respeitada por todos os partícipes desse processo.

Para a investigação, o Cade passa a ter conhecimento de um cartel que até então era desconhecido e começa a poder agir, ou seja, pela produção de outras provas ou mesmo já começando um processo administrativo. E mais do que isso, ele tem acesso direto a documentos daquele cartel. Normalmente, como acontece esse processo de leniência? O que é mais comum? Primeiro, quando você tem uma desestabilização do cartel e você sabe que, assim, as empresas percebem que ou o Ministério Público já está em cima ou a Polícia Federal já está em cima, aquele cartel já está prestes a ruir. A empresa já foge para ser a primeira a fazer a leniência, para ter justamente esse benefício de imunidade.

Ou então, isso também é uma outra situação muito comum, quando a empresa é adquirida por um novo grupo econômico e normalmente um grupo econômico internacional. Em que quando esse grupo chega na empresa, passa um pente-fino para saber o que está acontecendo de errado e se depara com o cartel. Então, nesses casos é muito comum também, que esse novo grupo econômico que está no comando da empresa leve ao conhecimento do Cade a prática de cartel para que, pelo menos naquele caso, ele ganhe a imunidade. Então, é uma outra situação em que é muito comum a origem da leniência.

E os benefícios para a política concorrencial, eles são muito claros, que é justamente você ter a chance de conhecer um cartel que você não teria como, se não fosse o instituto. E, mais do que isso, a simples existência do acordo de leniência joga naquele conluio um elemento de desestabilização, porque fica um olhando para o outro como se fosse aquele jogo de detetive para saber quem vai pular do barco primeiro. Então, a simples existência desse instrumento de leniência faz com que o cartel se torne mais suscetível de ser desbaratado. Isso é curioso porque a gente vê isso na prática.

Porque eu acho que naturalmente, se não existisse esse instrumento, um momento delicado poderia arrefecer o cartel e, eventualmente, passando alguma situação complicada para o cartel, eles podiam novamente se unir. A existência desse instrumento faz com que, num primeiro momento de instabilidade, uma empresa já corra para o Cade para fazer o acordo de leniência. Então, isso é curioso e é o nosso dia a dia.

A leniência, ela só é firmada com a primeira pessoa que procura o Cade. E o Cade não pode ter elementos necessários para condenar aquela empresa. Então, esse é o primeiro, assim, são os requisitos aqui em ordem para assinatura desse acordo de leniência com a empresa. Primeiro, a empresa tem que ser a primeira a se qualificar. Tem um compromisso de cessação da conduta. Ela leva as provas que ela tem da conduta para a empresa, até porque, o Cade não pode firmar um acordo de leniência, se esse acordo de leniência não vier embasado em documentos fortes que comprovem aquela narrativa que a empresa está fazendo. Confessa a participação, firma um compromisso de cooperação plena com o Cade, isso durante toda a instrução.

Ela tem que ir ao Cade sempre que ela for demandada, e sob, assim, suas expensas, é esse compromisso de cooperação intensa com o Cade durante toda a investigação. E no final, o Cade vai fazer uma análise para verificar se, de fato, aquela leniência

trouxe elementos suficientes para a condenação do cartel e se a cooperação foi, de fato, efetiva, o que daria direito à imunidade ou àquela redução de um a dois terços da pena. Então, aquela redução que é prevista na norma e que tem uma gradação, ela é analisada justamente aqui no resultado da cooperação.

Isso aqui é um pouco da negociação, como é feita. É muito, isso é uma coisa mais prática, mas eu acho bem curioso. Porque até, como eu nunca participei de uma negociação, eu pedi, recentemente, para participar de uma negociação para saber como era. A empresa chega no Cade e fala: eu quero fazer uma leniência. E ela ganha uma certidão, como se fosse um título, um certificado, fala: você é o primeiro a requerer a leniência, que é uma garantia de que ela vai ter o direito de fazer uma leniência naquele processo. Então, é como se ela garantisse, com essa senha, o lugar, o primeiro lugar da fila.

Quando ela leva, quando ela traz, leva essa informação para o Cade, é como se, eu não sei se alguém aqui tem alguma afinidade com o jornalismo, é o tal do *lead* no jornalismo, que tem que estar no começo da notícia. Tem que levar o que, o quem, quando, como e onde. Então, ela já tem que levar a narrativa pronta para o Cade, para só depois levar os instrumentos necessários, os documentos e as outras formas de comprovação. Então, isso tudo é levado num primeiro momento, que é o pedido de senha que a gente chama de Marker.

Logo após, começa essa negociação com a parte, para saber se, de fato, ela tem instrumentos que vão permitir a instrução ou a investigação do Cade. Essa... aí, a gente tem o começo de que, realmente, a negociação do acordo de leniência, em que é uma etapa sigilosa, que nenhum dos outros investigados sabe que está acontecendo a leniência, é a parte em que o Cade vai delimitar exatamente as informações que a parte trouxe e vai redigir ali um histórico de conduta. É como se dessa negociação viesse a delimitação precisa do que a parte está levando para o Cade, amparada, claro, naqueles documentos que eu falei, que ela é obrigada a levar para o Cade.

Uma terceira etapa é justamente a finalização dessas minutas, é quando a gente já tem essa narrativa pronta já. Essa narrativa, eu confesso que, até pouco tempo, eu achava que era feita pela parte, ela entregava uma narrativa, mas é como se fosse um termo feito pelo Cade da delimitação do que a empresa trouxe, e é nessa parte que começa o contato mais próximo com o Ministério Público. Porque aí o Ministério Público é chamado para saber de tudo que está acontecendo e para agendar, na verdade, a assinatura daquela leniência, na presença do Ministério Público e da parte. Isso é interessante porque aí, as investigações, elas começam a ocorrer de forma paralela. Isso foi uma construção também que foi de anos e anos, começou com o Ministério Público de São Paulo, e, hoje, funciona em todas as leniências que a gente firma lá no Cade.

Bom, eu coloquei alguma coisa aqui que estava numa... tá. Acabei de descobrir esse recurso. Na verdade, isso aqui é o que a gente estava falando da abrangência criminal também, da interface que os cartéis têm com a esfera criminal e que fala que, justamente, nos crimes relacionados à prática de cartel, o acordo de leniência suspende o prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. E uma vez declarado cumprido, ele extingue automaticamente a punibilidade dos crimes.

É interessante falar que a gente aqui está falando exatamente do crime de cartel e não dos crimes que são correlatos. Isso aqui é só um exemplo, os acordos são sigilosos, então, eu não vou falar as partes, obviamente, nada disso. Mas nos grandes casos de leniência, a gente coloca isso expresso até nos acordos de leniência. Quanto aos demais ilícitos não diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, ainda que conexos aos crimes de cartel,

eventualmente cometidos pelo signatário do presente caso, não se aplicam os benefícios da lei.

Então assim, isso é expresso, que se por acaso, junto com a prática do cartel tiver um crime de lavagem de dinheiro, ele não pode se beneficiar da assinatura da leniência do Cade para extinguir a punibilidade do outro crime que é conexo. A gente coloca aqui essa ressalva, porque muitas vezes é interesse da parte que aquele crime conexo seja também levado a conhecimento. Então, a gente firma, junto com o Ministério Público aqui, um compromisso de que ela vai firmar com o Ministério Público uma delação premiada, mas já são esferas que são completamente separadas, mas que justamente esse diálogo entre Cade e Ministério Público que permite esse tipo de contato, mas não é uma consequência direta da norma.

Esse aqui é um instituto, leniência plus, é supercurioso. Porque, na verdade, só a primeira pessoa que procura o Cade, só a primeira empresa que procura o Cade que tem o direito de firmar a leniência e pode ter, na verdade, imunidade total pela prática daquele cartel. Só que uma segunda empresa pode procurar o Cade querendo firmar a leniência. E a norma, apesar de não prever essa possibilidade, traz um, na verdade, traz uma opção que também é um benefício para o sistema. Não é tanto um benefício para ela, mas é um benefício para o sistema, porque ela pode, na verdade, firmar tanto a leniência, a segunda pode firmar tanto essa leniência plus, que seria esse benefício, como o TCC. Então, ela teria um duplo perdão de pena.

O que seria essa leniência plus? Só a primeira empresa que procurar o Cade, participante do cartel, pode firmar a leniência. Da segunda em diante, o que a parte pode fazer é firmar esse termo de cessação de conduta, que já não garante, por exemplo, imunidade penal. Mas a norma prevê ainda que a segunda empresa que procure o Cade possa delatar um segundo cartel em outro mercado. Então, se ela, num primeiro cartel, numa investigação de primeiro cartel, entregar ao Cade todos aqueles elementos de um segundo cartel num outro mercado, ela pode, além dos benefícios do TCC, ter a redução de um terço de pena nesse primeiro cartel.

É curioso porque são instrumentos que podem coexistir num mesmo processo. Então, a parte pode firmar um TCC e pode firmar uma leniência plus. Então, aqui ela vai ter o perdão de um terço da pena por conta da leniência plus e, depois, o desconto referente ao TCC que eu vou falar daqui a pouco. Então, realmente, é uma inovação da nossa norma. Eu não lembro de ter visto um paralelo da leniência plus em outras normas. E, realmente, traz um benefício tanto para o leniente que faz essa leniência plus, como para o sistema, que traz a possibilidade de essa empresa, eventualmente participante de um segundo cartel, trazer esse cartel para o conhecimento do Cade.

Assim, todo esse sistema de TCC e leniência trabalha no equilíbrio desse benefício, de conceder um perdão da pena ou limitar um pouco a pena, mas com a possibilidade do Cade poder investigar um outro mercado, ter um conhecimento de uma outra conduta.

Isso aqui são alguns dados mais teóricos que não são interessantes. E aqui eu passo a falar dos TCCs. Bom, a leniência, em linhas gerais, é isso assim, seria uma delação premiada, que a primeira empresa que procura o Cade para trazer esses elementos teria imunidade ou então a redução. O TCC, ele é muito semelhante à leniência. Na verdade, são instrumentos análogos, mas ele seria cabível naqueles casos em que a primeira empresa já procurou o Cade, mas as demais ainda assim têm a intenção de cooperar com a investigação.

Isso é muito comum, porque a partir do momento que a gente tem uma leniência no processo, é muito fácil conseguir uma busca e apreensão. Porque normalmente

todos os elementos de prova, pelo menos unilaterais, estão no processo. Quando o Cade faz uma busca e apreensão, como eu falei, os juízes perguntam: mas o que você quer com essa ação de busca e apreensão? Eu quero ligar o fio. Eu tenho já na empresa leniente aquele fio solto, que é o e-mail que ela mandou para tal empresa com uma tabela de preços. Se eu entrar na empresa concorrente e encontrar aquela tabela que a empresa disse que mandou, mas que é uma prova unilateral, porque estava no sistema de e-mail só dela, não existe defesa.

Então, na verdade, você ligou os dois fios e você colocou essa conduta como uma prova material e comprovada. E com o TCC a gente tem justamente essa possibilidade. Se uma segunda empresa procura o Cade falando: olha, eu não posso firmar a leniência porque já teve uma empresa que firmou a leniência, mas eu ainda posso cooperar. Qual seria o interesse do Cade, então, se a gente já tem a leniência, já tem a prova para aceitar esse TCC? É justamente isso. Se a gente tiver esse fio ligado com o TCC, dificilmente, qualquer empresa que receba uma multa depois, que vai ser milionária, vai conseguir derrubar essa multa no Poder Judiciário. Então, o Cade tem total interesse em fazer TCCs com essas empresas, na verdade, para fortalecer uma condenação futura e eventual, né?

Então, basicamente as consequências são as mesmas, assim, são acordos celebrados entre pessoas físicas ou jurídicas, ela suspende o prosseguimento das investigações com relação àquela empresa, enquanto as obrigações estiverem sendo cumpridas. Isso é interessante porque muitas vezes, não é tão comum, mas já aconteceu da empresa firmar um TCC, em que ela se compromete a cessar a infração, o processo é suspenso com relação a ela, então você continua a investigação com relação às demais. O processo, então, com relação às demais, fica muito maduro e aquela empresa descumpra o TCC.

Eventualmente, não cumpre, não paga a contribuição pecuniária ou a gente descobre que ela voltou a cartelizar. Aí, o processo com relação a ela tem que seguir novamente, então, além daquela multa que ela já pagou eventualmente, ela vai sofrer no final, uma condenação total pela infração que ela está sendo investigada. Isso é curioso. Então, com relação às partes que firmaram o TCC, ela tem como consequência a suspensão do prosseguimento da investigação.

O TCC, ele pode ser proposto tanto na Superintendência-Geral quanto no Tribunal. De acordo com o momento processual que ele é proposto, você tem uma faixa de desconto diferente para aquelas empresas. Deixa eu colocar aqui. O que você tem na legislação é uma fila, na verdade. Você tem uma fila. É a corrida para saber quem vai chegar primeiro e vai levar mais provas e vai conseguir o melhor desconto. Isso é curioso porque faz com que... como eu falei, têm alguns casos em que a gente faz uma operação de busca e apreensão e no dia seguinte se forma uma fila mesmo, no Cade, para as partes firmarem o TCC e, às vezes, com uma diferença de chegada de meia hora.

Mas a empresa que chegou primeiro vai ter o direito do primeiro lugar da fila e a segunda no segundo lugar da fila e a partir da terceira já é o mesmo desconto. Então, com relação à chegada da empresa na fila, ela tem um desconto na penalidade que seria, se for a primeira, de 30% a 50%; se for a segunda, de 25% a 40%; e a partir da terceira, de 25%. A gente tem ainda essa previsão de pedido de TCC no Tribunal, que é um desconto de 15%. Por que é tão baixo? Quando o processo chega no Tribunal, toda a instrução processual já acabou. Então, você tem, na verdade, o que a gente chama de *pay to go(F)*. Ela vai pagar para não ser condenada, para não ter uma condenação nas costas.

Então, a gente tem ainda um benefício porque a condenação não é certa, então existe

um desconto de 15%, mas para ela chegar no Tribunal oferecendo um acordo, é porque o indicativo ou a possibilidade de condenação é muito grande. Então, é óbvio que o incentivo para um acordo no Tribunal, já depois de terminada a instrução, teria que ser muito menor. E como que é calculada essa multa, que eu estou falando tanto dessa multa e desse desconto? A multa, tanto no TCC quanto na leniência, ela é calculada em cima da multa que seria possível ser aplicada no caso concreto. Então, você faz aqui toda a metodologia de aplicação da multa.

Então, você passa primeiro pela base de cálculo, então, você vê o faturamento da empresa no ano anterior, você vê a agravante e atenuante, aí você define a alíquota que seria, como eu falei antes, que as empresas podem sofrer a condenação de 0,1% a 20% de faturamento. Então, aí você define a alíquota. Uma vez definida a alíquota, você vê o valor total que seria possível num caso de eventual condenação, aí você pratica esses descontos, de acordo com a ordem de chegada dessas empresas na propositura do TCC.

Uma grande diferença do TCC para a leniência é que o TCC não tem aquele efeito criminal. Então, o efeito criminal no TCC vai depender justamente de um acordo de colaboração premiada. Então, o Cade leva ao conhecimento do Ministério Público a existência do TCC, e se a parte assim quiser, coloca, assim, senta os dois numa mesa, conversa e marca, agenda uma reunião da parte com o Ministério Público para que eles firmem o acordo de delação, se assim for conveniente. Mas o TCC, diferente da leniência, não tem essa interface criminal tão forte.

Bom, e por fim, a busca e apreensão. Eu acho que no decorrer da apresentação eu falei bastante da busca já. E é interessante como esse instituto, ele tem sido muito usado e muito acolhido no Poder Judiciário. É curioso ver isso, porque uma busca cível é assustadora para um juiz cível, que normalmente nunca fez uma busca e apreensão. Então, quando a gente vai despachar nesses juízos para pedir a busca e apreensão, quando é um juiz que tem experiência criminal é muito tranquilo. Eu quero saber como vai ser feito. Quem vem, quem não vem e tal. Quando é um juiz cível que não tem essa experiência criminal, para ele isso é uma afronta à liberdade da empresa muito grande.

Então, o nosso discurso para acalmar os juízes tem que ser um discurso muito calmo e muito tranquilo, e passa, inclusive, pelo que o Amauri falou, de você se comprometer a não ter um espetáculo daquela busca e apreensão, de não sair na mídia, falar: só o que eu quero agora é trazer mais provas para o meu processo administrativo. Chegou num ponto agora, na investigação, em que eu posso avançar, se o senhor me permitir entrar na empresa ou eu vou arquivar o processo por ausência de prova. O que eu estou te pedindo é isso aqui, é a possibilidade de continuar a investigação e conseguir mais elementos, onde eu sei que eles podem estar.

Então, é um discurso que tem que ser um discurso muito de calma, porque é violento. É muito engraçado que, na prática, quando os juízes deferem essa busca e apreensão, e eu já acompanhei algumas diligências, quando a gente chega na empresa, parece que você vai querer quebrar tudo, eu já vi grávida chorando, já vi, aí um cara falou: "Não, a minha pensão está em dia". Assim, você vê que você mexe com os sentimentos das pessoas que não sabem, porque você tem que ir com escolta militar, então você tem que ir com a proteção normalmente da Polícia Federal, mas pode ser da Polícia Rodoviária também, que eles prestam auxílio em algumas operações. Então, é muito curioso. Então, você tem que garantir para o juízo que isso vai acontecer de forma muito tranquila.

Aí, nesse caso eu acho que o despacho, ele é determinante para que você consiga, e tem que ser, a gente tem lá vários procuradores de vários perfis diferentes. Tem um

que é mais bélico, aí eu falo: Não, você não vai.

[risos]

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Porque você já vai chegar assustando o juiz de cara. Normalmente eles me mandam: “Não, Fernando, você vai falar de forma mais tranquila e tal”. “Esse menino não vai fazer nada, então eu vou deixar”.

[risos]

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Então, é impressionante, porque o perfil define muito a conversa com o juiz. É impressionante. Esse... eu acho busca e apreensão muito interessante, porque é um jogo jogado em várias rodadas e a gente tem conseguido muito resultado legal e trazer elementos legais para o processo com ele.

Então, você tem primeiro a distribuição, que já é uma distribuição muito delicada, porque, às vezes, a gente quer entrar em seis empresas que têm sede em seis estados diferentes. E eu posso distribuir uma ação só e o juiz mandar carta precatória para os outros cinco lugares, mas imagina o caos que seria isso. As cartas precatórias rodando pelo Brasil. Ou fazer o que o Cade faz, que é distribuir seis ações diferentes. Mas você distribuir seis ações diferentes, garantindo o sigilo da distribuição e garantindo que a vara de lugares, muitas vezes pequenos, não vai vazar a informação, é extremamente delicado.

Então, primeiro a gente conversa com a distribuição, fala que não pode sair o nome da parte, você fica acompanhando aquele processo físico até ele chegar na mesa do juiz. Quando chega na mesa do juiz, a gente tem que pedir: olha, essa análise, a gente tem que pedir que ela seja feita em sigilo, que não saia a decisão no Diário da Justiça. Então, é todo um trâmite muito complicado, porque aqui, mais uma vez, se a parte tiver, se uma parte tiver ciência de que foi distribuída uma busca e apreensão.

Normalmente, essa busca e apreensão, a gente pede, a gente entra com a ação e já marca uma data para a deflagração da operação, normalmente para 15 dias depois, que é o período que a gente tem de preparar a polícia, de conversar com o Ministério Público, de conversar, assim, de fazer toda a articulação. Nesses 15 dias, se alguém tiver notícia de que foi distribuída uma busca e apreensão, você já não encontra nem mais uma agulha em nenhuma dessas empresas. Então, essa parte do sigilo, apesar de parecer ser simplesmente operacional, ela é determinante para o sucesso da busca e apreensão.

A realização, como eu falei, ela é um outro cuidado que a gente tem, porque isso, como as grandes empresas estão em São Paulo, hoje, a gente já consegue despachar com alguns juízes que a gente já despachou. E eles saberem que a gente não faz espetáculo disso é muito importante para que eles tenham confiança de deferir aquela busca e apreensão. Eles têm muito medo, e o medo até que é compreensível, de serem instrumento de um espetáculo que eles não imaginam. Então, assim, você manter uma coerência com o seu trabalho, falar: não, realmente isso não vai sair em lugar nenhum, não vai ter matéria, a gente vai sair da delegacia com calma, não vai ter repórter e tal. E isso acontecer, a gente conseguir cumprir isso, garante que se a gente voltar lá com outro processo, ele vai levar a gente mais a sério. Então, é um outro ponto muito importante.

E aqui é um outro argumento que a gente usa muito no Poder Judiciário, porque quando você fala em busca e apreensão, a primeira coisa que a empresa faz quando sofreu a busca e apreensão é: mas eu preciso desse documento porque senão eu

vou falir. As empresas, assim, levam isso: não, mas ele levou o meu servidor, e sem o servidor eu não consigo funcionar. O Cade, depois de tanto apanhar com esse tipo de argumentação, porque é uma argumentação que tem eco no Poder Judiciário, tem mesmo, a gente hoje já faz a deflagração e na nossa petição inicial a gente já fala: vai ser deflagrado no dia tal e cinco dias depois a gente vai devolver todo o material.

Então, a gente consegue nesses cinco dias, às vezes, um volume absurdo de material, fazer a cópia de tudo para que a empresa tenha, dali cinco dias, todos os originais. Isso é menos do que um prazo de agravo. Então, isso esvazia o argumento das empresas de forma tão séria que, hoje, eu falo para vocês, que a gente está com um índice de sucesso nas nossas buscas e apreensão, eu acho que de 99%.

Isso é impressionante, porque todo esse procedimento, ele vem seguido... as mesmas pessoas fazem e de forma tão correta a gente tem cumprido o que tem falado com o Poder Judiciário, que hoje, lá em São Paulo, por exemplo, eles não têm o menor receio em deferir uma busca dessa. Se a gente tiver o mínimo de lastro probatório para fazer o pedido, o deferimento assim, a forma como o Cade conduz, ela já é muito respeitada. E a partir daí, assim, do material apreendido, a gente tem a instrução do... eu coloquei aqui do inquérito policial, mas é do processo administrativo.

Bom, gente, é isso. Em linhas gerais, esse são o acordo de leniência, o TCC e a busca e apreensão que a gente utiliza como meio de prova lá no Cade.

[aplausos]

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Obrigado, obrigado.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Eu queria agradecer ao Dr. Marcelo pela brilhante exposição. É um tema árido, não é um tema de telefonia, não é um tema de habitação. É um tema que realmente precisa que a gente possa ler a lei antitruste com um certo cuidado, porque são conceitos mais complexos. Perguntas? Dr. Alexandre lá. Mais alguém? O nosso colega. Deixa eu anotar aqui.

**SR. ALEXANDRE:** Dr. Fernando, o Cade, ele é praticamente ação corretiva, né? O fato já ocorreu, o Cade vem buscando o equilíbrio econômico no país. Quando vocês se deparam, através de uma norma, portaria, seja lei municipal ou estadual, porque se existe cartel, tem que existir também o ambiente propício para isso. Então, muitas vezes, nós encontramos numa legislação esse ambiente propício ao cartel.

Aí você começa a olhar a história daquele segmento de mercado e você vê que o cartel é uma coisa desde a pré-história desse mercado. O Cade não tem como atuar, e não há interesse do Cade, aferir esses ambientes propícios ao cartel, agindo de forma preventiva? E mesmo que isso venha a buscar, por exemplo, uma medida sobre ou um órgão regulador ou uma lei municipal ou uma legislação estadual, essa questão, o Cade não interfere nisso aí, não há interesse?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tá. A pergunta, ela é bem complexa, até porque essa não é uma discussão trivial e ela é muito travada mesmo assim. A gente tem alguns exemplos no Cade, eu acho que o mercado de combustível pode ser, é um exemplo, mas não é o único. A gente tem o próprio mercado financeiro, em que você tem um ambiente concorrencial e que tem uma regulação setorial que pode, de certa forma, facilitar ou algumas pessoas entendem, dá uma imunidade anticoncorrencial. A gente tem uma regulação, por exemplo, de portos que pode permitir algumas condutas que o Cade também não aceita.

Então, eu não vou te dizer que tenha, por exemplo, uma atuação legislativa, mas o Cade está consolidando um entendimento de que mesmo esses mercados regulados, se permitirem condutas anticoncorrenciais, eles podem, sim, sofrer investigação do Cade. Não seria... do mercado regulado, eu acho que nesse caso o Cade não tem como mexer na competência de um outro ente, de uma outra autarquia, por exemplo, como são essas que eu citei, como seria a Antaq, como seria a Anac, tem casos de interseção com a Ancine também, não seria uma alteração legislativa, mas seria uma atuação no caso concreto.

Hoje, porque a discussão pode ficar um pouco chata, mas eu vou tentar resumir assim. Hoje, o Cade tem um entendimento, que eu acho que é o entendimento que vai prevalecer, e eu digo que eu acho porque é um processo que ainda não foi definitivamente julgado, mas é um caso que fala do conflito, por exemplo, do Cade com a Antaq na cobrança de uma norma, em que as empresas só teriam uma imunidade antitruste se aquela norma não conferir uma outra possibilidade de comportamento para a empresa. Então, isso é uma herança da OCDE, na verdade, o entendimento da OCDE, e que o Cade está puxando para o Brasil também, que se por acaso aquela norma permitir diversas atitudes para a empresa e a empresa decidir adotar justamente a anticoncorrencial, ela pode, sim, ser investigada pelo Cade.

E mais do que isso, ela só não poderia ser investigada pelo Cade se essa norma ou essa regulação setorial deixasse evidente que aquela regulação seria uma imunidade antitruste. Se na norma não vier expressa essa opção legislativa, na verdade, a competência, ela vai coexistir, tanto do ente regulado, de regular, e do Cade, se for o caso, de investigar e condenar. Isso pode gerar conflitos, isso gera uma insegurança em alguns mercados, mas eu acho que esse é o entendimento que está tendendo a se consolidar no Cade. Eu não sei se eu fui claro, mas eu acho que é isso. Assim, na verdade, o Cade, ele não... não é pelo fato de ser um ambiente regulado que o Cade não vai poder agir.

**SR. FREDERICO:** Dr. Fernando.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Só um comentário. Você disse que tem que ter a possibilidade de prática de mais de uma conduta. Ou se for só uma conduta, a norma fala que tem que se fazer desse jeito. Aí seria o mesmo raciocínio?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Não, porque aí, na verdade, seria... é difícil aplicar esse conceito penal para o Cade, mas seria o equivalente a uma inexigibilidade de conduta diversa.

[falas sobrepostas]

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Ele teria que fazer, então, ser a única alternativa?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Exato, o Cade, acho que poderia investigar, mas não condenar, porque a tendência dessa teoria é justamente essa. O caso concreto que está balizando é um caso de portos em que a Antaq deixou a possibilidade das empresas cobrarem uma taxa, em que o Cade, historicamente, condena a cobrança dessa taxa. E colocou a possibilidade para as empresas, mas as empresas já sabendo do histórico, porque ela efetivamente fere a concorrência, porque é um abuso de posição dominante claro ali.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Aham.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Então, nesses casos, mesmo a regulação setorial não está sendo suficiente para afastar a competência do Cade. Isso é muito interessante, porque a gente pode pensar num conflito. Nossa, mas isso gera uma instabilidade, mas, na verdade, isso gera uma continuidade na discussão. Ainda que seja para uma consolidação de um lado ou do outro.

Hoje mesmo, eu estou aqui e um colega está numa Audiência Pública que fala sobre esse processo. Eu acho que esses temas, é evidente que o mercado, o melhor seria se o mercado fosse estabilizado por si, mas esse tipo de comportamento, de certa forma, essa queda de braço, gera uma estabilização e um diálogo maior. Óbvio que a gente não vai ficar lutando eternamente, mas eu acho que continua a discussão de uma coisa que é sensível para o Cade.

**SR. FREDERICO:** Fazer uma pergunta, seguindo, acho interessante que o senhor tocou no tema. Então, é possível que o Cade atue em setor regulado?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Sim.

**SR. FREDERICO:** Bom, numa situação hipotética, então, se os regulados capturam o regulador, vocês não poderão punir, em nenhuma hipótese, ou tentar... vocês poderão trazer à tona essa discussão perante a sociedade, mas não fica resolvido por uma resolução do regulador. Seria mais ou menos isso? Porque a resolução do regulador encerra o assunto. Não acho que deveria, mas tudo bem. Mas abre a possibilidade de continuar se discutindo um tema de... inclusive, se ele ferir direitos do consumidor, também seria de interesse do Cade?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Assim, é difícil falar em tese, mas só para... se eu não te responder, você me diz, tá?

**SR. FREDERICO:** Tá.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Uma resolução, por exemplo, não coloca fim na discussão. Em tese, isso gera estabilidade, que o Amauri está falando, mas a resolução de uma agência reguladora, por exemplo, de um mercado específico, não coloca fim à discussão, se a gente encontrar ainda uma discussão anticoncorrencial passível de condenação e que for efervescente essa discussão no caso concreto. Isso eu vou te dizer que não é em tese.

Isso acontece no Cade, não vou dizer diariamente, são casos muito excepcionais, mas eu vejo acontecer com a Ancine, já aconteceu um processo que foi levado e que era um mercado que era regulado pela Ancine, que o Cade deu a sua decisão e, eventualmente, se a Ancine não concordasse, ela poderia proibir por outras formas. Nesse caso que eu estou falando da Antaq, dos portos de Santos. Então, a regulação por si, não obsta a análise do Cade.

Indo além, aí já se existiria uma possibilidade de ação do Cade, por exemplo, para o próprio regulador. Eu não sei se é essa a pergunta. Se o Cade, por exemplo, poderia colocar no polo passivo a Antaq, digamos assim. Em tese, sim. A lei é abrangente a esse ponto. Eu só não vejo, eu nunca vi isso acontecer, mas, em tese, pode acontecer, sim. Se, por exemplo, de uma resolução vier uma influência de conduta uniforme, por exemplo, a gente pode colocar a Antaq até ali. Eu não consigo ver efetividade nessa ação. A nossa lei prevê, porque é uma pessoa jurídica, ela pode responder por esses atos. Eu não vejo uma efetividade porque o Cade, no final das contas, não poderia obrigar a Antaq a cumprir a sua decisão de deixar de praticar essa conduta uniforme, porque a origem daquilo é a lei. Então, seria uma decisão do Cade contrária à lei. Então, você tem um conflito que é um conflito, na verdade, federativo aí.

O Cade, hoje, tenta agir nos casos concretos para que essas discussões continuem. E de forma muito respeitosa. Eu estou falando assim, parece que o Cade está brigando com o Antaq, parece que o Cade está brigando com a Ancine, mas no caso concreto, o que a gente faz é: o processo continua, a gente começa a fazer reuniões com as agências. Fala: olha, essa Pauta a gente precisa amadurecer, porque a resolução da direção não está de acordo com o que o Cade pensa sobre o assunto. E a gente vai colhendo os frutos muito daí.

É interessante, assim, eu vou falar e, por favor, não me interpretem mal, assim. É muito curioso, porque até trabalhar no Cade, eu não tinha ideia de como esse processo é muito mais prático e simples do que a gente imagina. Quando a gente fala num conflito de agências, por exemplo, antes de ir para Brasília eu não entendia como que o Cade podia resolver isso com a Antaq. Mas, na verdade, é o que acontece. A gente tem o processo, que é um processo importante e espinhoso para a gente, o presidente do Cade liga para um diretor da Antaq e fala: não, a gente vai montar um grupo de trabalho para resolver esse imbróglio. Então, você tem as pessoas que são responsáveis pelos regulamentos daqueles dois entes tentando chegar num acordo.

A gente hoje está num exemplo incrível disso. Tem uma discussão histórica sobre a possibilidade do Cade analisar atos de concentração no mercado financeiro. Assim, o Banco Central puxa a competência para eles e o Cade fala: não, vocês analisam o risco sistêmico, vocês analisam a esfera, que é a esfera financeira, mas a questão concorrencial, o Cade tem o direito, tem o dever de analisar, porque não existe uma imunidade constitucional para as instituições financeiras. Essa é uma discussão que já chegou no STJ, o STJ se posicionou não a favor do Banco Central, mas ela falou que um parecer que o advogado da União deu lá atrás valia. Então, se o advogado da União mudar o parecer, em tese, muda o entendimento.

Então, não foi bater o martelo para definir. E a discussão hoje está no Supremo. O presidente do Cade, o que foi a primeira, uma das primeiras decisões que ele tomou? Vamos montar um grupo de trabalho. E não é um grupo de trabalho daqueles grupos de trabalho que não chegam a conclusão. A gente está em reuniões semanais agora, para definir: não, a gente vai desenhar e ver até que ponto um pode ceder para chegar e colocar fim a essa controvérsia.

**ORADORA NÃO IDENTIFICADA:** [pronunciamento fora do microfone].

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Tem, eu confesso que eu não tenho o número, assim, de cabeça. É um recurso extraordinário que foi para o Toffoli, ele agora se deu como impedido e foi redistribuído, mas não tem uma decisão lá e é um caso específico. Mas é isso, e a gente está fazendo, sentando numa mesa semanalmente para chegar a uma solução. Então, esses conflitos entre reguladores e Cade, quando chegam nesse ponto, a gente tem soluções práticas possíveis assim. Não passa por uma alteração legislativa imediata, mas é um diálogo que ele é constante assim. Eu não sei se eu respondi.

**SR. FREDERICO:** Respondeu, muito bom. Mais uma pergunta. Fazendo um gancho na pergunta anterior do Dr. Amauri, em relação à globalização, se o Cade... porque o que tem acontecido também, é que muitas empresas são compradas por empresas de maior poder econômico, principalmente como alguns aqui disseram, que o Brasil está passando por uma crise, então os preços estão lá embaixo, então as empresas do exterior estão comprando.

O que eu quero saber é o seguinte: se vocês, não necessariamente uma empresa no Brasil, mas quando uma empresa faz uma fusão, por exemplo, nos Estados Unidos, se influencia a decisão da agência norte-americana ou se vocês têm uma atuação

conjunta com agências de outros países para tomar a mesma decisão que vai refletir, o que aconteceu lá, vai refletir aqui no Brasil.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** É, não existe uma obrigatoriedade de a gente seguir as jurisdições externas, mas cada vez mais, isso tem sido comum, a gente ter esse diálogo com as instituições externas, tanto com a dos Estados Unidos, quanto europeia, da África do Sul. Uma decisão não pauta a outra, mas, por exemplo, a gente está com um grande ato de concentração dos Estados Unidos no mercado de televisão, e aqui no Brasil, ela é muito pequena. Ela é uma operação mundial, gigante, no Brasil é pequena. No Brasil, vai ser analisado o impacto nacional. Mas eu não vou dizer que seria obrigatório, por exemplo. Mas se, eventualmente, essa operação for aprovada nos Estados Unidos, que obviamente vai ter um impacto no mundo inteiro, ela pauta um pouco a nossa atuação, porque a gente percebe que, realmente, uma preocupação excessiva aqui não se justificaria.

Não é obrigatório, não é, assim, a nossa análise é uma análise local, mas a gente tem, cada vez mais, levado em consideração essa globalização para tomar as nossas decisões. E isso é importante não só com relação a esse tipo de fusão, mas, muitas vezes, são concentrações que ocorrem lá fora e que só têm efeitos aqui dentro, de empresas, de grupos econômicos muito grandes e que têm, de repente, algumas controladas aqui. Mesmo nesse caso, quando a gente, quando o Cade observa que esses grupos internacionais grandes, que fizeram uma operação lá fora, que pode ter efeitos no Brasil, a gente pede que as empresas apresentem. Eu falo que a gente pede, porque existe essa possibilidade, mas as empresas naturalmente apresentam no Brasil. Se elas sabem que o Brasil vai sofrer os efeitos daquela operação e que o grupo preenche aqueles requisitos de faturamento, naturalmente eles apresentam aqui. Então, essa globalização, ela, para a gente, ela é muito concreta.

**SR. FREDERICO:** Perfeito.

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Bom, 6h, né? Em cima da hora. Mais alguma pergunta ou a gente pode partir para o encerramento? Vocês estão satisfeitos? Ok. Eu vou passar a palavra, então, para o Fernando fazer as suas considerações finais.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Não, turma, é só agradecer. Eu acho que é muito gratificante, como eu não tenho, até agora, dizem que a gente nunca deve fazer isso, mas eu não tenho experiência em aulas, em palestras. E, assim, é muito gratificante passar por essa experiência, até para saber qual a curiosidade maior do público, para poder levar isso para o Cade também e, eventualmente, ter um cuidado maior na divulgação dessas questões. Então, primeiro, agradecer. Eu acho que ter muitas perguntas é sinal de interesse. Então isso, para mim, já é muito gratificante. E agradecer também a oportunidade de trocar e poder levar também um pouco disso lá para o Cade. Agradecer mais uma vez a oportunidade.

[aplausos]

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Nós é que agradecemos, Dr. Fernando, pela excelente palestra. E tudo correndo bem, nós vamos manter um contato. Esse evento Consumo e Regulação, a gente já trouxe para cá algumas agências, o Inmetro, e a nossa vontade era, se possível, para o ano, tentar reunir todas as agências e tentar fazer um evento em Belo Horizonte, que pudesse tratar de temas específicos que interligassem as agências e os órgãos de defesa do consumidor.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Me coloca no mesmo painel [ininteligível].

[risos]

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Quem sabe?

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** [pronunciamento fora do microfone].

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Passando aqui, então, o certificado.

**SR. FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA:** Obrigado.

[aplausos]

**SR. PRESIDENTE AMAURI ARTIMOS DA MATTA:** Então, com essas palavras a gente declara encerrado o evento de hoje e que todos possam ter um retorno feliz para as casas. Muito obrigado.