

**A OBRIGATORIEDADE DE APROVAÇÃO CONCORRENCIAL PARA  
OPERAÇÕES DE CESSÃO DE DIREITOS DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE  
PETRÓLEO E GÁS E A LEI Nº 12.529/2011**

OBLIGATION OF ANTITRUST FILING FOR ASSIGNMENTS OF OIL AND GAS  
EXPLORATION AND PRODUCTION RIGHTS AND THE LAW N. 12,529/2011

**Autores**

**Gustavo Flausino Coelho**

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais - linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas). Membro do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas - UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

**Ricardo Villela Mafra Alves da Silva**

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais - linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas). Membro do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas - UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

**RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a interpretação e aplicação do parágrafo único do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 a operações de cessão de direitos de exploração e produção de petróleo e gás no Brasil. A questão será analisada adotando-se a premissa de que a interpretação da legislação concorrencial e a implementação da política de defesa da concorrência devem favorecer situações que privilegiem a geração de bem-estar social, alcançando resultados Pareto eficientes sob o critério de Kaldor-Hicks. Assim, defender-se-á que o parágrafo único do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 deve ser interpretado de forma a isentar de notificação prévia à autoridade concorrencial as cessões de direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural.

**PALAVRAS-CHAVE:** política de defesa da concorrência; indústria de petróleo e gás; controle de estruturas.

**ABSTRACT**

This study has the purpose of addressing the interpretation and enforcement of article 90, sole paragraph, of Law no. 12,529/2011, with respect to assignments of exploration and production rights of oil and natural gas in Brazil. The matter will be analyzed adopting the assumption that the interpretation of the competition legislation and implementation of competition policy must favor situations with potential to generate social welfare, achieving Pareto optimum results in accordance with Kaldor-Hicks criterion. Thus, this paper will argue that the article 90, sole paragraph, of Law no. 12,529/2011 must be interpreted in such a way as to exempt from antitrust filing all assignments of exploration and production rights of oil and natural gas.

**KEY-WORDS:** competition policy; oil and gas industry; structure control.

## 1. INTRODUÇÃO

No dia 29 de maio de 2012, entrou em vigor a Lei nº 12.529/2011 (“Lei Concorrencial”), que substituiu a Lei nº 8.884/1994 e promoveu profundas mudanças na política de defesa da concorrência brasileira. Em termos gerais, as principais alterações da nova legislação são as seguintes: (i) reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica; (ii) centralização dos trabalhos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”); (iii) introdução de novo sistema de notificação prévia; e (iv) mudança nos procedimentos de análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas<sup>1</sup>.

Uma das mais significativas alterações da Lei Concorrencial, de suma importância para a eficiência da defesa da concorrência no Brasil, refere-se à introdução do sistema de notificação prévia<sup>2</sup>. No regime da Lei nº 8.884/1994, as partes de uma operação notificada ao CADE poderiam implementar seu negócio jurídico antes da aprovação da autarquia. Por essa razão, diz-se que o sistema era de notificação posterior (*ex-post*). Sob a Lei Concorrencial, no entanto, operações e contratos notificados ao CADE não podem ser implementados antes da aprovação da autarquia<sup>3</sup>, sob pena de aplicação de multa e declaração de nulidade dos atos praticados<sup>4</sup>. Deste modo, diz-se que o novo sistema é de notificação prévia (*ex-ante*).

Além disso, o novo diploma restringiu as operações sujeitas à aprovação do CADE, tendo em vista a incerteza criada pela redação do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994. No regime concorrencial revogado, os agentes econômicos eram obrigados a notificar à autarquia todos os atos “sob qualquer forma manifestados”, que pudessem “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”. A redação ampla – cujo escopo foi ampliado pela jurisprudência do CADE ao

---

<sup>1</sup> Para um estudo detalhado destas e outras mudanças da Lei Concorrencial, assim como análise dos novos institutos com base nas melhores práticas internacionais, vide Coelho e Silva (2012, pp. 307-330).

<sup>2</sup> “Conforme tem sido destacado nas análises da nova lei, a lei 12.529/2011 faz profundas alterações no controle de estruturas, com a introdução do sistema de análise prévia de atos de concentração, há muito recomendado pelas melhores práticas internacionais” (CARVALHO *et. al.*, 2011, p. 37).

<sup>3</sup> Cf. artigo 88, §3º da Lei nº 12.529/2011: “Art. 88. [...] § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei”.

<sup>4</sup> Pode-se concluir, portanto, que a aprovação do CADE é condição suspensiva para a eficácia de atos e contratos de notificação obrigatória. Nos termos do artigo 125 da Lei nº 10.406/2002, “[s]ubordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.

longo dos anos<sup>5</sup> – causava incerteza, na medida em que não havia segurança para determinar com exatidão os atos e contratos enquadrados na regra do dispositivo<sup>6</sup>.

O artigo 90 da Lei Concorrencial, por outro lado, estabeleceu uma lista de operações que se qualificam como ato de concentração para os fins de notificação obrigatória, conforme segue: (i) fusão entre duas ou mais sociedades anteriormente independentes; (ii) aquisição, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, do controle ou partes de uma ou outras sociedades; (iii) incorporação de uma sociedade em outra; e (iv) celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. Além disso, ainda que uma operação se enquadre em uma das modalidades previstas no artigo 90 da Lei Concorrencial, sua notificação somente será exigida caso os grupos econômicos das partes atendam aos critérios de faturamento mínimo do artigo 88 do mesmo diploma<sup>7</sup>.

Adicionalmente à diminuição dos tipos de atos e contratos sujeitos à aprovação do CADE, a Lei Concorrencial estabeleceu a primeira isenção concorrencial do ordenamento jurídico brasileiro. O parágrafo único do artigo 90 isenta de notificação os contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* “quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”. Tal isenção foi disposta com o objetivo de desburocratizar os procedimentos de licitação pública<sup>8</sup>, além de

---

<sup>5</sup> Cita-se, a título de exemplo, o ato de concentração nº 08012.002870/2012-38, no qual o Conselheiro Alessandro Octaviani utilizou a ideia de “humildade cognitiva” do CADE para decidir pela obrigatoriedade da notificação de contratos de licenciamento sem cláusula de exclusividade – uma modalidade contratual que há muito havia sido excluída do escopo do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 pela jurisprudência da autarquia.

<sup>6</sup> “Nos primeiros anos de aplicação da Lei 8.884/1994, em razão da amplitude da redação de seu art. 54, muito se discutiu sobre quais negócios jurídicos deveriam ser submetidos à aprovação do Cade” (CARVALHO *et. al*, 2011, p. 202). Não obstante, a discussão acerca do escopo do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 não se limitou aos primeiros anos de sua vigência, tendo se estendido mesmo após sua revogação, conforme se verificou no ato de concentração nº 08012.002870/2012-38 e, de forma geral, na análise de casos envolvendo fundos de investimento ou relativos a contratos comerciais de longo prazo sem cláusula de exclusividade (distribuição, fornecimento e licenciamento, principalmente).

<sup>7</sup> De acordo com os incisos I e II do artigo 88 da Lei Concorrencial, devem ser notificadas ao CADE as operações nas quais, cumulativamente: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$400 milhões; e (iii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$30 milhões. Esses valores foram corrigidos para, respectivamente, R\$750 milhões e R\$75 milhões, por meio da Portaria Interministerial nº 994/2012 do Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça.

<sup>8</sup> Como exemplo, pode-se citar a Lei nº 8.666/1993 (lei das licitações públicas) e Lei nº 8.987/1995 (lei das concessões e regime de prestação de serviços públicos).

representar a confiança do legislador brasileiro na legislação específica aplicável (Lei nº 8.666/1993) e no quadro normativo dos setores regulados<sup>9</sup>.

O escopo do presente artigo é analisar a isenção prevista no parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial no caso das operações de cessão de direitos de concessão para a exploração e produção de petróleo e gás (doravante denominados apenas “direitos de E&P”). Não obstante a redação do dispositivo em questão indicar a não obrigatoriedade de notificação de cessão de direitos de E&P ao CADE, esta autarquia e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”) adotaram o entendimento de que tais tipos de operação não estão incluídos no escopo do parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial.

A presente análise aborda a questão nas seguintes perspectivas: (i) eficiência na implementação da política pública de defesa da concorrência; (ii) jurisprudência acerca da aplicação da legislação concorrencial às cessões de direitos de E&P; e (iii) interpretação sistemática da Lei Concorrencial. Neste sentido, este estudo adota como premissa fundamental para aplicação e interpretação da Lei Concorrencial a visão de que a defesa da concorrência deve proteger o bem-estar social<sup>10-11</sup>, utilizando método consequencialista para buscar resultados Pareto eficientes de acordo com o critério de Kaldor-Hicks<sup>12</sup>. Em outras palavras, adota-se a premissa de que o resultado líquido da aplicação do direito da concorrência deve sempre ser positivo na perspectiva do bem-estar social.

---

<sup>9</sup> “A isenção fundamenta-se na política pública de substituição da concorrência pela regulação e na confiança de que a supervisão regulatória é ativa. Ademais, a atuação do CADE em processos licitatórios – agora *ex ante* – representaria mais um elemento a prejudicar a celeridade de contratação pela Administração, incrementando o custo Brasil” (TAUFICK, 2012, p. 466).

<sup>10</sup> É preciso destacar que a expressão bem-estar social não se mostra suficientemente clara para fins de definição do interesse a ser protegido pela legislação de defesa da concorrência. Neste sentido, é importante destacar a discussão, exposta em detalhes por Daniel Goldberg, acerca da necessária diferenciação entre bem-estar do consumidor e bem-estar agregado e os impactos gerados pela escolha de um ou outro como objeto de proteção do direito concorrencial (GOLDBERG, 2006, pp. 80 e ss.). Tal discussão, dada a sua complexidade, situa-se fora do escopo do presente estudo. No entanto, para os fins deste trabalho – e tendo em vista que o parágrafo único do artigo 1º da Lei Concorrencial indica a coletividade como titular dos bens protegidos pela política de defesa da concorrência – considera-se o bem-estar social como objeto de proteção do direito da concorrência, sem aprofundar a discussão acerca de seu conteúdo.

<sup>11</sup> A ideia de estabelecer o bem-estar como objetivo da política de defesa da concorrência foi introduzida por Robert Bork, em sua obra “The Antitrust Paradox”. No entanto, na visão de Bork, o interesse protegido pela legislação concorrencial deve ser unicamente o bem-estar do consumidor (BORK, 1993).

<sup>12</sup> Uma situação é considerada Pareto eficiente quando resulta em situação com diversos ganhadores e nenhum perdedor. O ótimo de Pareto pelo critério de Kaldor-Hicks, por outro lado, considera eficientes cenários com ganhadores e perdedores, desde que os ganhos dos ganhadores superem a perda dos perdedores; isto é, desde que o resultado líquido seja positivo. Neste sentido, vide Daniel Goldberg (2006, pp. 40 e ss.), John Hicks (1939, pp. 696 a 712) e Nicholas Kaldor (1939, pp. 549-552).

## 2. O CONTROLE DE ESTRUTURAS DO DIREITO CONCORRENCIAL

A política de defesa da concorrência, tradicionalmente, possui duas vertentes: (i) atuação preventiva; e (ii) atuação repressiva. Por meio destes dois tipos de atuação, a autoridade concorrencial busca manter níveis apropriados de competição no mercado e preservar o princípio constitucional da livre iniciativa, com o objetivo último de gerar bem-estar. A atuação repressiva do direito concorrencial refere-se à investigação e punição de atos anticompetitivos<sup>13</sup>, adotados por agente econômico – ou grupo de agentes econômicos – detentores de poder de mercado<sup>14</sup>. A atuação preventiva na defesa da concorrência, por sua vez, refere-se ao controle de estruturas dos mercados. Mediante essa vertente, o CADE analisa atos e negócios jurídicos que possam gerar concentração de mercado e efeitos concorrenciais adversos<sup>15</sup>.

Ao analisar os chamados atos de concentração, o CADE utiliza como referência diversos fatores, como o comportamento econômico dos agentes atuantes no setor, padrões de concorrência, níveis de concentração, características dos produtos ofertados, dentre vários outros. A metodologia utilizada pelo CADE na análise de atos de concentração ainda segue, em grande medida, aquela estabelecida pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001<sup>16</sup>.

Nesse sentido, a avaliação dos efeitos de operações no âmbito do controle estrutural ocorre por meio de cinco etapas. Na primeira etapa, define-se o mercado relevante<sup>17</sup> que, em seu âmbito geográfico, refere-se à região afetada pela operação e, no âmbito material, refere-se ao conjunto dos produtos ou serviços que concorrem com aquele(s) ofertado(s) pelos

---

<sup>13</sup> O artigo 36 da Lei Concorrencial define como anticompetitivos os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

<sup>14</sup> O poder de mercado ou econômico é geralmente definido como a capacidade de um agente econômico de agir de forma independente do mercado, como, por exemplo, aumentar preços ou restringir oferta. Tal situação seria a antítese do cenário de concorrência perfeita, no qual nenhum agente possui, individualmente, poder para influenciar a dinâmica concorrencial, cujas regras são ditadas pelas forças da oferta e procura (BRUNA, 2001, pp. 103 e 104). Segundo o parágrafo 2º do artigo 36 da Lei Concorrencial, o poder de mercado é presumido quando o agente detém ao menos 20% de participação de mercado.

<sup>15</sup> Neste sentido, o parágrafo 5º do artigo 88 da Lei Concorrencial determina que “[s]erão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços”.

<sup>16</sup> A Lei Concorrencial transferiu as atividades do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico (SDE) para o CADE e também retirou da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) a competência de análise de atos de concentração. Não obstante, a portaria continua a ser seguida pelo CADE.

<sup>17</sup> O conceito de mercado relevante é definido de forma clara por Paula Forgioni, para quem “[o] mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado” (FORGIONI, 2012, p. 211).

agentes econômicos cujo ato de concentração é analisado pelo CADE<sup>18</sup>. O mercado relevante é geralmente definido pelo CADE por meio do teste do monopolista hipotético<sup>19</sup>, que busca encontrar o menor mercado no qual um suposto monopolista poderia impor um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento de preços<sup>20</sup>.

Definido o mercado relevante, passa-se à segunda etapa, no qual busca-se determinar a participação de mercado dos agentes econômicos envolvidos na operação. Para este fim, o CADE quantifica o tamanho do mercado (*i.e.*, a soma da oferta de todos os agentes que concorrem no mesmo mercado relevante) e calcula a porcentagem que a oferta dos agentes econômicos sob investigação representa com relação ao todo. Caso a soma da participação de mercado das partes seja maior que 20%, presume-se que elas detêm poder de mercado<sup>21</sup> e passa-se às demais etapas. Caso a participação de mercado das partes seja menor que 20%, a análise é encerrada.

Na terceira etapa, examina-se a probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado. Para este fim, avaliam-se se as condições do mercado relevante, como a existência de barreiras à entrada<sup>22</sup>, estrutura de custos dos concorrentes, existência de capacidade ociosa, existência de rivalidade, dentre outros fatores. Em síntese, o CADE considerará que há probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado caso não existam fatores que possam inibi-lo.

Constatada a probabilidade de exercício abusivo do poder de mercado, passa-se à quarta etapa, referente à avaliação das eficiências geradas pela operação. Na sistemática da Lei Concorrencial, ainda que operações causem prejuízos ao mercado e à sociedade, elas podem ser aprovadas caso criem eficiências econômicas que superem os prejuízos causados<sup>23</sup>. A quinta e última etapa busca avaliar se as eficiências econômicas criadas pela operação superam os seus prejuízos e ineficiências.

---

<sup>18</sup> A dimensão material (ou do produto) do mercado relevante é geralmente definida levando-se em consideração a substitutibilidade entre produtos, aplicando-se o conceito de elasticidade cruzada da microeconomia. Grosso modo, diferentes produtos são considerados substituíveis quando existe relação de causalidade entre o aumento de preço de um e o aumento da demanda pelo outro.

<sup>19</sup> Não obstante, o CADE já utilizou outros métodos, como o *Upward Pricing Pressure* (UPP), desenvolvido por Joseph Farrell e Carl Shapiro (2010). Para aplicação do método pelo CADE, cf. o voto do conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no ato de concentração nº 08012.004423/2009-18 (caso Sadia-Perdigão), Rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz, julg. 13/07/2011.

<sup>20</sup> Vide item 30 da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001.

<sup>21</sup> Vide artigo 36, parágrafo 2º, da Lei Concorrencial.

<sup>22</sup> São denominados barreiras à entrada todos os fatores que possam dificultar a entrada de novos concorrentes no mercado, como a necessidade de investimentos irrecuperáveis, poucas oportunidades de venda, barreiras técnicas, legais ou regulatórias, dentre outras. Para uma análise detalhada dos diversos tipos de barreira à entrada, vide Herbert Hovenkamp (2005, pp. 530 e ss.).

<sup>23</sup> Segundo o parágrafo 6º do artigo 88 da Lei Concorrencial, os seguintes resultados são considerados como eficiências econômicas, desde que parte relevante de seus benefícios seja repassada aos consumidores: (i)

Percebe-se, portanto, que o objetivo do CADE, ao analisar atos de concentração, é verificar a possibilidade de tais operações gerarem prejuízos ao mercado e à sociedade, em detrimento do bem-estar social, por meio do exercício abusivo de poder de mercado. A diminuição do número de atos sujeitos à aprovação concorrencial, decorrente do novo regime a partir da Lei Concorrencial, busca retirar do âmbito do controle de estruturas de mercado as operações com pouco ou nenhum potencial de causar prejuízos ao mercado. Do ponto de vista da eficiência de políticas públicas, a mudança é benéfica no sentido de concentrar os esforços do CADE em operações que apresentam eminente potencial de prejudicar a concorrência.

### **3. AS CESSÕES DE DIREITO DE E&P E O POSICIONAMENTO DA ANP**

#### **3.1. Cessão de direitos de concessão e sua peculiaridade do ponto de vista do controle de estruturas**

As cessões de direitos de concessão possuem certas peculiaridades com relação a outras modalidades de aquisição de ativos<sup>24</sup>. Conforme determina o artigo 14 da Lei nº 8.987/1995, a concessão de serviço público deve ser precedida de licitação, nos termos da legislação aplicável (atualmente, Lei nº 8.666/1993). Especificamente no caso da indústria de petróleo e gás, a concessão de direitos de E&P também deve ser precedida de licitação<sup>25</sup>.

Na lógica do direito concorrencial, a licitação é vista como uma barreira à entrada artificial, de natureza legal. Em setores nos quais a entrada de novos agentes é regida por procedimentos licitatórios, considera-se que não há concorrência no mercado em si, mas concorrência “pelo mercado”, em esquema *winner takes all* (o vencedor leva tudo). Conforme o CADE já se manifestou, “a competição se dá no curso da própria licitação, tratando-se, pois, de concorrência pelo mercado, havendo, após a adjudicação do objeto licitado, mero cumprimento dos termos do contrato administrativo assinado nos termos do edital antecedente”<sup>26</sup>.

---

aumento da produtividade ou a competitividade; (ii) melhora da qualidade de bens ou serviços; ou (iii) criação de eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico.

<sup>24</sup> Tendo em vista que direitos de concessão são bens intangíveis, sua cessão onerosa pode ser interpretada como uma aquisição de ativos.

<sup>25</sup> Cf. artigo 23 da Lei nº 9.478/1997.

<sup>26</sup> Ato de concentração nº 08012.012400/2011-00, Rel. Cons. Marcos Paulo Veríssimo, aprovado sem restrições em 18 de julho de 2012.

Portanto, percebe-se que, em mercados cuja entrada é precedida por procedimento licitatório, a competição ocorre durante o próprio procedimento de licitação (concorrência *pelo mercado*), não havendo concorrência após essa etapa (ausência de concorrência *no mercado*). O vencedor da licitação obtém o direito de explorar a concessão em um ambiente sem concorrência, sujeito aos termos e condições contidos no contrato de concessão e à regulação setorial. Consequentemente, do ponto de vista concorrencial, o momento crucial para garantir a existência de competição é a própria licitação, sendo irrelevantes eventuais atos ocorridos após o procedimento licitatório.

No caso de cessão de direitos de concessão, o cessionário deve atender a todas as “exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”, assim como comprometer-se a “cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”<sup>27</sup>. Deste modo, as cessões de direitos de concessão não promovem qualquer mudança na dinâmica concorrencial do mercado, sendo concorrencialmente neutras (*i.e.*, não produzem efeitos negativos ou positivos). O *status quo*, estabelecido pelo contrato de concessão, é mantido, preservando-se todos os seus termos e condições concorrencialmente relevantes.

### 3.2. O posicionamento da ANP

No dia 5 de abril de 2013, a ANP encaminhou o Ofício Circular nº 003/2013/SEP a todos os concessionários de direitos de E&P do Brasil, informando-lhes acerca da obrigação de obter aprovação do CADE para efetivar operações de cessão de direitos e obrigações referentes aos seus contratos de concessão. Desse modo, a agência entendeu que o parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial, embora tenha isentado de notificação concorrencial os consórcios, *joint ventures* e contratos associativos formados para procedimentos licitatórios, não estendeu a isenção às cessões de direitos de concessão. A ANP considerou que a expressão “contratos decorrentes” do procedimento licitatório, utilizada no mencionado dispositivo, diz respeito somente ao contrato de concessão em si e outros contratos relacionados, como o contrato associativo, de consórcio ou de *joint venture*<sup>28</sup>.

Subsequentemente, no dia 9 de maio de 2013, a ANP publicou estudo intitulado “Comentários Relativos à Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão à Luz da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)” (PEDRA; ESTEVES, 2013),

---

<sup>27</sup> Cf. parágrafo 1º do artigo 27 da Lei nº 8.987/1995.

<sup>28</sup> Por exemplo, o contrato de consórcio, de *joint venture* ou de associação.



explicitando o racional da agência para envio do Ofício Circular. A elaboração do documento foi motivada pelos diversos pedidos de esclarecimento referentes à exigência da ANP de que os procedimentos de cessão de direitos de E&P junto à autarquia fossem instruídos, dentre outros documentos e informações, pela aprovação do CADE ou declaração de que as partes envolvidas na operação não atendem aos critérios de faturamento mínimo da Lei Concorrencial.

De acordo com a fundamentação utilizada pela ANP em seu estudo, embora o artigo 90, parágrafo único, da Lei Concorrencial, tenha isentado de notificação os contratos de concessão, o mesmo benefício não foi estendido às modificações na titularidade de tais contratos após a licitação. Desse modo, segundo a ANP, as operações de cessão de direitos de concessão não são decorrentes de licitação e, portanto, não se incluem na isenção de notificação. Tais operações configurariam, na verdade, aquisição de direitos intangíveis, que seria negócio jurídico de notificação obrigatória nos termos do artigo 90, inciso II, da Lei Concorrencial<sup>29</sup>.

Adicionalmente, conforme a fundamentação da autarquia, os contratos de concessão vigentes qualificam como cessão de direitos de E&P as seguintes hipóteses (PEDRA; ESTEVES, 2013, p. 6): (i) transferência total ou parcial de direitos e obrigações decorrentes do contrato de concessão; (ii) fusão, cisão e incorporação das sociedades integrantes de consórcio concessionário; (iii) mudança de operador ou garantidor; e (iv) alteração de composição societária, direta ou indireta, que implique na transferência de controle do concessionário. Segundo a ANP, a única hipótese qualificada pelos contratos de concessão como cessão de direitos de E&P que está isenta de notificação ao CADE é a mudança de operador ou garantidor. Consequentemente, todas as demais operações devem ser submetidas à análise do CADE, caso as partes atendam aos critérios de faturamento mínimo da Lei Concorrencial, não estando nenhuma delas abarcadas pela isenção do artigo 90, parágrafo único, do referido diploma.

---

<sup>29</sup> “A lei, entretanto, não excepcionou da submissão ao Cade, na qualidade de atos de concentração, as operações que envolvam modificação na titularidade de tais contratos [de concessão] após sua assinatura, tais como cessões de direitos de qualquer natureza que tenham os mesmos por objeto. Isto porque cessões de direito não são operações decorrentes da licitação pública em si, mas operações independentes, que envolvem modificação na titularidade de tais contratos após sua assinatura. O enquadramento das cessões de direito como atos de concentração, passíveis de submissão ao Cade desde que verificados os critérios de faturamento do art. 88, I e II, decorre do fato de tais operações enquadrarem-se na hipótese do art. 90, II (no caso, aquisição de ativos intangíveis), ao passo que o parágrafo único do art. 90 da Lei n.º 12.529/2011 excepciona da hipótese legal apenas os atos de concentração descritos no art. 90, IV (celebração de contrato associativo, consórcio ou joint venture)” (PEDRA; ESTEVES, 2013, pp. 5-6).

Cumprir destacar que a posição da ANP na prática obriga os agentes da indústria de exploração e produção de petróleo e gás a notificar suas operações de cessão de direitos de E&P ao CADE como atos de concentração (desde que atendidos os requisitos de faturamento mínimo), pois a ausência de aprovação do CADE impede o andamento do processo de aprovação regulatória destas operações.

#### **4. A JURISPRUDÊNCIA DO CADE**

A questão da notificação de cessões de direito de E&P passou a ser analisada de forma mais detalhada pelo CADE a partir da entrada em vigor da Lei Concorrencial, em razão da controvérsia sobre a interpretação do parágrafo único do seu artigo 90. Sob a Lei nº 8.884/1994, foram poucos os casos de notificação de cessões de direitos de E&P, provavelmente em razão do caráter genérico e impreciso do artigo 54.

Meses antes da revogação da Lei nº 8.884/1994 pela Lei Concorrencial, o CADE analisou dois casos de cessão de direitos de E&P. Um destes casos foi qualificado pela autarquia como aquisição de participação em *joint venture* contratual<sup>30</sup>, enquanto o outro foi definido como aquisição de participação acionária de *joint venture*<sup>31</sup>. Percebe-se, portanto, que em nenhum deles o CADE logrou êxito em identificar a real natureza das operações em análise, *i.e.*, cessão de direitos de concessão.

A partir da entrada em vigor da Lei Concorrencial, a dúvida sobre a necessidade de notificação de cessão de direitos de E&P deixou de ser relacionada à redação vaga do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994, passando a referir-se à isenção ou não da notificação de tais operações pela nova legislação. Em 25 de janeiro de 2013, a Superintendência-Geral do CADE aprovou a primeira operação de cessão de direitos de E&P sob a Lei Concorrencial<sup>32</sup>. O órgão considerou que a operação não tinha potencial de causar dano competitivo, pois os blocos integrantes da concessão encontravam-se em fase exploratória.

Nos meses seguintes, novos casos de cessão de direitos de E&P foram notificados ao CADE, especialmente após o posicionamento formal da ANP acerca da interpretação do

---

<sup>30</sup> Ato de concentração nº 08012.010312/2011-65, Conselheiro relator Elvino de Carvalho Mendonça, aprovado sem restrições em 14 de março de 2012.

<sup>31</sup> Ato de concentração nº 08012.008374/2011-15, Conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, aprovado sem restrições em 14 de setembro de 2011.

<sup>32</sup> Ato de concentração nº 08700.000374/2013-72, aprovado pela Superintendência-Geral do CADE em 25 de janeiro de 2013.

parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial. Em sua maioria, tais casos foram aprovados sem restrição pela Superintendência-Geral do CADE<sup>33</sup>.

Adicionalmente à questão da possível isenção, operações de cessão de direitos de E&P também tem sido marcadas pela imposição de multas por implementação prematura do negócio jurídico (infração chamada de *gun-jumping*). Conforme já exposto, a Lei Concorrencial determina que operações submetidas à análise do CADE somente podem ser implementadas após a aprovação desta<sup>34</sup>.

Até o momento, o CADE impôs multas de *gun-jumping* em três operações de cessão de direitos de E&P submetidas à sua análise. No ato de concentração nº 08700.005775/2013-19<sup>35</sup>, o CADE entendeu que o instrumento contratual que formalizou a operação permitiu o compartilhamento de informações sensíveis entre as partes e a influência de uma parte sobre a outra<sup>36</sup>, além de não ter previsto a aprovação do CADE como condição suspensiva para implementação da aquisição<sup>37</sup>. Nos atos de concentração nº 08700.008292/2013-76<sup>38</sup> e nº 08700.008289/2013-52<sup>39</sup>, por sua vez, o CADE entendeu que restou configurada a infração de *gun-jumping* em razão do pagamento adiantado do preço de aquisição acordado entre as partes, antes da aprovação concorrencial.

Não obstante, em nenhum dos casos acima, o CADE enfrentou diretamente a questão da obrigatoriedade de notificação de operações de cessão de direitos de E&P. Tal discussão, no entanto, é objeto da consulta nº 08700.000207/2014-02, formulada pelo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (“IBP”), na qual questiona-se a necessidade de notificação deste tipo de negócio jurídico. Adicionalmente, o IBP solicitou sua inclusão, como terceiro interessado, no ato de concentração nº 08700.007899/2013-39, com o intuito de questionar a obrigatoriedade de notificação de cessões de direito de E&P. Os dois casos

---

<sup>33</sup> A título de exemplo, podem-se citar: (i) ato de concentração nº 08700.002851/2013-34, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral do CADE em 25 de abril de 2013; (ii) ato de concentração nº 08700.009364/2013-00, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral do CADE em 19 de novembro de 2013; e (iii) ato de concentração nº 08700.009624/2013-30, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral do CADE em 20 de novembro de 2013.

<sup>34</sup> Artigo 88, parágrafos 3º e 4º, da Lei Concorrencial.

<sup>35</sup> Ato de concentração nº 08700.005775/2013-19, Conselheira relatora Ana de Oliveira Frazão, aprovado mediante celebração de acordo em controle de concentração em 28 de agosto de 2013.

<sup>36</sup> Nesse sentido, vide páginas 2 e 3 do voto proferido pela Conselheira relatora Ana de Oliveira Frazão, páginas 4, 5 e 6 do parecer técnico nº 205 da Superintendência-Geral do CADE e páginas 7 a 10 do parecer nº 182/2013 da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE.

<sup>37</sup> Cf. parágrafo 22 do parecer técnico nº 205 da Superintendência-Geral do CADE.

<sup>38</sup> Ato de concentração nº 08700.008292/2013-76, Conselheiro relator Alessandro Octaviani Luís, aprovado mediante celebração de acordo em controle de concentração em 5 de fevereiro de 2014.

<sup>39</sup> Ato de concentração nº 08700.008289/2013-52, Conselheira relatora Ana de Oliveira Frazão, aprovado mediante celebração de acordo em controle de concentração em 5 de fevereiro de 2014.

ainda estão pendentes de julgamento, mas deverão fornecer um posicionamento firme do CADE sobre o tema em questão.

## **5. AS CESSÕES DE DIREITOS DE E&P E A OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO AO CADE**

Por tudo o que foi até aqui exposto, pode-se afirmar que a controvérsia acerca da obrigatoriedade ou não de notificação ao CADE de cessões de direitos de E&P não deve ser endereçada como uma questão meramente de interpretação semântica de um dispositivo legal. A escolha de impor ou não tal obrigação com relação a operações com baixo potencial de causar prejuízo à concorrência deve ser tratada, antes de tudo, como uma opção de política pública. Assim, cabe ao intérprete atribuir ao parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial o alcance que seja mais favorável ao bem-estar social.

Deste modo, acredita-se que a questão deve ser abordada sob as seguintes perspectivas: (i) benefício, do ponto de vista de uma política pública eficiente, de analisar cessões de direitos de E&P; (ii) alcance da isenção do parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial; e (iii) interpretação sistemática da Lei Concorrencial.

### **5.1. Benefício, do ponto de vista de uma política pública eficiente, de analisar cessões de direitos de E&P.**

Qualquer interpretação que se atribua ao parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial causará impactos na política de defesa da concorrência. Caso decida-se que as cessões de direitos de concessão devem ser notificadas ao CADE, impor-se-á à autarquia e aos agentes econômicos custos decorrentes da análise de tais operações. Por outro lado, é esperado que a escolha – seja pela obrigatoriedade ou não de notificação de cessões de direito de concessão – traga benefícios para a sociedade.

Conforme já exposto ao longo deste estudo, acredita-se que opções que influenciem a aplicação de políticas públicas devem ser avaliadas levando-se em consideração seu resultado líquido no bem-estar social, privilegiando situações Pareto eficientes de acordo com o critério de Kaldor-Hicks. Sob esta perspectiva, “[p]olíticas que piorem o nível de bem-estar dos envolvidos são vistas como eticamente inferiores” e “se determinada distribuição de bens e direitos pode melhorar a situação de todos, ela é necessariamente superior, do ponto de vista ético, a distribuições alternativas” (GOLBERG, 2006, p. 77).

Nesse contexto, viu-se que operações de cessão de direitos de concessão são concorrencialmente neutras. Devido às disposições legais aplicáveis, o cessionário é obrigado a atender aos mesmos padrões de capacidade técnica e financeira do cedente previstos no edital do certame original, além de concordar integralmente com os termos e condições do contrato de concessão. O mesmo se aplica à indústria de exploração e produção de petróleo e gás, na qual a transferência de direitos e obrigações de contratos de concessão só é permitida se preservados seu objeto e condições contratuais e “desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP”<sup>40</sup>.

Na ausência de concorrência *no mercado*, todas as condições concorrenciais relevantes (preço, qualidade, quantidade, investimentos, dentre outras) são estabelecidas no contrato de concessão. Na medida em que o cessionário aceita integralmente e obriga-se a cumprir tais disposições, não há qualquer alteração no ambiente concorrencial.

Assim, do ponto de vista da aplicação de políticas públicas, exigir a notificação de cessões de direitos de E&P ao CADE é uma escolha ineficiente. Ao mesmo tempo em que impõe custos ao CADE decorrentes dos recursos gastos na análise, tal exigência não dá ensejo a qualquer tipo de benefício para o bem-estar social, considerando a neutralidade concorrencial das cessões de direitos de E&P.

Como contraponto ao argumento ora exposto, poder-se-ia argumentar que, em setores regulados sujeitos ao regime de liberdade tarifária – como é o caso do setor de telecomunicações, atendidas certas condições<sup>41</sup> – as cessões de direito de concessão não seriam concorrencialmente neutras. Consequentemente, em razão dos setores sujeitos ao regime de liberdade tarifária, todas as cessões de direitos de concessão deveriam ser analisadas pelo CADE.

Primeiramente, caberia, nesses casos, ponderar se os ganhos decorrentes da análise de cessões de direitos de concessão em setores sujeitos à liberdade tarifária superam as perdas decorrentes da ineficiência da análise em setores não sujeitos a tal regime. Se o resultado líquido for negativo (*i.e.*, os ganhos não forem superiores aos prejuízos), ainda assim a opção pela análise concorrencial das cessões seria considerada ineficiente com base no Ótimo de Pareto de acordo com o critério de Kaldor-Hicks. Não obstante, dada a falta de dados empíricos para subsidiar essa discussão, a questão não será aprofundada por este estudo.

---

<sup>40</sup> Artigo 29 da Lei nº 9.478/1997.

<sup>41</sup> Artigo 104 da Lei nº 9.472/1997: “Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência [Nacional de Telecomunicações] poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária”.

Para lidar com eventuais prejuízos à concorrência com relação a cessões de direitos de concessão em setores regidos pela liberdade tarifária, no entanto, não seria necessária a intervenção do CADE, pois a própria regulação concede aos órgãos competentes ferramentas para coibir abusos de concessionários<sup>42</sup>. Ainda utilizando o exemplo do setor de telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações pode restabelecer o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis, no caso de aumento arbitrários de lucros ou práticas prejudiciais à concorrência<sup>43</sup>.

Desse modo, acredita-se que aplicar a operações de cessão de direitos de concessão – e, especificamente, cessão de direitos de E&P – a obrigação de notificação ao CADE é prejudicial do ponto de vista da implementação de políticas públicas eficientes.

## **5.2. Alcance da isenção do parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial**

O argumento central utilizado pela ANP para justificar a obrigatoriedade de notificação de cessões de direitos de E&P deve-se ao fato de tal operação configurar uma aquisição de ativos intangíveis, modalidade fora do escopo da isenção estabelecida pelo parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial. Adicionalmente, a ANP considera que a expressão “contratos decorrentes” de licitação incluiria tão somente o contrato de concessão e instrumentos contratuais correlatos, como o contrato de consórcio, *joint venture* ou associação. Assim, na interpretação da ANP, há diferença entre a concessão de direitos de E&P para determinado grupo de agentes (momento da assinatura do contrato de concessão) e a alteração posterior na composição do grupo que detém a titularidade de tal concessão.

A concessão de direitos de E&P implica na obrigação de explorar e produzir, em caso de êxito, petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo ao concessionário a propriedade dos recursos naturais extraídos, juntamente com os todos os encargos a eles

---

<sup>42</sup> Neste sentido, o direito concorrencial, em setores regulados, deixa de ser o principal fator a incidir nas relações de concorrência para ser apenas um coadjuvante, cuja aplicação se dá de forma complementar. Isso ocorre em razão de o quadro regulatório fornecer ao órgão regulador competente as ferramentas necessárias para garantir que haja abusos. Calixto Salomão vai além, ao endereçar a possibilidade de a regulação se sobrepor completamente ao direito concorrencial: “[p]ara que o poder regulamentar possa se exercer sem consideração dos princípios concorrenciais é necessário que a competência atribuída ao órgão regulamentar seja extensa o suficiente para excluir a aplicação do direito concorrencial. Isso se verifica quando a lei claramente substitui o sistema concorrencial pela regulamentação, declarando expressamente esse objetivo e/ou oferecendo os meios para tal. Esse último requisito é fundamental. É preciso que a determinação das variáveis fundamentais econômicas (quantidade e preço) seja posta a cargo do órgão regulamentar. Mas não é só. É preciso, também, que haja fiscalização eficaz do cumprimento das regras sobre preços e quantidades estabelecidas pelo órgão regulamentar”(SALOMÃO FILHO, 2013, p. 274).

<sup>43</sup> Artigo 104, parágrafo 2º, da Lei nº 9.472/1997.

relacionados<sup>44</sup>. Similarmente aos contratos de compra e venda, por meio do qual se formalizam as operações de aquisição de ativos previstas na Lei Concorrencial, o contrato de concessão estabelece o compromisso do Estado, proprietário de recursos minerais, em transmitir a propriedade de bens (*e.g.*, petróleo e gás natural) ao concessionário mediante a sua extração<sup>45</sup>.

Muito embora a cessão de direitos de E&P configure uma aquisição de bens intangíveis, o mesmo pode ser dito com relação ao ato de outorga de direitos de E&P aos vencedores da licitação. Por esta razão, pode-se dizer que a concessão de direitos de E&P pela assinatura do contrato de concessão é aquisição originária, enquanto a aquisição por meio de cessão é aquisição derivada.

Consequentemente, se a aquisição originária (concessão) é isenta de aprovação do CADE pela Lei Concorrencial, não há razão para impor tal ônus para o mesmo conjunto de direitos e obrigações em aquisição derivada. Na interpretação do parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial, portanto, deve-se ter em conta o propósito do dispositivo. Assim, cabe reproduzir o entendimento da própria ANP em seu estudo (PEDRA; ESTEVES, 2013, p. 5):

Note-se que a exceção legal tem uma razão de ser: considerando que as operações se destinavam à participação de uma licitação, instrumento que por si só já se destina à introdução de pressões competitivas no mercado objeto do leilão. E, se por um lado, a imposição de exigência de análise prévia para formação de um consórcio destinado à participação de leilões públicos poderia levar à criação de medidas burocráticas desnecessárias (já que dentre os diversos consórcios formados para a participação em uma licitação, apenas um sagra-se vencedor), por outro lado poderia prejudicar o próprio processo competitivo (ao reduzir o número de participantes da licitação). Ainda, uma vez identificado o consórcio vencedor, a exigência de análise por parte do Cade mostrar-se-ia inócua e poderia prejudicar o andamento da licitação (atrasando o processo ou, no limite, inviabilizando sua adjudicação). Assim, o legislador criou uma exceção à regra que exige avaliação prévia do Cade para atos de concentração.

---

<sup>44</sup> Artigo 26 da Lei nº 9.478/1997.

<sup>45</sup> “O concessionário tem os direitos exclusivos de perfuração e produção na área de concessão. Tem também a propriedade dos hidrocarbonetos a partir do ponto de medição, e os direitos de comercialização” (RIBEIRO, 2003, p. 347).

Nota-se que o intuito do parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial foi desburocratizar o procedimento licitatório, tendo em vista que o próprio certame já é suficiente para exercer pressão competitiva sobre seus participantes. Não há razão, portanto, para não estender o mesmo benefício a eventuais alterações de titularidade dos direitos de concessão, tendo em vista que a neutralidade concorrencial da cessão e, ainda, o fato de que o momento no qual efetivamente ocorre a competição pelo mercado foi isentado de notificação. Nas palavras da ANP, a aprovação do CADE para o resultado do certame “mostrar-se-ia inócua e poderia prejudicar o andamento da licitação”. O mesmo argumento, nos mesmos termos, é aplicável às cessões de direitos de E&P.

### **5.3. Interpretação sistemática da Lei Concorrencial**

Ensina Carlos Maximilano que dispositivos legais devem ser interpretados partindo-se da premissa de que “o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito”. Assim, nas palavras do autor, “dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade” (MAXIMILIANO, 2011, p. 135).

Nesse contexto, o parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial deve ser interpretado de forma sistemática, tendo-se em vista os interesses protegidos pela política de defesa da concorrência e os titulares dos direitos protegidos por esta legislação. A aplicação deste dispositivo não pode causar a redução do bem-estar social, em prejuízo à coletividade. A isenção de notificação às *joint ventures*, associações e consórcios formados para fins de licitação, como bem apontou a ANP em seu estudo, tem o objetivo de desburocratizar o processo licitatório e eliminar o custo da intervenção concorrencial, considerada desnecessária neste caso específico. Consequentemente, a isenção representa a crença de que a própria licitação e a regulação aplicável a cada setor seriam capazes de garantir níveis ótimos de concorrência, em prol do bem-estar social.

Não aplicar a mesma interpretação com relação às cessões de direito de E&P, nas quais o descabimento da imposição do custo da aprovação concorrencial é ainda mais evidente, seria atribuir a um dispositivo da Lei Concorrencial sentido diverso ao da legislação de defesa da concorrência. Tal interpretação seria ineficiente e, neste sentido, poderia reduzir o bem-estar social.



## 6. CONCLUSÃO

Desde a promulgação e subsequente entrada em vigor da Lei Concorrencial, a questão sobre a obrigatoriedade ou não de operações de cessão de direitos de E&P tem sido objeto de controvérsia, que opõe posições antagônicas.

De um lado, a ANP entende que tais operações devem ser submetidas à análise concorrencial, pois seriam classificadas como aquisição de ativos, nos termos do inciso II, artigo 90, da Lei Concorrencial. Tal entendimento, até o momento, tem sido corroborado pelo CADE. De outro lado, parte da indústria de exploração e produção de petróleo e gás natural entende que cessões de direitos de concessão estarão incluídas no conceito de “contratos decorrentes de licitação pública”, isentados de notificação pelo parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial.

Por todo o exposto ao longo deste trabalho, entende-se que a interpretação do parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial deve ter em vista os interesses protegidos pelo direito da concorrência. Assim, a política de defesa da concorrência deve buscar a maximização do bem-estar social, privilegiando situações Pareto eficientes sob o critério de Kaldor-Hicks. Em outras palavras, devem-se buscar situações nas quais o resultado líquido para a sociedade seja positivo.

Considerando a particularidade do ambiente concorrencial em mercados sujeitos ao regime de concessão, nos quais a competição se dá *pelo mercado* e não *no mercado*, acredita-se que operações de cessão de direitos de concessão são concorrencialmente neutras. No caso da indústria de exploração e produção de petróleo e gás natural, esta realidade é ainda mais evidente, pois a legislação especial aplicável determina que o cessionário deve atender a todas às exigências técnicas, financeiras e jurídicas aplicáveis ao cedente, além de comprometer-se a cumprir integralmente os termos e condições do contrato de concessão.

Neste sentido, a imposição de obrigatoriedade de notificação ao CADE de operações de cessão de direitos de E&P prejudica o bem-estar social, na medida em que impõe custos e ônus a operações concorrencialmente neutras, sem que, por outro lado, ofereça benefícios suficientes para compensar tais custos. Essa realidade torna-se ainda mais evidente, tendo em vista que o CADE tem, sistematicamente, imposto vultosas multas pecuniárias por supostas infrações de *gun-jumping*.

Portanto, acredita-se que operações de cessão de direitos de E&P estão isentas de notificação ao CADE e não deveriam ser conhecidas pela autarquia, sendo esta a interpretação mais adequada do parágrafo único do artigo 90 da Lei Concorrencial.

## **BIBLIOGRAFIA**

BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Vinícius Marques de *et. al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. **As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei nº 12.529/2011**. Revista do IBRAC, vol. 22, pp. 307-330, julho-dezembro de 2012.

FARREL, Joseph; SHAPIRO, Carl. **Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition**. Disponível em <<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2014.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GOLDBERG, Daniel K. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2006.

HICKS, John. **The Foundations of Welfare Economics**. Economic Journal, vol. 49, nº 196, 1939, pp. 696 a 712.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 3ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2005.

KALDOR, Nicholas. **Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility**. Economic Journal, vol. 49, 1939, nº 195, pp. 549-552.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEDRA, Douglas Pereira; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Comentários Relativos à Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão à Luz da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)**. Coordenadoria de Defesa da Concorrência Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Disponível em <<http://www.anp.gov.br/?dw=65942>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo** – as joint ventures na indústria do petróleo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.