

10

UMA ANÁLISE DA (IN) COMPATIBILIDADE ENTRE O EXERCÍCIO DO *LEVERAGE* REGULATÓRIO E A ATUAÇÃO DO CADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL¹

An analysis of the (in)compatibility between the exercise of regulatory leverage and CADE's role in the defense of competition in Brazil

Carolina Pagotto Trevizo²

Universidade de São Paulo (USP) – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: Agências reguladoras e autoridades concorrenciais possuem uma posição de poder com relação aos regulados e agentes econômicos, vez que têm o poder de controlar o acesso a um mercado específico, alterar comportamentos, proporcionar concessões, etc. Observa-se, pois, a exploração desse *leverage* para atingir outros objetivos/obter vantagens, dentro ou fora da sua competência de atuação, que talvez fosse inviável ou requeresse recorrer a outras ferramentas mais caras ou arriscadas, não fosse a utilização dessa influência.

Objetivo: Analisar em que medida o instituto do *leverage* regulatório do Cade é compatível com a sua atuação na promoção da defesa da concorrência no Brasil.

Método: A pesquisa analisou o uso (ou tentativa) do *leveraging* do Cade mediante aos poderes de *gatekeeper* atrelados as suas atribuições, à luz da teoria dos atos administrativos, especificamente mediante o cumprimento dos requisitos de competência e finalidade do ato administrativo.

Resultados: Identificou-se 3 (três) casos em que o Cade utilizou (ou tentou utilizar) seus poderes de *gatekeeper*, inerentes às suas funções preventivas e repressivas, para obtenção de objetivos adicionais ou mais amplos. Em 1 (um) dos casos, a autarquia atingiu a competência de outra autoridade ao tentar utilizar o poder de *gatekeeper* de imposição unilateral de restrições, visando tão-somente operacionalizar um ato de concentração inviável – mesmo agindo para maximizar um objetivo inerente à defesa da livre concorrência. Já nos outros 2 (dois) casos, o *leverage* regulatório do Cade parece ter sido utilizado de forma correta, pois a autarquia celebrou os acordos no exercício

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 04/01/2023 **Aceito em:** 15/06/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Pós-graduada em Direito Econômico e Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas – SP (FGV). Obtenção de diploma de licence em Droit pela Université Jean Moulin Lyon III. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Membro do Comitê de Contencioso e Arbitragem do IBRAC. Advogada em São Paulo/SP. **E-mail:** caroltrevizo@hotmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1392160673096184>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-8133-8342>.



legítimo da sua competência, e impôs obrigação mais ampla que àquele atribuído à celebração de TCC pela lei concorrencial de forma coerente com as finalidades do antitruste brasileiro.

Conclusões: Como o *leverage* regulatório não é regulamentado, seu uso desgovernado pode transformar o Cade em um executor secundário de um conjunto potencialmente grande de outras leis. Portanto, por ora, seu exercício deve estar aos objetivos do direito antitruste brasileiro (mesmo que os objetivos sejam difusos) e ao escopo de atuação da autarquia de acordo com as suas atribuições, sob pena de incorrer em algum tipo de abuso de poder. Caso haja interesse em expandir seu uso para além da zona de atuação da autarquia, ou visando atingir objetivos alheios àqueles consagrados na legislação concorrencial, é fundamental que sua legitimação se dê de forma expressa.

Palavras-chave: *leverage* regulatório; *gatekeeper*; Cade; Lei nº 12.529/11; vício.

An analysis of the (in)compatibility between the exercise of regulatory leverage and CADE's role in the defense of competition in Brazil

STRUCTURED ABSTRACT

Background: Regulatory agencies and competition authorities have a position of power in relation to the regulated and economic agents, since they have the power to control access to a specific market, change behaviors, grant concessions, etc. It is observed the exploitation of this leverage to achieve other objectives/obtain advantages, within or outside its competence of action, which perhaps would be unfeasible or would require resorting to other more expensive or risky tools, if it were not for the use of this influence.

Objective: To analyze to what extent the exercise of regulatory leverage by CADE is compatible with its role of promoting the antitrust enforcement in Brazil.

Method: The research analyzed the use (or attempt) of CADE's leveraging through its gatekeeper powers associated to its attribution, specifically through the fulfillment of the requirements of competence and purpose of the administrative act.

Results: Three (3) cases were identified in which CADE used (or tried to use) its gatekeeper powers, inherent to its preventive and repressive functions, to obtain additional or broader objectives. In 1 (one) of the cases, the autarchy overstepped the competence of another authority when trying to use the gatekeeper power by imposing unilateral restrictions, with the sole objective of operationalizing an unfeasible merger – despite having acted to maximize an objective inherent in the defense of the free competition. In the other 2 (two) cases, the use of regulatory leverage by CADE seems to have been used correctly, as the autarchy entered into agreements in the legitimate exercise of its competence, and imposed a broader obligation than the one attributed to the execution of a cease-and-desist by the competition law in a manner consistent with the purposes of the Brazilian antitrust.

Conclusions: As the institute of regulatory leverage is unregulated, its ungoverned use can turn CADE into a secondary enforcer of a potentially large set of other laws. Therefore, for the time being, its exercise must stick to the objectives of Brazilian antitrust law (even if the objectives are diffuse) and the scope of action of the autarchy in accordance with its attributions, under penalty

of incurring in some type of abuse of power. If there is an interest in expanding its use beyond the authority's area of operation, or in order to achieve objectives that are unrelated to those enshrined in the antitrust legislation, it is fundamental that its legitimation be given expressly.

Keywords: regulatory leverage; gatekeeper; CADE; Law No. 12.529/11; defect.

Classificação JEL: B15, B25, H70, K21, K23, K33, K42, P50

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Atuação do Cade na Defesa da Concorrência no Brasil*; 2.1. *Legislação e jurisprudência brasileira apontam para uma finalidade plural do direito concorrencial brasileiro*; 2.2. *Vedação à atuação abusiva do Cade*; 3. *O instituto do leverage regulatório e sua aplicabilidade no Direito da Concorrência*; 3.1. *Leveraging entre áreas distintas de um mesmo domínio*; 3.2. *Leveraging entre dois domínios por uma autoridade com múltiplos propósitos*; 3.3. *Leveraging entre dois domínios exercidos por autoridades diferentes*; 3.4. *Leveraging sob o pretexto de “interesse público”*; 4. *A (in)compatibilidade entre o leverage regulatório e a atuação do Cade na defesa da concorrência no Brasil*; 4.1. *Jurisprudência ainda muito incipiente*; 5. *Necessidade de delimitar o exercício do instituto do leverage regulatório no âmbito do Cade*; 6. *Considerações finais*.

I. INTRODUÇÃO

O instituto do *leverage* regulatório tem o potencial de se estabelecer como um instrumento importantíssimo na missão de zelar pela livre concorrência e pelo bem-estar dos mercados.

Muito se fala dos poderes de *gatekeeper* inerentes a algumas entidades reguladoras. Esses poderes podem servir para impor encargos diferentes aos regulados, atingir outros objetivos ou obter vantagens, seja dentro da sua competência de atuação, ou até mesmo em relação a outro domínio normativo, os quais não seriam possíveis de serem impostos ou obtidos mediante regulação direta, ou seriam impostos mediante recursos mais onerosos, não fosse o referido *leverage* da autoridade.

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“Cade”) não é uma agência reguladora da concorrência, mas sim uma autoridade de defesa da concorrência. Todavia, o *leverage* regulatório se aplica ao Cade, vez que também é uma autarquia que possui poderes de *gatekeeper* no desempenho das suas funções preventiva e repressiva às infrações à ordem econômica.

Todavia, o *leveraging* da agência concorrencial brasileira deve ser pensado com cautela, justamente devido à maneira que esse instrumento está delineado hoje em dia, sem regulamentação alguma.

O presente artigo busca, portanto, analisar a compatibilidade ou não do instituto do *leverage* regulatório com a atuação do Cade na promoção da defesa da concorrência no Brasil.



2. ATUAÇÃO DO CADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

2.1 Legislação e jurisprudência brasileira apontam para uma finalidade plural do direito concorrencial brasileiro

Agências de defesa da concorrência ao redor do mundo atuam como instrumento de *enforcement* das finalidades atribuídas ao direito antitruste de cada país, i.e., implementando a sua “agenda antitruste”.

O tema, todavia, é tudo menos simples, na medida em que a finalidade do direito antitruste não é um consenso na literatura especializada sobre teoria econômica, podendo o direito antitruste se prestar a inúmeras finalidades.

A lei estadunidense de defesa da concorrência é um exemplo prático disso. Veja-se que o Sherman Act (1890) foi editado em uma época em que a economia americana sofria grandes transformações, e o cenário econômico, por consequência, era pautado pela competitividade agressiva, altos custos e concentração, o que estimulou a prática de atos questionáveis entre os *players* e abusos ao consumidor. A lei, portanto, foi editada justamente em resposta à formação dos monopólios e os efeitos negativos dessa modalidade de mercado sobre o consumidor (SOUZA, 2006, p. 60).

Ao longo do tempo, contudo, a Suprema Corte norte-americana declarou, em vários precedentes, que o início da defesa da concorrência nos EUA era “multidimensional”, indo além da (i) prevenção da concentração de mercado e proteção da liberdade das empresas de vender bens. Se prestaria também a (ii) proteger o público das falhas de mercado, (iii) proibir práticas que impeçam o acesso de empresas ao mercado, (iv) assegurar igualdade de oportunidades e proteger o público de monopólio e cartéis, etc. (JASPER, 2019, p. 173).

Após esse período inicial de objetivos mais pulverizados, o debate sobre os objetivos do antitruste nos EUA passou a ser mais acalorado e, de certa forma, polarizado. De um lado, alguns economistas e juristas, em grande parte, mas não exclusivamente ligados à Universidade Chicago, defendiam que o direito antitruste deveria pautar-se no bem-estar econômico, entendendo que as normas dirigidas a disciplinar a tutela da concorrência são instrumentos destinados a melhorar a eficiência dos mercados.³ De outro lado, outros vinculam o fundamento do direito antitruste com a Constituição e, portanto, não aceitam sua defesa somente com base na promoção do bem-estar econômico (CORDEIRO; SIGNORELLI, 2020).⁴

Mais recentemente, observou-se um movimento novo, chamado “hipster antitrust”, pautado na ideia de que o qual o moderno antitruste, baseado no critério do bem-estar do consumidor, foi um fracasso em proteger o mercado contra comportamentos anticompetitivos (JASPER, 2019, p. 177). Os seus apoiadores defendem uma política concorrencial mais severa e intervencionista.

No que diz o direito comunitário europeu, é possível depreender do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e de outros que integral o ordenamento jurídico europeu, que a finalidade do seu direito concorrencial também é difusa. Em que pese os principais termos

3 É o caso de Bork (1993), que argumentou que o único propósito da legislação antitruste era maximizar o bem-estar do consumidor (lembrando do equívoco terminológico feito por Bork que, por bem-estar do consumidor, quis dizer bem-estar total, o que é mesmo que dizer eficiência econômica).

4 É o caso dos estudiosos H. Blake e W. Jones (1965, p. 381, tradução nossa), que descreveram o antitruste como “parte integrante da constituição econômica dos Estados Unidos”.

utilizados para descrever o objetivo do direito antitruste serem (i) o “bem-estar do consumidor” (significando, contudo, “excedente do consumidor”) e (ii) a “alocação eficiente de recursos”, similar à “eficiência econômica” do direito americano, a Europa também arrola como alvos secundários do seu direito antitruste (iii) a “concorrência no mercado” e (iv) a “integração do mercado” (JASPER, 2019, p. 177).

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, observa-se que o padrão da multidimensionalidade do direito antitruste no ordenamento jurídico-econômico nacional não destoa das jurisdições americana e europeia. Conforme apontam Castro (2018) e Souza (2006, p. 13), os objetivos do direito antitruste vêm inscritos na ordem econômica nacional.

A defesa da concorrência brasileira é tutelada, no ordenamento jurídico, por mais de uma norma, sendo a de mais relevância, por óbvio, a Constituição Federal. A CF/88 inaugurou uma nova ordem econômica, orientada pelos princípios constitucionais de soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (art. 170, da CF/88). Igualmente, a Carta Magna impôs o combate ao abuso do poder econômico pelo legislador infraconstitucional (art. 173, §4^a, CF/88). O diploma infraconstitucional que mais extensivamente aborda a temática concorrencial é a Lei de Defesa da Concorrência (LDF) – Lei Federal nº 12.529/2011 (versão atualizada da Lei Federal nº 8.844/1994). Esta norma estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre o escopo de atuação do Cade (BRASIL, 2011).

Na procura de algum norte sobre a(s) finalidade(s) do direito antitruste brasileiro na LDC, depara-se, desde logo, com o art. 1 no capítulo denominado “Da Finalidade”, que arrola quatro daqueles princípios constitucionais como orientadores do direito concorrencial brasileiro, (i) livre iniciativa, (ii) livre concorrência, (iii) função social da propriedade e (iv) defesa dos consumidores, bem como replica a determinação de (v) repressão ao abuso de poder econômico.⁵

Ademais, analisando os §§5º e 6º do art. 88 do mesmo diploma, extrai-se como outros objetivos da concorrência no Brasil (vi) o bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e (vii) a eficiência econômica.⁶ Isso porque o Cade é autorizado a aprovar Atos de Concentração (“AC”), que deveriam ser proibidos por violar a livre concorrência, se presentes duas condições cumulativas: (1) alguma das eficiências das alíneas ‘a’ a ‘c’ do inciso I do §6º e, (2) necessariamente, excedente do consumidor.

É por isso que Jasper (2019, p. 181) conclui que a legislação parece indicar “objetivos difusos” do antitruste nacional, i.e., liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores/bem-estar do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico e eficiência.

Interessante que, a partir de uma apuração dos precedentes do Cade, realizada em 2019, o autor vai adiante e afirma que a jurisprudência do Cade não foi capaz de articular, de forma

5 Note-se que, alguns estudiosos fazem críticas à redação desse artigo, vez que, mesmo que esses princípios sejam compreendidos como os objetivos a serem atingidos por meio da implementação da lei (e não apenas como fundamentos), trata-se de conjunto bastante diversos, composto de conceitos fluídos e até, por vezes, conflitantes (JASPER, 2019, p. 180).

6 Art. 88, § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: **a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico** (BRASIL, 2011, grifo nosso).

expressa, um objetivo ou conjunto de finalidades para a defesa da concorrência no Brasil. Dos 13 precedentes localizados que apresentaram aderência ao tema, observou-se uma lista de objetivos difusa: 6 menções ao bem-estar do consumidor, 3 menções para a proteção da concorrência, 3 menções para a proteção dos mercados, 2 menções para eficiência, 2 menções para o bem-estar econômico, e 2 menções para efeitos sociais (JASPER, 2019, p. 188).

Diante desse cenário, concorda-se com o autor que uma maior clareza sobre a(s) finalidade(s) do antitruste brasileiro seria um passo na direção de maior segurança jurídica e estabilidade (JASPER, 2022, p. 112). Todavia, esse artigo não tem o objetivo de perseguir qual é ou quais são os objetivos do direito concorrencial brasileiro. O que se procura, na verdade, é definir minimamente a que se destina a lei antitruste, a fim de analisar se o uso do *leverage* regulatório pelo Cade é, ou à que medida seria, compatível com a sua atuação. Para esse fim, portanto, adotar-se-á o entendimento articulado pelo autor, sobre a finalidade da lei antitruste brasileira se prestar àqueles objetivos difusos acima apontados.⁷

Enfim, cabe mencionar que a finalidade do direito antitruste no Brasil não se confunde com o objetivo do Cade e o seu escopo de atuação. Parte-se do pressuposto que a autarquia concorrencial brasileira atua de forma a concretizar os objetivos estabelecidos na lei, ou seja, garantindo um mercado em que a concorrência não está restringida por agentes econômicos com poder de mercado, com mercadorias e preços acessíveis ao consumidor, reprimindo condutas abusivas (e.g., aumento arbitrário de lucros), etc.

Para tanto, o Cade tem as suas atribuições, meios pelos quais busca alcançar os propósitos pré-estabelecidos pela LDC. Atribuiu-se ao Cade três funções: (i) preventiva, por meio da análise e aprovação *ex ante* de atos de concentração que possam colocar em risco a livre concorrência; (ii) repressiva, pela investigação e sanção de ilícitos concorrenciais com efeitos nocivos à livre concorrência; e (iii) educativa, mediante a disseminação da cultura da livre concorrência (BRASIL, 2021).

A partir da análise das finalidades da lei de defesa da concorrência no Brasil, do objetivo da atuação do Cade e do seu escopo de atuação, passa-se a analisar quando que a atuação da autarquia concorrencial brasileira pode ser considerada abusiva.

2.2. Vedação à atuação abusiva pelo Cade

Quando o Cade desempenha as suas funções no âmbito da sua competência e dos objetivos da lei antitruste, ele nada mais está do que praticando atos administrativos. Isso é verdade, pois, de acordo com a doutrina, “*o ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa*” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 479). Portanto, a atividade do Cade também deve respeitar os elementos constitutivos do ato administrativo. Para fins desse artigo, analisar-se-á apenas os elementos sujeito e finalidade, porquanto são os mais relevantes para fins do *leverage* regulatório.

⁷ Especificamente quanto à livre concorrência, adotar-se-á o entendimento exarado pelo Cade, de que se trata da capacidade de agentes econômicos competirem entre si com certa igualdade e, para tanto, a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agências econômicas com poder de mercado. O Cade vai além e diz qual o resultado esperado em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço: (i) menores preços para os consumidores e (ii) o estímulo à criatividade e à inovação das empresas, que buscam formas eficientes para aumentar os seus lucros (BRASIL, 2016a).

O sujeito do ato administrativo deve ser capaz e ter competência para a prática do ato administrativo, isto é, deve agir mediante atribuição normativa da legitimação para a prática de um determinado ato. A regularidade quanto à competência do agente, portanto, é requisito essencial para a existência e a validade do ato administrativo (JUSTEN FILHO, 2023, p. 535).

Nesse sentido, o Cade só pode atuar mediante as liberdades impostas à autarquia pela LDC (i.e., suas atividades preventiva, repressiva e educativa), por intermédio dos instrumentos dispostos pela letra de lei. Caso pratique atos específicos que vão além da sua competência, extrapola-se sua função. Configura-se, portanto, um vício de competência, modalidade de abuso de poder.

Da mesma forma, o ato administrativo deve cumprir com o requisito da sua finalidade, que é a própria consequência por ele visada. Haja ou não a explicitação da finalidade do ato administrativo, deve haver sempre controle quanto a ela. Quando uma entidade pública se vale de competência de que é titular para realizar função diversa daquela a que se destina tal competência, incorre em desvio de poder/finalidade (JUSTEN FILHO, 2023, p. 550).

Conforme explicado no subcapítulo supra, o Cade opera visando uma multiplicidade de objetivos, quais seja, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores/bem-estar do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico e eficiência.

Tendo em vista esse grande leque de finalidades atrelados à lei antitruste, fica difícil pensar na possibilidade de o Cade atuar visando qualquer outro objetivo específico. Nesse sentido, Carvalho (2021, p. 868) aponta que “*não se vai encontrar, até o momento, uma decisão do Cade em que não tenha sido feito um esforço interpretativo, pelo menos quando não era óbvio o enquadramento, para demonstrar que o arcabouço interpretativo mobilizado não estourada a bolha da PDC [Política de Defesa da Concorrência]*”.

Todavia, no caso de isso acontecer, a autarquia poderá incorrer no vício de abuso de direito por desvio de poder/finalidade.

Como o abuso de poder não é compatível com as regras da legalidade, uma vez constatado o abuso, é necessário repará-lo, mediante revisão administrativa ou penal (CARVALHO FILHO, 2015).

3. O INSTITUTO DO LEVERAGE REGULATÓRIO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

De acordo com o dicionário Houaiss (2002, p. 452), *leverage* diz respeito a “*ação, efeito ou força de uma alavanca; sistema de alavancas; influência, poder*”. Similarmente, o *Black’s Law Dictionary* (GARNER, 2014) define o termo como uma “*vantagem posicional que pode ajudar alguém a obter o que quer de outrem*”.⁸ Com efeito, o termo *leverage* se refere ao ato de uma parte explorar uma posição de poder que detém para obter uma vantagem sobre uma contraparte.⁹

A exploração de vantagem decorrente de posição de poder, por óbvio, é observada em diversos tipos de áreas, inclusive no ramo do Direito. Nesse ramo, por sua vez, o *leverage* pode ser

8 Tradução livre de “[p]ositional advantage that may well help a person get what he or she wants from others [...]”.

9 Tradução livre de “Leveraging” refers to one party exploiting a position of power to gain an advantage over a counterparty” (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1165).



exercido tanto pelo setor privado, quando pelo público.

No âmbito do direito concorrencial, o *leverage* em sua forma privada recebe o nome de “*Private Sector Leveraging*” e ocorre quando um monopolista usa o poder que possui em um mercado para monopolizar outro mercado, através da indução ou encerramento de vendas neste mercado (FELDMAN, 1999, p. 2081). É frequentemente discutido em casos de venda casada (“*tying*”), em que uma empresa passa a vender o Produto A apenas com a condição de que o comprador adquira também o Produto B, ou concorde em não adquirir o Produto C de outro fornecedor (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1165).

Um outro exemplo, bastante em voga atualmente, é o *leverage* dos proprietários de plataformas digitais para se alavancarem em vários mercados online. É o caso da Google que opera o Online Search, um mecanismo de pesquisa geral na internet utilizado por uma proporção significativa das pesquisas dos usuários online do mundo inteiro. Ocorre que ao executar esse mecanismo, a Google também opera em várias linhas de negócios complementares, como serviços de mapeamento (Google Maps), serviços de comparação de compras (Google Shopping), lista de empregos online e serviços de comparação de voos (Google Flights). Seus rivais nesses negócios auxiliares se queixam que a Google aproveita da popularidade do Online Search para obter vantagens competitivas para os seus outros serviços, como, por exemplo, a concessão de exibição em destaque a seus serviços adjacentes em suas páginas de resultados de pesquisa, o que torna os links para os sites rivais menos visíveis para os usuários.¹⁰

O segundo tipo de *leverage* é exercido pelo poder público (“*Public Sector Leveraging*” ou “*Regulatory Leveraging*”, ou *leverage* regulatório), através dos seus poderes de “*gatekeeper*”¹¹, e pode tomar diversas formas.

Os poderes de *gatekeeper* que tornam o *leverage* no setor público possível, a priori, são dois: (1) entidade pública que possui autoridade de aprovação ex ante sobre algo que a entidade regulada dependa (e.g., uma licença para operar em determinado mercado ou lançar determinado produto); e (2) empresas que são obrigadas legalmente a notificar o regulador antes de uma medida contemplada (e.g., uma fusão) (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1166).

Ademais, a literatura especializada não menciona, porém, é possível entender como um outro poder de *gatekeeper* a (3) faculdade da entidade reguladora de celebrar acordos premiados, com empresa investigada por condutas ilícitas, tendo como consequência a suspensão do processo e seu eventual arquivamento, uma vez que as obrigações forem cumpridas.

No que concerne às formas que o *leverage* no setor público pode tomar, Kovacic e Hyman (2016) entendem que se trata de 4 (quatro).

3.1. Leveraging entre áreas distintas de um mesmo domínio

Em primeiro lugar, a autoridade pública pode usar sua posição de poder/influência em

¹⁰ Veja-se que o uso do *leverage* por proprietários de plataformas digitais para a obtenção de vantagens competitivas é vista de formas diferentes entre a Comissão Europeia e o Department of Justice (DoJ). Em 2017, a CE considerou que este comportamento violava o art. 102, do TFUE (v. Council Regulation 1/2003, 2017 (AT.39740)). Em contrapartida, o FTC encerrou uma investigação semelhante em 2013, entendendo que os designs de produtos da Google foram adotados para melhorar a qualidade dos resultados de pesquisa e que qualquer impacto negativo sobre os concorrenciais foi incidental ao propósito de fornecer aos usuários um conteúdo mais rico mais rapidamente (v. FTC File Number 111-0163 (Jan. 3, 2013)) (TODD, 2019).

¹¹ Equivalente ao termo “guardiões” em português.

áreas distintas dentro de um único domínio normativo/político (e.g., o antitruste), para alterar comportamento dos agentes econômicos ou obter concessões.

Como exemplo prático, os autores mencionam o acordo firmado entre o *Federal Trade Commission* – FTC (“FTC”)¹² e a Robert Bosch GmbH (“Bosch”), que concordou em abandonar um antigo pedido cautelar contra a SPX Service Solutions U.S. LLC, para que a empresa licenciasse suas patentes observando o modelo FRAND,¹³ a fim de obter, em contrapartida, aprovação mais rápida da sua fusão com a SPX Service Solutions U.S. LLC (“SPX”) (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1169). O b s e r v e - se que FTC tinha competência para revisar, separadamente, tanto a alegação da suposta conduta anticompetitiva da SPX, sob a Seção 5 do FTC Act, quanto para analisar a fusão submetida para aprovação, sob a Seção 7 do Clayton Act. Todavia, tudo leva a crer que essas duas questões distintas – a antiga, sobre licenciamento, e a mais recente, a fusão – foram resolvidas simultaneamente, como um pacote, vez que foram divulgadas no mesmo *press release* (FTC ORDER..., 2012).

Nesse sentido, é crível que o FTC utilizou da sua influência sob a fusão pretendida pela Bosch, que tinha grande interesse em uma aprovação mais rápida, para resolver também a questão da conduta anticoncorrencial SPX pela recusa de licenciamento de suas patentes sob termos FRAND.

A questão que permanece é: a alegação da Bosch contra da SPX teria sido apurada e resolvida nos mesmos termos e dentro do mesmo prazo se o FTC tivesse lidado com essa questão de forma independente, i.e., se a Bosch não tivesse uma fusão pendente perante o FTC?

3.2. *Leveraging* entre dois domínios por uma autoridade com múltiplos propósitos

Ademais, uma autoridade multifuncional pode exercer seu *leverage* em domínios normativos/políticos distintos dentro de seu portfólio de funções.

É o caso do FTC, que ponderou se poderia utilizar os processos de análise das fusões Google-SoubleClick ou Google-AdMob para incluir uma avaliação da proteção de dados e das políticas de privacidade da Google (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1170).¹⁴

Igual ao caso anterior, o FTC também tinha autoridade legal para ambas as atividades, ou seja, analisar as propostas de fusão da DoubleClick e da AdmMob pelo Google, pelo *Bureau of Competition*, e investigar a proteção de dados e as políticas de privacidade da Google, pelo *Bureau of Consumer Protection*.

O assunto era controverso, principalmente dentro do FTC: enquanto alguns funcionários entendiam que os processos de análise das fusões consistiam na oportunidade perfeita para extrair concessões apropriadas do Google para garantir que os interesses dos consumidores fossem protegidos, outros funcionários levantaram diversas preocupações com o uso desse *leverage*, tal qual o fato de que o real propósito da revisão de fusões e aquisições é identificar e remediar transações que prejudiquem a concorrência, e não servir como um meio de atingir outros objetivos da agência.

12 O FTC é a autoridade encarregada de regulamentar a livre concorrência nos Estados Unidos.

13 FRAND: fair, reasonable and non-discriminatory licensing.

14 Apesar do FTC ser responsável pela análise de atos de concentração, pelo *Bureau of Competition*, e proteção de dados e privacidade, pelo *Bureau of Consumer Protection*, entendeu que não tinha autoridade legal para bloquear as fusões ou condicionar a aprovação por motivos não concorrenciais.

Diante desse cenário, o FTC acabou pendendo para o segundo grupo de funcionários e concluiu que a análise das fusões requeridas não poderia ser usada como pretexto para investigar a proteção de dados e as políticas de privacidade da Google, i.e., as fusões não deveriam ser condicionadas a aprovação por motivos não concorrenciais.¹⁵

3.3 Leveraging entre dois domínios exercidos por autoridades diferentes

Uma terceira forma que o *leverage* regulatório poderia tomar consiste em uma agência usar o poder de *gatekeeper* de outra agência para obter alguma concessão de um agente econômico sujeito à supervisão de ambas as agências.

Esse tipo de influência foi usado pelo Consumer Financial Protection Bureau (“CFPB”), uma agência localizada dentro do Federal Reserve,¹⁶ que aproveitou que a Ally Financial estava buscando aprovação regulatória do próprio Federal Reserve para se converter de uma *holding* bancária para uma *holding* financeira, para forçar um acordo em que a Ally concordou em pagar US\$ 100 milhões e oferecer taxas abaixo do mercado para minoritários (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1172).

Embora o CFPB não tivesse autoridade regulatória sobre instituições financeiras, decidiu investigar se as carteiras de empréstimos de financiadores indiretos, como a Ally Financial, indicavam que as instituições financeiras estavam oferecendo condições menos favoráveis aos tomadores de empréstimos minoritários. Diante desse cenário, o ex-CEO do banco afirma que o CFPB ameaçou atrapalhar os esforços do banco para obter as principais aprovações regulatórias de que precisava se não concordasse em resolver as acusações fora do tribunal (SPERRY, 2016).

O CFPB, portanto, utilizou da necessidade da Ally Financial de obtenção de aprovação regulatória do Federal Reserve como um incentivo para resolver a disputa que tinha com o banco. Não fosse a necessidade da licença da Ally, parece muito improvável que o CFPB teria conseguido, ao mesmo tempo, extrair US\$ 100 milhões e uma mudança comportamental do banco.

3.4 Leveraging sob o pretexto de “interesse público”

E, por fim, uma autoridade pode usar de seu encargo de promotor do “interesse público” para alcançar compromissos que não são autorizados por comandos legais mais específicos.

Sob esse contexto, por exemplo, o Federal Communications Commission – FCC¹⁷ já utilizou, por diversas vezes, processos de revisão de fusões para fazer com que agentes econômicos cumpram com requisitos que não conseguiria impor por meio de regulamentação direta. O FCC utilizou essa estratégia para forçar a Charter Communications a incluir padrões de neutralidade da rede,¹⁸ imposição que não conseguiu sucesso por meio de regulamentação direta (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1176).

15 “The Commissioners further wrote that “as the sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition,” the FTC lacks the legal authority to block the transaction on grounds, or require conditions to this transaction, that do not relate to antitrust.” (FEDERAL TRADE COMMISSION..., 2007).

16 Responsável por controlar a política monetária norte-americana.

17 O FCC é a autoridade responsável por regular as comunicações interestaduais e internacionais por meio de cabo, rádio, televisão, satélite e fio.

18 Mediante acordo com o DoJ e FCC, a Charter concordou em (i) abandonar por um tempo várias práticas comuns da indústria que o governo temia que pudessem ameaçar o crescimento de provedores de vídeo online rivais, como a Netflix; (ii) não impor limites de dados ou cobrar dos clientes de internet de banda larga com base no uso de dados; (iii) expandir seu acesso de banda larga a dois milhões de residência (RAMACHANDRAN; MCKINNON, 2016).

Diante do exposto, a presença dessa influência no âmbito do Direito Antitruste permite que a autoridade concorrencial assegure resultados que talvez não conseguiria de outra forma, dentro de um menor período de tempo, ou que alcance esses resultados sem que precise recorrer a outras ferramentas mais caras ou arriscadas.

4. A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O LEVERAGE REGULATÓRIO E A ATUAÇÃO DO CADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Igualmente à diversas agências reguladoras, o Cade também detém poderes de *gatekeeper* por meio das funções que exerce no escopo da sua atuação de garantir as finalidades da lei antitruste nacional (v. capítulo 2.1).

Especificamente, possui a competência de aprovar *ex ante* atos de concentração que cumprem com os requisitos da lei, às vezes mediante celebração de Acordo em Controle de Concentrações – ACC¹⁹ (o que aumenta ainda mais seu *leverage*), e a faculdade de celebrar acordos com empresas investigadas por práticas de ilícito concorrencial, tendo como consequência o arquivamento do processo.

Por óbvio, consegue-se pensar na possibilidade desses poderes serem utilizados pela autarquia para infiltrar obrigações concorrenciais mais amplas, ou de impor obrigações adicionais aos agentes econômicos, visando objetivos inerentes ou alheios àqueles consagrados na legislação concorrencial, nos contextos de obtenção de aprovação ou de uma aprovação mais rápida de um AC, ou ainda, de arquivamento de alguma investigação para imposição de sanção administrativa.

4.1 Jurisprudência ainda muito incipiente

Conforme ver-se-á abaixo, até o momento, foram poucas as vezes em que o Cade já utilizou, ou tentou utilizar, do seu *leverage* de autarquia concorrencial brasileira por meio de seus poderes de *gatekeeper*, através das suas funções preventivas e repressivas, para atingir outros objetivos além daqueles dispostos na lei antitruste nacional ou obter vantagens.

Cabe, adiante, analisar se o exercício dessa influência foi executado de forma adequada.

4.1.1. ACC negociado na compra da Estácio pela Kroton Educacional

Em 31/08/2016, a notificação de operação de aquisição do controle da Estácio Participações S.A. (“Estácio”) pela Kroton Educacional S.A. (“Kroton”), por meio de uma incorporação de ações, foi submetida para a análise e aprovação do Cade. A possibilidade de fusão das duas maiores empresas de ensino privado, formando uma enorme empresa no setor de educação, com alta concentração do mercado, suscitou preocupações concorrenciais,²⁰ de maneira que foi reprovada pela maioria do Plenário do Tribunal do Cade, na 107ª Sessão Ordinária de Julgamento (“SOJ”).

Note-se, contudo, que as empresas tentaram até o último minuto negociar um ACC com

¹⁹ De acordo com o Guia H do Cade, Acordo em Controle de Concentrações – ACC é um instrumento utilizado em atos de concentração sempre que, mesmo resultando na eliminação da concorrência, restar demonstrado que a imposição de restrições restabelecerá o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica (BRASIL, 2016b).

²⁰ Segundo dados apresentados pelo Cade, a operação resultaria em sobreposições na oferta de cursos superiores de graduação e pós-graduação, na ordem de grandeza de 17% do mercado de educação presencial, e 46% do mercado de educação superior à distância (BRASIL, 2017).



o gabinete da relatora que permitisse a aprovação da operação. O ACC, previsto no art. 125 do Regimento Interno do Cade (“RICADE”),²¹ é um instrumento utilizado para a imposição de remédios que constituem condição necessária para a operação do ato de concentração, os quais podem ser negociados pelas próprias partes interessadas ou designados unilateralmente pelo próprio Tribunal (BRASIL, 2018a).

A proposta de ACC originalmente contemplava remédios estruturais, como desinvestimento de ativos e alienação de marca. Em que pese a relatora estar de acordo com a proposta apresentada, os demais do Conselho entenderam como sendo insuficiente. Isso porque os remédios propostos não endereçavam em magnitude e nem em qualidade o nível de competição suprimido nos mercados relevantes (BRASIL, 2017).²² Os outros conselheiros também refutaram o ACC sob o argumento de que não há eficiências que justifiquem essa operação (BRASIL, 2017).²³

A partir daí as discussões com o gabinete foram interrompidas e a parte relativa à implementação do ACC foi suspensa.

Quando do julgamento do AC, a Relatora Conselheira do caso, Cristiane Alkmin, rejeitou o ACC tal como foi apresentado e argumentou em seu voto pela aprovação da fusão das empresas, com a imposição de (além daqueles remédios estruturais negociados com as requerentes) restrições unilaterais, em sua maioria comportamentais, dentre eles, a criação de metas de resultado para a qualidade do ensino da Kroton por 5 anos.²⁴

Segundo a relatora, os remédios por ela propostos eram não só robustos, na medida em que endereçavam os problemas concorrenciais originados pela fusão entre a Kroton e a Estácio, como também eram eficazes, vez que seriam capazes de diminuir as barreiras à entrada e repassar as eficiências para a sociedade (BRASIL, 2017).²⁵ Esse entendimento, contudo, não foi albergado pelos demais conselheiros, que rejeitaram a sugestão da relatora por maioria.

O intuito desse artigo não é analisar se os remédios propostos de fato conseguiriam solucionar de forma suficiente os problemas concorrenciais apresentados pela fusão. O que se pretende demonstrar aqui é que houve, quando da sugestão da proposta dos referidos remédios unilaterais pela Conselheira, especificamente aquele supramencionado, a pretensão de utilização do poder de *gatekeeper* do Cade da análise *ex ante* de ACs, para atingir um objetivo que, caso não fosse a submissão à análise pelo Cade do AC da fusão Kroton/Estácio e a faculdade do Cade de impor remédios de forma unilateral, dificilmente a autarquia concorrencial teria outra oportunidade de se envolver na qualidade de ensino das empresas.

Em outras palavras, a conselheira visava utilizar o *leverage* do Cade, de imposição de restrições unilaterais, como uma ocasião (e oportunidade) para viabilizar um AC que, mesmo

21 Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações - ACC desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a distribuição do Ato de Concentração ao Conselheiro-Relator (BRASIL, 2020a).

22 Voto-vogal do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, par. 32.

23 Voto-vogal do Conselheiro João Paulo de Resende, par. 124.

24 Os outros remédios são: (i) medidas necessárias para garantir que alunos atuais concluam seus estudos com a marca Anhanguera; (ii) proibição de expansão da Kroton no EAD nos mercados relevantes; (iii) proibição de comprar concorrentes por 5 anos; (iv) publicidade vedada por um ano; (v) vedação de venda para empresa sem experiência no setor de educação; (vi) obrigação de venda de manutenção, e não da mantida; (vii) contratação de um trustee; (viii) manter os níveis de investimentos nos ativos; (ix) consumação da operação apenas após os desinvestimentos. Voto da relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, par. 19, par. 541 (BRASIL, 2017).

25 *Ibidem*, par. 542.

apresentando inúmeros riscos concorrenciais e cujas eventuais eficiências pareciam não compensar todos os problemas, incrementaria a qualidade do ensino do grupo educacional.²⁶ A sua motivação advinha do fato de que a Kroton e a Estácio não estavam bem posicionadas nos indicadores de qualidade ICG e IDD, quando comparadas com outras instituições de ensino superior (BRASIL, 2017).²⁷

O uso dessa influência do Cade fica ainda mais evidente quando a Conselheira declara que, não fosse a submissão (e eventual aprovação) desse AC via imposição de remédios unilaterais, “de outra forma não haveria” a adoção de metas de qualidade pelo grupo educacional. A Conselheira, inclusive, confessa que a sua intenção ao propor tais restrições não era de “salvar a operação”, mas a “certeza de que as restrições seriam muito benéficas para os brasileiros, em especial para os alunos” (BRASIL, 2017).²⁸ Ao seu ver, o Cade “perdeu uma excelente oportunidade para [...] melhorar a vida dos alunos (que teriam a qualidade do ensino garantida, além de outros benefícios) e a dos alunos do ensino fundamental e médio pobres do Estado do Rio de Janeiro” (BRASIL, 2017).²⁹ Ou seja, a conselheira não queria endereçar, por meio dos remédios unilaterais, os problemas identificados decorrentes do AC, mas sim intervir na qualidade de ensino da Kroton.

Dito tudo isso, mesmo que a fusão não tenha sido aprovada pelo Cade, trata-se sim da *genesis* do exercício de *leverage* regulatório pela agência da concorrência brasileira.

O que se propõe adiante é analisar se a pretensão da utilização do *leverage* regulatório do Cade no caso em tela ocorreu de forma correta, ou seja, respeitando a teoria dos atos administrativos, especificamente os requisitos de competência e finalidade. Para tanto, deve-se responder às seguintes perguntas: (1) O Cade tinha competência legal para instituir metas de qualidade às requerentes, mediante imposição unilateral de remédios, mesmo às custas de um AC eivado de vários riscos concorrenciais e, portanto, inviável?; (2) O Cade, quando da pretensão de impor tais metas de qualidade, atuou visando algum do(s) objetivo(s) estipulado(s) na legislação concorrencial?

Veja-se que é possível questionar se o remédio comportamental referente ao compromisso de atendimento de metas de qualidade do curso ou da instituição – mesmo que muito bem-vindo e, com certeza, atrelado à finalidade da LDC de maximizar o bem-estar do consumidor (aluno) e da sociedade de forma geral – está associado ao campo de competência do Cade.

Fica nítido para o leitor a opinião da ex-Conselheira Cristiane Alkmin sobre o assunto: “o órgão antitruste não pode abrir mão de impor metas nos resultados de qualidade destas instituições, se houver a aprovação, pois a operação não pode derivar em perda de qualidade para o aluno (medida por IGC, CI e CC).” (BRASIL, 2017).³⁰

Apesar disso, a instituição isolada (i.e., não inerente à perseguição de eficiências no âmbito de um AC pelo Cade) de metas de qualidade no mercado de educação no Brasil parece ser, na verdade, de competência exclusiva do MEC, extrapolando as competências conferidas ao Cade.

26 “[...] trazer melhorias tangíveis para os alunos, para os professores e para as instalações das suas instituições das suas IES.” Voto da relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, par. 513 (BRASIL, 2017).

27 Ibidem, par. 169.

28 Ibidem, par. 509.

29 Ibidem, par. 515.

30 Ibidem, p. 173.

Ou seja, não caberia ao Cade, no processo de análise de um AC cuja aprovação é desaconselhável, impor às requerentes melhorias no seu sistema de educação. É, na verdade, competência do MEC, mediante suas atribuições, estabelecer essas diretrizes.

Essa preocupação foi, inclusive, trazida pelo Presidente Alexandre Barreto de Souza, em seu voto-vogal, que ao listar suas razões pelas quais os remédios propostos não seriam aceitáveis, aponta que os remédios comportamentais, tal qual a imposição de metas de qualidade de ensino, podem adentrar na esfera da regulação estabelecida pelo Ministério da Educação, cuja efetividade dependeria de uma cooperação interinstitucional (BRASIL, 2017).³¹

Conforme dispõe o site do Ministério da Educação – MEC, o órgão faz parte da Administração Pública federal direta e tem como área de competência a educação em geral, compreendendo todos os seus níveis, e a política nacional de educação (BRASIL, 2020b). De acordo com a Lei nº 13.005/14, que aprovou o Plano Nacional de Educação – PNE, uma das diretrizes estabelecidas é justamente a qualidade da melhoria da educação (inciso IV, art. 2) (BRASIL, 2014). No mesmo diapasão, em conformidade com o Decreto nº 10.195/19, que criou a Estrutura Regimental do MEC, são quatro os níveis hierárquicos, que atuam de forma articulada, na definição de políticas e ações para a ampliação e melhoria da qualidade da educação brasileira.

Para piorar, a própria relatora do caso diz que a meta de qualidade pretendida por ela é uma meta que nem o MEC impõe (BRASIL, 2017).³²

E, mesmo que o Cade tivesse competência para estipular metas de qualidade de ensino, foi entendimento majoritário do Conselho que o AC não estaria apto a aprovação, pois a somatória dos remédios apresentados pelas empresas e dos impostos unilateralmente pela relatora não eram satisfatórios para solucionar as preocupações identificadas, tampouco havia eficiências específicas e verificáveis que poderiam ser repassadas ao consumidor.

Sendo assim, é entendimento da autora desse artigo que, o exercício do *leverage* do Cade no caso analisado incorreu em um vício do ato administrativo de abuso de poder. Como exposto no item 2.2 deste trabalho, o abuso de poder é gênero das espécies excesso de poder (vício de competência) e desvio de finalidade (vício de finalidade). O excesso de poder diz respeito à atuação do agente público sem competência para tanto, seja por sua total ausência, seja por extrapolar os limites da competência que lhe foi legalmente atribuída. Ao passo que o desvio de finalidade trata da autoridade que age dentro dos limites da sua competência, mas o ato não atende ao interesse público, ferindo os objetivos pretendidos pela norma legal (SOUZA, 2005, p. 212).

O Cade, representado pela relatora Conselheira, invadiu a competência do MEC quando, deixando complementemente de lado o objetivo do ACC de viabilizar a aprovação do AC, agiu tão-somente no intuito de fomentar a qualidade da educação no país ao estipular metas de qualidade às requerentes do caso concreto – mesmo que a medida fosse aumentar o bem-estar do consumidor e, pois, estava atrelada aos objetivos que se entendem perseguidos pela legislação concorrencial nacional.

Sendo assim, apesar da relatora Conselheira ter agido corretamente ao utilizar o poder de *gatekeeper* do Cade para impor remédios via imposição unilateral de restrições a fim de atingir uma das finalidades da lei antitruste brasileira – maximização do bem-estar do consumidor –,

31 Voto do Presidente Alexandre Barreto de Souza, par. 13.

32 Voto da relatora Conselheira-relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, par. 512.

extrapolou os limites da sua competência, e esbarrou na competência do MEC e, pois, incorreu em uma das formas de abuso de poder (excesso de poder).

4.1.2. Celebração de TCCs entre CADE e Petrobras para venda de refinaria de petróleo e de ativos no mercado de gás natural

O uso do *leveraging* do Cade é ainda mais evidente no contexto dos inquéritos instaurados em 2019, para apurar eventual abuso de posição dominante e discriminação de concorrentes por parte da Petrobras nos mercados nacionais de refino de petróleo e de gás natural.

No primeiro caso, uma investigação foi instaurada a fim de avaliar se a política de preços para gasolina e óleo diesel adotada pela companhia, para alinhar os preços domésticos com as movimentações no mercado internacional e atrair empresas parceiras a partir de 2016 (“Nova Política de Preços”), de alguma forma feria a LDC. No segundo caso, a investigação foi necessária para apurar descontos unilaterais sobre o preço do gás que estariam gerando supostas vantagens competitivas a sua subsidiária Gás Brasileiro Distribuidora S.A, em detrimento da Comgás (BRASIL, 2019b).

No âmbito desses processos, a Petrobras propôs a celebração de Termos de Compromisso de Cessação de Prática – TCC para encerrar essas investigação, mediante o comprometimento da própria companhia de privatizar cerca de 50% de seu parque de refino, na forma da venda integral de 8 unidades produtivas (execução de desinvestimento voluntário) (BRASIL, 2019a), com sua concordância com a regra que vedou a compra desses ativos em conjunto por um mesmo comprador ou por empresas do mesmo grupo econômico,³³ bem como vender diversas transportadoras de gás, bem como alienar sua participação acionária indireta em companhias distribuidoras.³⁴

O Plenário do Tribunal do Cade homologou ambos os acordos na 144ª SOJ (11/06/2019), apesar dos votos pela não homologação do Requerimento de TCC referente à investigação no mercado de refino de petróleo, proferidos pelos Conselheiros João Paulo de Resende e Paula Farani de Azevedo Silveira.

Na celebração desses acordos, o Cade, ao contrário do caso anteriormente citado em que houve uma tentativa, logrou êxito em fazer uso do seu *leverage* regulatório.

Como visto anteriormente, a LDC atribuiu à autoridade concorrencial brasileira uma posição de *gatekeeper*. Dentre outros, estipulou no seu art. 85, a faculdade do Cade de, mediante um critério de oportunidade e conveniência, caso entender que o compromisso atende aos interesses protegidos na lei, celebrar TCC para cessar (i) prática sob investigação ou (ii) dos seus efeitos lesivos.³⁵ Nesse sentido, reafirma-se a força repressiva do Cade, fazendo cessar condutas anticoncorrenciais, e, há o recolhimento de expressivos volumes monetários a partir desse tipo de acordo, à título de reparação de danos. Ao mesmo tempo, para o infrator, suspende-se a tramitação do procedimento instaurado contra ele, que poderia trazer a ele condenação final muito maior que

33 TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Cláusula 4.2.

34 TCC “Petrobras/gás natural”, Cláusula 2.1.

35 Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado **compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos**, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei (BRASIL, 2011, grifo nosso).

a contribuição pecuniária do TCC, sem contar o prejuízo a sua imagem.

Nos referidos casos, o que se viu na prática, portanto, foi a utilização pelo Cade dessa sua aptidão de poder arquivar as investigações contra a Petrobras, empresa investigada por suposta prática de infração à ordem econômica, mediante celebração de TCCs. Todavia, os acordos não foram firmados com o objetivo delineado no art. 85 da LDC, ou seja, de cessar a prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos. Na verdade, o intuito por trás da celebração do acordo pelo órgão foi de viabilizar um objetivo concorrencial mais amplo, qual seja, uma agenda de abertura concorrencial nos setores de refino de petróleo e de gás natural e impedir a ocorrência futura dos mesmos fatos investigados.^{36,37}

O Cade viu, pois, uma oportunidade de endereçar, de forma célere, as principais questões apontadas como problemáticas em várias investigações conduzidas pela autarquia, principalmente em relação à baixa disputa e baixa atratividade nos mercados de refino e gás natural (decorrente do monopólio desenvolvido naturalmente pela Petrobras), para melhorar as condições concorrenciais na cadeia como um todo.

Veja-se que, esta medida tem respaldo técnico nos autos do Cade. A Nota Técnica nº 37/2018/DEE, elaborada pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade ao Grupo Técnico CADE/ANP de trabalho para debater os setores de combustíveis, analisou a estrutura do mercado de refino com foco nos desinvestimentos propostos e concluiu que tamanha concentração de mercado pela Petrobras facilita a manipulação de preços e, por consequência, são bem-vindas as iniciativas de desinvestimentos da Petrobras, com a inclusão de sugestões pontuais (BRASIL, 2018b).

No que tange, todavia, à adequação ou inadequação do exercício do *leverage* pelo Cade nesses casos, a discussão é mais complexa do que no caso anterior. Para abrir o debate, imprescindível mencionar que a celebração desses TCCs entre o Cade e a Petrobras repercutiram muito no mundo jurídico. O primeiro TCC, inclusive, foi alvo de ação popular (processo nº 1045614-30.2020.4.01.3400), que tramita na 16ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, cujo objetivo é a declaração de nulidade do acordo, na medida em que diversos dos seus pontos teriam exorbitado as competências e atribuições das partes (DISTRITO FEDERAL, 2022).

A começar pelas críticas dos próprios membros do Conselho, o Conselheiro João Paulo de Resende questionou: (i) que o TCC foi o resultado de uma decisão do governo e da Petrobras de privatizar cerca de 50% da sua capacidade de refinamento, e não devido a um acordo firmado entre os mesmos resultante de uma investigação; (ii) que o processo investigativo ainda se encontrava em estágio bastante inicial, tendo avançado pouco sobre se houve de fato uma conduta e se essa seria considerada uma infração concorrencial; (iii) se poderia o Cade abrir um processo investigativo contra empresa monopolista e, sem definir o mercado relevante, demandar a adoção de uma série de desinvestimento para introduzir a concorrência no setor; e (iv) que o Cade não examinou a questão de fundo sobre a prática de preço predatório, significando que as partes que se sentiram lesadas pela conduta não teriam respostas sobre a existência das mesmas e de seus

36 “[...] propiciar condições concorrenciais, incentivando a entrada de novos agentes econômicos no mercado de refino [...]” (TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Cláusula 1. Do objeto e da Abrangência).

37 “[...] preservar e proteger as condições concorrenciais no mercado brasileiro de gás [...], visando à abertura do mercado brasileiro de gás natural, incentivando a entrada de novos agentes econômicos no mercado de gás natural [...]” (TCC “Petrobras/gás natural”, Cláusula 1. Do objeto e da Abrangência)

efeitos. Já a Conselheira Paula Azevedo frisou que o TCC foi celebrado sem que fosse imputada uma conduta ilícita por parte da Petrobras,³⁸ incidindo em dois vícios: (i) de competência e (ii) o de finalidade.

No que concerne o vício de competência, argumenta-se que, de acordo com os contornos da defesa da concorrência no Brasil dispostos pelos art. 1 e 36, da LDC, em consonância com os art. 170 e 173, §4º, da CF/88, o Cade só poderia intervir quando houver indícios claros de abuso de poder econômico. Nesse sentido, a legislação concorrencial brasileira não permitiria o exercício do papel repressivo da autarquia sem um ato manifestado pela Petrobras que poderia vir a ser tipificado como uma infração à ordem econômica. Portanto, ausente a conduta lesiva, a celebração do TCC teria incorrido em um vício de competência.

Já com relação ao vício de finalidade, argumenta-se que os TCCs não tiveram como objetivo a cessação de qualquer prática ou de seus efeitos lesivos, até porque não havia prática imputada, mas apenas “poder econômico” ou “estrutura de mercado” sob investigação (BRASIL, 2019a). Portanto, os acordos, que tiveram como objetivo “apenas” propiciar condições concorrenciais no mercado de refino e de gás natural, incentivando a entrada de novos agentes econômicos, teriam distorcido a finalidade do art. 85 da LDC, incorrendo em vício de finalidade.

A decisão de homologação também foi alvo de impugnações de instituições do setor. É o caso, por exemplo, da Associação Brasileira dos Importadores de Combustíveis – ABICOM que embargou a decisão que deferiu o TCC referente ao setor de refino. Dentre as suas insatisfações, estão: (i) a omissão do TCC de ter se referido à ampliação da concorrência apenas ao mercado de refino, todavia sem mencionar nenhuma medida que efetivamente ampliasse a concorrência no mercado de comercialização de combustíveis; (ii) a incerteza de qual medida seria pró-competição no mercado que efetivamente se logrou êxito, pois devido à distribuição geográfica das refinarias existentes, os desinvestimentos não solucionam plenamente a questão do monopólio do refino, já que nos modais em que o atendimento é dutoviário, os desinvestimentos caracterizam-se apenas pela troca de agente econômico; (iii) a não instituição de ações de efeito imediato que possam garantir a concorrência do mercado de comercialização; e (iv) qual seria a forma de cumprimento e de avaliação do cumprimento quanto à “transparência de preços da Petrobras”, para garantir a sua efetiva fiscalização e avaliação quanto as práticas anticompetitivas.³⁹

E não se pode deixar de mencionar as críticas à homologação dos TCCs desferidas pela doutrina. Além das considerações trazidas acima, a sua natureza atípica suscitou preocupações do ponto de vista jurídico e reputacional da política nacional de concorrência: (i) a “desconstitucionalização” do direito da concorrência;⁴⁰ o CADE teria ignorado os limites legais de sua atuação, na medida em que instaurou investigação e celebrou TCC sem indícios de conduta abusiva atribuída à Petrobras. O problema decorrente disso um maior afastamento do CADE da Constituição, suscitando um maior o risco envolvimento judicial e revisão das decisões do CADE (CABRAL, 2020, p. 722).

38 “O Inquérito Administrativo não imputou uma conduta ilícita por parte da PETROBRAS e que esta Companhia, com a assinatura deste Termo de Compromisso, não está reconhecendo a prática de qualquer ato ilícito” (TCC “Petrobras/refino de petróleo”); “Os procedimentos Administrativos não imputaram uma conduta específica por parte da PETROBRAS e que esta Companhia, com a assinatura deste TCC, não está reconhecendo a prática de qualquer ato ilícito.” (TCC “Petrobras/gás natural”).

39 TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Embargos de Declaração da ABICOM (Sei 0630475).

40 De acordo com Luis Fernando Schuartz, um dos precursores do assunto, a desconstitucionalização do direito da defesa da concorrência decorre da existência de um direito e uma política concorrencial mais influenciada por teorias econômicas *mainstream* do que pela própria Constituição, estatutos jurídicos ou precedentes (CABRAL, 2020, p. 722).

Um (ii) segundo ponto relevante é o da “instrumentalização” do CADE pelas agendas econômicas dos governos. Em que pese tratar-se de entidade técnica e independente, foi utilizada para dar “legitimidade técnica” à decisão política e ideológica do Governo Federal à época de privatização das empresas estatais. Com isso, corre-se o risco de a agenda da autoridade concorrencial brasileira ser instrumentalizada sempre por agenda ideológica específica, atinente ao governo vigente à época (CABRAL, 2020, p. 723). Essa preocupação é verdadeira, principalmente levando em consideração que, o atual governo, anunciou sua intenção de rever os referidos acordos, deixando claro sua estratégia para empresas envolve paralisar as vendas de ativos (ARBEX; SAMOR, 2023).

Em terceiro lugar, na mesma linha que uma das críticas do Conselheiro João Paulo de Resende, (iii) esse caso revela-se um poderoso precedente que abre possibilidades de atuação excessiva do Cade, gerando insegurança jurídica aos agentes econômicos que, embora não necessariamente pratiquem conduta anticompetitiva, detenham posição dominante e, portanto, sejam obrigadas a negociar desinvestimentos desproporcionais (CABRAL, 2020, p. 724).

Em que pese as críticas desferidas aos acordos, o Presidente do Cade à época, Alexandre Barreto de Souza, justifica a manutenção da sua celebração. De início ele argumenta que, (i) a instauração das investigações se justificaria por uma situação atípica: se vislumbrou evidências suficientes para a instauração de investigação administrativa, cuja decisão foi apoiada por estudo do Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”), que esclarece que as diversas infrações já sendo investigadas pelo CADE (recusa de venda, price squeeze, uso de cláusulas abusivas) podem decorrer de uma conjuntura problemática nos setores, e que as investigações pontuais poderiam deixar o órgão míope para a solução efetiva do problema. O CADE tem o poder-dever de instaurar procedimentos para apurar indícios de infração. A certeza de uma infração ocorre apenas no final do processo, mas a possibilidade de celebrar TCC é disponibilizada em qualquer fase processual.⁴¹

Ademais, o (ii) Cade não poderia negar um acordo que resolveria o problema concorrencial, sob a justificativa de que precisa gerar jurisprudência ou fazer estudo de caso. A decisão célere com solução com efeitos significativos e muito positivos é mais adequada do se buscar uma decisão perfeita, mas que demore. Não o suficiente, para o Cade é irrelevante quais os outros motivos que a Petrobras tinha para fazer o acordo. Bastaria ser eficiente para endereçar os problemas concorrenciais encontrados.⁴²

E, por fim, (iii) o conselheiro entende que o acordo é sim era suficiente para resolver os supostos problemas concorrenciais no mercado de comercialização de combustíveis, na medida em que o remédio adotado, no mercado de refino, reduz consideravelmente o poder de mercado da Petrobras no mercado de comercialização de combustível, e isso foi suficiente para o Tribunal.⁴³

Não bastasse, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (“PFE/Cade”) explica, nos autos da Ação Popular nº 1045614-30.2020.4.01.3400, que não se pode perder de vista que o TCC se assemelha a um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pois não prescinde da presença de uma violação às normas jurídicas para ensejar a celebração dos acordos. Na verdade, a celebração desses instrumentos se justifica a partir de um juízo de discricionariedade da autarquia, desde

41 TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Despacho Presidência nº 132/2019, p. 37/38.

42 Ibidem, par. 41

43 Ibidem, par. 52.

que haja receio ou potencialidade de lesão a um bem jurídico relevante.

Nos casos ora analisados, a decisão de celebrar TCC teria partido de uma conjuntura preocupante de monopólios detidos pela Petrobras em ambos os mercados de refino de petróleo e de transporte e distribuição de gás natural, os quais ensejam situações mais propícias à prática de infrações contra a ordem econômica.

Aliás, o juiz da referida ação popular aderiu às razões da PFE/Cade e julgou improcedente a demanda, na medida em que entendeu que ao Judiciário não cabe controlar a discricionariedade técnica de políticas públicas, e não haveria elementos que pudessem conduzir a nulidade dos atos administrativos praticados pelo Cade (DISTRITO FEDERAL, 2022).

Diante de todo o exposto, a autora tomou a liberdade de esquematizar no quadro abaixo os argumentos articulados a favor e contra a celebração do TCC entre o Cade e a Petrobras nos setores de refino de petróleo e gás natural:

Quadro 1: Argumentos contra e a favor da celebração dos TCCs no âmbito do PA nº 08700.002600/2014-30, IA nº 08700.007130/2015-82 e IA nº 08700.006955/2018-22

Argumentos Contra a celebração dos TCC	Argumentos a favor da celebração do TCC
<ul style="list-style-type: none"> Os IAs estariam em estágio inicial, tendo avançado pouco sobre se houve de fato uma conduta e se essa seria considerada ilícita. 	<ul style="list-style-type: none"> A instauração das investigações se justifica por uma situação atípica: o Cade já investigava diversas supostas infrações pela Petrobras nos mercados envolvidos, o que suscitou a possibilidade de o problema ser da própria conjuntura dos mercados. O Cade tem o poder-dever de apurar indícios de infração. A certeza de uma infração ocorre apenas no final do processo, podendo ser oferecida à parte investigada a possibilidade de celebrar TCC a qualquer momento.
<ul style="list-style-type: none"> O TCC foi resultado de uma decisão do governo e da Petrobras de privatizar capacidade de refinamento. Haveria a “instrumentalização” do Cade pelas agendas econômicas dos governos. 	<ul style="list-style-type: none"> É irrelevante para o CADE os outros motivos que a Petrobras tinha para celebrar TCC. Bastou ao Tribunal que o remédio adotado no mercado de refino induziria uma redução do poder de mercado da Petrobras no mercado de comercialização de combustíveis.
<ul style="list-style-type: none"> Os TCCs ampliaram a concorrência apenas no mercado de refino, e não mencionaram medida efetiva no mercado de comercialização de combustíveis. 	
<ul style="list-style-type: none"> Repercussões para outras empresas que, apesar de serem poder econômico, não abusam da sua posição nos mercados que atuam. 	<ul style="list-style-type: none"> O Cade não poderia negar acordo sob a justificativa de que precisa gerar jurisprudência ou fazer estudo de caso.
<ul style="list-style-type: none"> Vício de competência: de acordo com o §4º do art. 173, da CF/88, o Cade só poderia intervir quando houver indícios claros de abuso de poder econômico, não permitindo o exercício do papel repressivo da autoridade sem um ato que poderia vir a ser considerado infração à ordem econômica. Uma consequência disso é a “desconstitucionalização” do direito da concorrência. 	<ul style="list-style-type: none"> O TCC se assemelha a um TAC, pois não prescinde de uma violação às normas jurídicas para ensejar a celebração do acordo. Basta o receio ou potencialidade de lesão a um bem jurídico relevante. Ao Judiciário, não caberia controlar a discricionariedade técnica de políticas públicas. Tampouco haveria elementos que pudessem conduzir a nulidade dos atos administrativos do Cade.

- Vício de finalidade: violação do art. 85 da LDC, vez que os TCCs não tiveram como objetivo a cessação de qualquer prática ou de seus efeitos lesivos. O objetivo foi propiciar condições concorrenciais nos mercados analisados, incentivando a entrada de novos *players*.

- Partiu-se da preocupação de uma conjuntura preocupante de monopólios detidos pelas Petrobras em ambos os mercados, os quais ensejavam situações propícias à prática de infrações.

A partir da metodologia utilizada no presente artigo, especificamente para fins de verificação da adequação da utilização do *leverage* regulatório pelo Cade quando da celebração desses TCCs, deve-se analisar o cumprimento aos requisitos de competência e finalidade do ato administrativo, mediante a ponderação das seguintes perguntas: (1) O Cade tinha competência legal para celebrar os referidos acordos com a Petrobras visando a imposição de uma obrigação concorrencial mais ampla, no âmbito de sua atribuição repressiva, mesmo sem a imputação de uma conduta ilícita exata por parte da Petrobras? (2) O Cade, quando da celebração desses acordos, atuou visando algum(ns) do(s) objetivo(s) estipulado(s) na legislação concorrencial?

Todas as outras questões, i.e., a repercussão desses casos como precedentes para outras empresas monopolísticas, se os acordos firmados atingiram o resultado a que se prestaram, as motivações da Petrobras para celebrar os acordos etc., não são relevantes para o objetivo do trabalho.

Ora, observando o quadro acima exposto, é possível fazer um esforço argumentativo no sentido de que a utilização do *leverage* nos casos em tela ocorreu tanto de forma correta, quanto de forma abusiva. Todavia, a autora desse artigo pende para o lado da adequação do exercício da influência da autarquia, pelos motivos expostos a seguir.

Em atenção à primeira pergunta, a resposta é afirmativa, por 5 (cinco) motivos. Em (i) primeiro lugar, apesar de não ter sido estipulada uma conduta lesiva exata à Petrobras, o Conselho explica que havia evidências suficientes que insinuavam que, na estrutura dos mercados analisados, a companhia estava praticando atos que poderia configurar infração contra a ordem econômica. A conduta atípica de celebrar o TCC não tendo uma conduta ilícita em mente se justifica em razão de uma situação fática atípica, em razão da preocupação do CADE em fazer uma análise mais abrangente do que o de costume. Nesse sentido, a teoria econômica concorrencial prevê sim a análise de forma agregada da operação.⁴⁴

Forçosamente, poder-se-ia argumentar também que, (ii) em razão da tipicidade das infrações na LDC ser extremamente aberta, haveria um risco de delimitar aprioristicamente quais fatos poderiam ensejar ou não a realização do abuso de posição dominante pela Petrobras no caso em tela.⁴⁵

Ademais, como a própria PFE/Cade pontua, (iii) o Cade tinha a faculdade de celebrar o TCC na medida em que tinha receio de conduta anticoncorrencial da Petrobras nos setores analisados. Esse receio estava consubstanciado nas várias investigações em curso no Cade de práticas isoladas adotadas pela Petrobras, em estudo do DEE, que sugeria que as infrações poderiam decorrer de um todo que é maior do que a soma das partes,⁴⁶ e na premissa doutrinária de que a situação de haver um monopolista num dado segmento será sempre preocupante para a concorrência, vez

⁴⁴ TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Despacho Presidência nº 132/2019, par. 40.

⁴⁵ Argumento trazido pela PFE na ação popular nº 1045614-30.2020.4.01.3400, par. 22.

⁴⁶ *Ibidem*, par. 38.

que a presença de poder econômico enseja oportunidades mais propícias à prática de infrações à ordem econômica.

Além disso, (iv) o Cade também tem discricionariedade técnica para escolher a melhor forma de endereçar o problema concorrencial analisado. Com efeito, o órgão entendeu que seria mais vantajoso cessar a(s) prática(s) imediatamente, ao invés de prosseguir com as investigações que, potencialmente, desembocariam em uma condenação administrativa, que não seria tão vantajosa para a concorrência do que a agenda de desinvestimentos de ativos da Petrobras. Nesse tema, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu que o Poder Judiciário deve deferência às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras, o Cade incluso, devido à expertise técnica e capacidade institucional em questões de regulação econômica da autarquia (BRASIL, 2019c). Em forma de pergunta, qual seria o melhor órgão brasileiro, se não o CADE, para estipular a mais adequada resposta concorrencial aos problemas inerentes aos setores de refino e gás natural?

No que tange à competência do Cade, observa-se, por fim, que (v) não parece haver um conflito entre as competências do Cade e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível – ANP quando da celebração dos TCCs para o desinvestimento de ativos nos mercados de refino e de gás natural.

De forma sucinta, a ANP, instituída pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97), é o órgão público responsável pela (i) regulação das indústrias e do comércio do setor, por meio de normas infralegais; (ii) contratação, mediante a outorga de autorizações para as atividades dos setores regulados e promoção de licitações; e (iii) fiscalização da indústria petrolífera nacional, fazendo cumprir as normas nas atividades dos setores regulados. Especificamente nos setores de refino e processamento, a ANP atua autorizando empresas a construir, operar e ampliar refinarias e instalações de processamento e de armazenamento de gás natural e de produtos líquidos; já nos setores de transporte, movimentação e comercialização, tem a incumbência de regular essas atividades (BRASIL, 2023b).

No que concerne a tutela da concorrência no setor por ela regulado, a ANP também possui importante parcela de competência, não afastando, todavia, as competências do CADE e dos demais órgãos do SBDC. Isso porque a Lei de Petróleo não derogou a LDC, mas preservou as competências preventiva e repressiva do Cade, e estabeleceu um papel subsidiário à ANP frente ao Cade.

Nos termos dos artigos 8 e 10 da Lei de Petróleo, estabelece-se a interação entre a ANP e o CADE de duas formas: (i) preventiva: a participação da ANP passou a ser feita, após a instituição do sistema de análise ex ante de Acs, de forma mais objetiva, por meio de respostas a quesitos específicos formulados pelo Cade; e (ii) repressiva: quando a ANP identificar fatos que possam configurar infrações contra a ordem econômica, deve comunicá-los ao Cade para a adoção das medidas cabíveis no âmbito da LDC (BRASIL, 2023a).

A conclusão a que se chega é que a ANP possui um papel muito mais secundário, de fornecimento de dados, realização de estudos, regulamentação e fiscalização de atividades. Além disso, não parece haver impedimentos por parte do Cade de oportunizar eventual reestruturação nos mercados de refino de petróleo e gás natural, no âmbito de controle de condutas, principalmente visando a ampliação da livre concorrência e a atração de investimentos.



Cabe mencionar, ademais, que esses acordos foram negociados mediante esforços de cooperação entre a Petrobras, o Cade e ANP. Essa agência reguladora também deve atuar e tem o interesse em trazer investimentos, aumentar a capacidade de refino no Brasil e reduzir a dependência de importação pelo mercado nacional.

Diante de todo o exposto, é argumentável que o Cade não excedeu os limites a ele impostos pela Constituição e pela legislação concorrencial.

No tocante à segunda pergunta, se a autarquia concorrencial brasileira teria atuado nos limites dos objetivos estipulados pela legislação concorrencial ao celebrar os acordos com a Petrobras visando um objetivo mais amplo que aquele estipulado no art. 85 da LDC, i.e., a cessação de prática anticoncorrencial ou de seus efeitos lesivos, a resposta também é afirmativa.

Da análise dos processos do Cade, foi possível observar que a intenção do Cade ao usar o seu *leverage* regulatório era de colocar em prática uma agenda de abertura concorrencial nos mercados de refino de petróleo e gás natural, por meio do desinvestimento de parte das suas refinarias, transportadoras e distribuidoras de gás.

Com a realização dos desinvestimentos, visava-se a introdução de concorrência no setor nos mercados monopolizados e nos importadores, o que potencialmente levaria (i) à redução de concentração de mercado na oferta dos produtos, (ii) à redução dos preços praticados ao consumidor (maximização do bem-estar do consumidor), em razão da competitividade almejada, e, conseqüentemente, (iii) ao estímulo da demanda. Ademais, a privatização seria benéfica à própria Petrobras que, ao sentir uma força competitiva, teria (iv) incentivo para aumentar sua eficiência e melhor alocar os recursos por parte da estatal, em benefício da sociedade.

Com efeito, não se vislumbrou uma atuação viciada por parte do CADE no exercício do seu *leverage* nos casos em tela. Primeiro, porque os TCCs foram celebrados no exercício legítimo da sua competência, sob um juízo de conveniência e oportunidade. Segundo, porque a autoridade impôs sua influência sobre a Petrobras para estimular um ambiente mais competitivo, acontecimento que provavelmente não atingiria de outra forma. Essa conduta, por sua vez, é coerente com as missões institucionais do Cade de fomento à concorrência e à livre iniciativa, bem como de maximização do bem-estar do consumidor.

5. NECESSIDADE DE DELIMITAR O EXERCÍCIO DO INSTITUTO DO LEVERAGE REGULATÓRIO NO ÂMBITO DO CADE

Os casos do uso do *leverage* no âmbito do Cade ainda são pouquíssimos, não sendo possível estabelecer ainda os contornos que o instituto tomará ao longo do tempo.

Certamente, no entanto, a tendência é que o Cade utilize cada vez mais os poderes de *gatekeeper* que possui para conseguir obter vantagens/objetivos, justamente pela facilidade que possui decorrente da competência de aprovar *ex ante* atos de concentração, às vezes mediante ACC, ou ainda à luz da possibilidade de celebrar acordos com empresas investigadas por prática de ilícito concorrencial, tendo como consequência o arquivamento do processo. É dizer, do ponto de vista político, o *leveraging* que possuem as autoridades públicas é visto como um ativo.

Fica fácil de visualizar o benefício do uso de *leverage* regulatório pelos casos

supramencionados. No primeiro, o Cade tentar usar do seu poder de analisar *ex ante* atos de concentração para ter ingerência no controle de qualidade na educação de empresas com grande influência no mercado de ensino superior no país. Já no segundo e no terceiro, o Cade usa com sucesso sua autoridade de celebrar acordos com empresas investigadas pelas práticas de ilícitos concorrenciais para estimular a concorrência em determinado mercado.

De fato, o *leveraging* pelo Cade pode ser extremamente benéfico. Todavia, do ponto de vista jurisprudencial, ainda não há qualquer controle sobre esse tipo de medida, o que por óbvio acarreta problemas de segurança jurídica. O uso desgovernado desse instituto tem o potencial de transformar o Cade em executor de apoio/suporte de um conjunto potencialmente grande de outras demandas de natureza das mais diversas (ESG, trabalhista, ambientais etc.). Ademais, surge uma preocupação em torno da força que a utilização do *leverage* regulatório pelo Cade pode adquirir como precedente (CARVALHO, 2021, p. 868).

Por esse motivo, faz-se necessário delimitar o uso desse instituto pelo Cade.⁴⁷ Em primeiro lugar, para que a autoridade possa usar amplamente seus poderes de *gatekeeper* para ir além das suas competências legais ou atingir outros objetivos além daqueles estipulados na legislação concorrenciais, o primeiro passo é providenciar uma norma robusta que permita tanto, e que estabeleça em que circunstâncias seu uso faz sentido (e.g., se o *leverage* pode envolver funções apenas do seu próprio portfólio, ou podem ir além da sua zona de autoridade, para atuar no âmbito de outra entidade).

Isso porque, do jeito que esse instrumento se encontra hoje em dia – sem qualquer regulamentação –, a primeira conclusão à qual se chega é que a utilização dessa influência pelo Cade no âmbito da concorrência deve estar restrito aos objetivos do direito antitruste brasileiro (mesmo que os objetivos sejam difusos) e ao escopo de atuação da autarquia de acordo com as suas atribuições, sob pena de incorrer em algum tipo de abuso de poder (e.g., vício de competência ou finalidade). Portanto, caso haja a vontade e/ou necessidade de legitimar o *leveraging* do Cade para além da finalidade da LDC e do âmbito de atuação da própria autoridade brasileira, primordial a edição de uma autorização expressa do legislativo.

Ademais, por ser uma ferramenta ainda muito moderna e pouco utilizada, as autoridades que pretendem utilizá-la, como é o caso do Cade, devem ser bastante explícitas sobre o que estão fazendo no âmbito do *leverage* regulatório. Isso não só irá garantir maior transparência aos processos, como também forçará as autarquias a justificarem o seu uso.

Por fim, recomenda-se, ainda, a prática de revisão *ex post* para analisar a prevalência e os resultados do *leverage* regulatório no âmbito do Cade. Somente assim, saberemos com qual frequência ocorre, as circunstâncias em que ela ocorre e quão eficaz (ou ineficaz) ela realmente é (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1184).

À título de exemplo, seria extremamente importante e benéfico para o CADE continuar sondando a situação dos mercados de refino de petróleo e de gás natural para se atentar se os TCCs celebrados com a Petrobras conquistaram o seu objetivo final – propiciar um mercado pautado na livre concorrência.⁴⁸

47 Por óbvio, o enfoque desse trabalho é a atuação do Cade, todavia, a regulamentação do *leverage* regulatório é importante no contexto de qualquer entidade pública que possui poderes de *gatekeeper*.

48 Vislumbrou-se um aumento na competição nos mercados de refino e de gás natural após a Petrobras vender 2 refinarias – a da Bahia e de Manaus –, reduzindo sua participação de mercado de mais de 85% para 60%, e 1 distribuidora – a

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício do *leverage* regulatório no âmbito do CADE, possível em decorrência dos seus poderes de *gatekeeper*, é compatível com a defesa da concorrência nacional, desde que esteja alinhado com a competência da autoridade concorrencial e objetivos associados à autarquia, atribuídas na legislação.

Essa conclusão decorre do quadro normativo atinente a esse instrumento, que, atualmente, é inexistente. Com efeito, a jurisprudência sobre o *leveraging*, ainda muito incipiente do âmbito do Cade, deve ser analisada à luz da teoria dos atos administrativos, segundo a qual, caso a autarquia da concorrência brasileira extrapole suas competências ou desvie do objetivo estabelecido pela Lei de Defesa da Concorrência, quando do uso dessa ferramenta, então irá esbarrar em vício de legalidade, seja por vício de competência seja por vício de finalidade.

Sendo assim, para que seja viável o seu uso para além da zona de atuação do Cade, ou visando atingir objetivos alheios àqueles consagrados na legislação concorrencial, faz-se fundamental a legitimação do *leverage* regulatório via criação de normas concretas, com conceitos, hipóteses de incidência, transparência e acompanhamento *ex post*.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Pedro; SAMOR, Geraldo. Petrobras negocia com o Cade para preservar monopólio. **Brazil Journal**, Rio de Janeiro, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3JeliXk>. Acesso em: 17 maio 2023.

BLAKE, Harlan M.; JONES, William K. *In defense of antitrust*. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 65, n. 3, p. 377-400, 1965.

BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1993.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Defesa da Concorrência. Brasília**, 17 fev. 2023a. Disponível em: <https://bit.ly/3X4R8LH>. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Institucional**. Brasília, 13 jan. 2023b. Disponível em: <https://bit.ly/3X4R8LH>. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56**. Interessados: Kroton Educacional S.A., Estácio Participações S.A. [...]. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 12/07/2017. não aprovação por maioria. Disponível em: <https://bit.ly/3JcGPQ1>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/3rg3phq>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/3gwRGXi>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise de atos de contração horizontal**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016b. Disponível em: <https://bit.ly/3X4R8LH>.

Gaspetro – e 2 transportadoras – TAG e NTS (ARBEX; SAMOR, 2023).

ly/3odyZKo. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica nº 37/2018/DEE/CADE**, Acordo de Cooperação CADE-ANP – Processo nº 08700.002021/2013-15. Brasília, 5 dez. 2018b. Disponível em: <https://bit.ly/3Xbu9hZ>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regime Interno do Cade**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3Cs4WGq>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.002715/2019-30**. Interessada: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás..A. – Petrobras). Data do julgamento: 10 de julho de 2019a. Celebrado no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.006955/2018-22. Disponível em: <https://bit.ly/3CwprCa>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.003133/2019-7**. Interessada: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. Data do julgamento: 10 de julho de 2019b. Celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30 e do Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82. Disponível em: <https://bit.ly/3NspcyA>. Acesso em: 3 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em 29 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3NERZjj>. Acesso em: 4 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. **Competências**. Brasília, 28 abr. 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/42zwdl2>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. **Serviços de Informações do Brasil**. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Brasília, 12 jul. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/45Y0Svn>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 28 de maio de 2019c. Disponível em: <https://bit.ly/3JeSbTL>. Acesso em: 22 set. 2022.

CABRAL, Mário André Machado. Abuse of dominant position and cease-and-desist agreements: risks to Brazilian competition policy arising from the atypical case of Petrobras' Refineries. **GRUR International**, Colônia, Alemanha, v. 69, n. 7, p. 706-726, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Antitruste Under Pressure: Crises Econômicas e Impactos nas Estratégias de Intervenção. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 98, p. 825-878, abr./jun. 2021, DOI <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5627>.

CASTRO, Bruno Braz de. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n. 2, 2018.

CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-Covid-19. **Jota**, São Paulo, 01 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Pdkeqe>. Acesso em: 30 ago. 2022.



DISTRITO FEDERAL. Seção Judiciária do Distrito Federal. **Ação Popular nº 1045614-30.2020.4.01.3400. 16ª Vara Federal Cível**. Relator: Juiz Marcelo Rebello Pinheiro, DJ 20 jun. 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION Closes Google/DoubleClick Investigation. **Federal Trade Commission. Washington**, 20 dez. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/42GiPLS>. Acesso em: 17 set. 2022.

FELDMAN, Robin Cooper. Defensive Leveraging in Antitrust. **Georgetown Law Journal**, Georgetown, v. 87, 1999.

FTC ORDER Restores Competition in U.S. Market for Equipment Used to Recharge Vehicle Air Conditioning Systems. **Federal Trade Commission**, Washington, 26 nov. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/43F8ykC>. Acesso em: 2 jul. 2022.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 10. ed. Los Angeles: Claitor's Pub Division, 2014.

HOUAISS, Antônio (ed.). **Dicionário Inglês-Português**. Rio de Janeiro: Record, 2002.

JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo tropical: A finalidade do Direito da Concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 171-189, 2019.

JASPER, Eric. 10 anos da lei de defesa da concorrência. [Entrevista cedida a] Flávia Chiquito dos Santos. **10 anos de lei de defesa da concorrência**. São Paulo: IBRAC, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3N9LDqm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda., 2023.

KOVACIC, William E.; HYMAN, David A. Regulatory Leveraging: Problem or Solution? **George Mason Law Review**, Fairfax, Virginia, Estados Unidos, v. 23, n. 5, p. 1163-1186, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3p73rdK>. Acesso em: 30 jul. 2022.

RAMACHANDRAN, Shalini; MCKINNON, John D. Regulators Recommend Approval of Charter-Time Warner Cable Deal. **The Wall Street Journal**, Nova Iorque, 25 abr. 2016. Disponível em: <https://on.wsj.com/42lq06p>. Acesso em: 27 ago. 2022.

SOUZA, Kelly Cristina Mendes. **Direito Antitruste: defesa da concorrência ou políticas econômicas?** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/43EV9cg>. Acesso em: 2 ago. 2022.

SOUZA, Sergio Luiz Ribeiro de. Abuso de Poder. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, 2005.

SPERRY, Paul. Bank CEO Reveals How Obama Administration Shook Him Down. **New York Post**, Nova Iorque, 21 fev. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/440V6aC>. Acesso em: 17 set. 2022.

TODD, Patrick F. Digital Platforms and the Leverage Problem. **Nebraska Law Review**, Lincoln, Nebraska, Estados Unidos, v. 98, n. 2, p. 487-541, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3NtLyPE>. Acesso em: 16 ago. 2022.