

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 3 – maio 2015 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasília, DF.

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Ana de Oliveira Frazão

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Celso Campilongo

Diogo Coutinho

Edmond Schlumberger

Eduardo Frade Rodrigues

Eleanor Fox

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Ivo Gico Junior

Laurence Idot

Marcio de Oliveira Júnior

Paula Forgioni

Paulo Burnier da Silveira

Saulo Casali

Vinicius Marques de Carvalho

William Kovacic

Coordenação Editorial

Vinicius Marques de Carvalho

Paulo Burnier da Silveira

Marcela Mattiuzzo

Correspondência Redatorial

Revista de Defesa da Concorrência

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

CEP 70770504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

Sumário

Apresentação..... iii

I - Atualidades

Programa de Compliance Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro (Guilherme Missali Teno Castilho)5

II – Controle de estruturas

Alocação de slots em aeroportos congestionados: análise econômica dos mecanismos de entrada (Ricardo Sampaio da Silva Fonseca, Caio Cordeiro de Rezende e Thiago Costa Monteiro Caldeira)28

Análise Prévia de Atos de Concentração e a Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão e Partilha de Produção na Indústria do Petróleo (Sanzia Mirelli da Costa Guedes)64

Avaliação ex-post da política de defesa da concorrência: metodologias e aplicações (Carolina Tojal Ramos dos Santos)87

III – Controle de condutas

CADE, Cartéis e Licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira (Tereza Cristine Almeida Braga).....108

Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrencial: do Termo Inicial da Prescrição (Marcelo Rivera dos Santos)133

A Jurisprudência do CADE sobre a Base de Cálculo das Multas Administrativas Aplicadas por Infração à Ordem Econômica: o critério do ramo da atividade (Mariam Tchepurnaya Daychoum)161

IV – Diálogos setoriais

Interação entre direito da propriedade intelectual e direito da concorrência: o instituto das patentes pipeline e seu impacto na concorrência do mercado de antirretrovirais no Brasil (Paula Wardi Drumond Gouvea Lana)181

Regulação da mídia e direito da concorrência no Brasil: a interface entre democracia e concorrência no mercado televisivo brasileiro (Ana Paula Chudzinski Tavassi)206

Apresentação

Neste primeiro semestre do ano de 2015, apresentamos uma nova edição da **Revista de Defesa da Concorrência**, composta por nove artigos, distribuídos em quatro seções, que buscam discutir atualidades, o controle de estruturas, o controle de condutas e questões atinentes a setores específicos da economia.

A publicação dessa edição vem em seguida do reconhecimento do CADE como melhor agência antitruste das Américas no ano de 2014 pela *Global Competition Review* e nada melhor que os trabalhos aqui expostos para demonstrar como de fato muito do resultado positivo que o direito concorrencial brasileiro vem obtendo na esfera internacional decorre da qualidade crescente do material produzido no país que busca debater o tema.

Na primeira seção, temos o artigo “Programa de *Compliance* Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro”, em que o autor busca contextualizar a discussão dos programas de *compliance* concorrenciais no Brasil, estabelecer sua relação com outros instrumentos normativos e também levantar algumas questões que ainda devem ser respondidas pelo ordenamento brasileiro, tendo em conta a experiência internacional, o histórico do CADE e a jurisprudência. De fato, nada mais atual que essa questão, tendo em conta que um “Guia de *Compliance*” está sendo elaborado nesse momento pela autoridade e visa responder precisamente a alguns dos pontos levantados pelo autor.

Já na segunda seção, trazemos três artigos. O primeiro deles trata da alocação de *slots* em aeroportos congestionados. Sob o prisma econômico, os autores alertam sobre a criação de barreiras à entrada, dimensão essencial para a análise concorrencial no controle de estrutura. O segundo artigo aborda um debate bastante recente afeito ao contexto dos atos de concentração: a questão do *gun jumping* – e consequentemente da análise prévia dos atos de concentração. A autora busca tratar do tema no contexto específico dos contratos de concessão ou partilha na indústria petrolífera. Uma escolha bastante pertinente, já que o Guia para Análise Prévia de Atos de Concentração foi lançado há pouco tempo pelo CADE. O terceiro trata da avaliação da política de defesa da concorrência, relativamente a intervenções específicas promovidas em atos

de concentração. A autora debate três métodos utilizados para esse tipo de estudo na esfera internacional, sugerindo sua adoção no Brasil para correta verificação dos efeitos da política pública antitruste.

A seção sobre controle de condutas é composta por mais três artigos. O primeiro discorre sobre o fortalecimento do combate a cartéis no SBDC, especialmente daqueles que ocorrem em licitações, e sobre a necessidade da integração e da união de esforços quando das investigações destas condutas colusivas pelas autoridades. Já o segundo discute um aspecto que tem ganhado maior destaque na doutrina e na jurisprudência brasileiras, qual seja, as ações privadas de ressarcimento civil decorrentes de decisões administrativas na esfera concorrencial. Em específico, o autor pretende tratar do termo inicial de contagem do prazo prescricional para propositura de tais ações, propondo duas interpretações para o disposto no artigo 47 da Lei 12.529/2011. O último artigo trata das multas administrativas, em particular da base de cálculo utilizada pelo CADE em sua jurisprudência, tendo em conta o critério do ramo da atividade na qual o agente econômico alvo da discussão se insere. A análise proposta é tanto quantitativa quanto qualitativa, e procura determinar se há coerência na atuação da autoridade.

Finalmente, na seção “Diálogos setoriais”, trazemos dois artigos que, como o próprio nome indica, tratam da defesa da concorrência em sua interface com a regulação. Nessa edição, os debates são sobre propriedade intelectual e mídia. A autora do primeiro texto faz um estudo sobre a inserção das *pipelines* no ordenamento brasileiro, com ênfase no uso indevido de tal instituto para política pública de saúde, ressaltando o caso dos pacientes portadores do vírus HIV. Já a autora do segundo trabalho ressalta o tema da mídia brasileira sob duas perspectivas, a econômica e a política, mostrando a conexão entre ambas por meio do ângulo concorrencial, sustentando que a regulação do setor traria muitos benefícios à sociedade, notadamente sua maior democratização.

Uma excelente leitura a todos!

Vinicius Marques de Carvalho
Editor-chefe da Revista de Defesa da Concorrência

Programa de *Compliance* Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro

Guilherme Missali Teno Castilho¹

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a traçar as linhas mestras a respeito do programa de *compliance*, notadamente de natureza antitruste, tendo em conta o momento propício para tanto. O tema será abordado de forma ampla, enfocando a atual perspectiva brasileira, de modo a contextualizar importantes questões que interessam à apreciação antitruste. Nessa linha, este trabalho pretende aduzir medidas propositivas e sugestões que, por sua vez, irão descortinar desafios de ordem prática, propiciando visão útil para auxiliar e garantir a aplicação eficiente da política de defesa da concorrência brasileira.

Palavras-chave: Antitruste; *Compliance*; Cultura; Efetividade; Interface; Prevenção; Recompensas.

ABSTRACT

This paper seeks to outline the general overview on compliance program, in particular the antitrust one, given the auspicious moment in that regard. The subject will be addressed broadly, focusing on the current Brazilian standpoint in order to contextualize important issues which matter for the antitrust review. Accordingly, this paper seeks to present propositional measures and suggestions which, in turn, will shed light on practical challenges, providing useful insight to help and secure the efficient enforcement of the Brazilian antitrust policy.

Key-words: Antitrust; Compliance; Culture; Effectiveness; Interface; Prevention; Rewards.

Classificação JEL: K21 – K23 – K42

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado na cidade de São Paulo, nas áreas de Direito Anticorrupção e Direito Concorrencial. Email: guilherme.missali@scbf.com.br.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. *Compliance* em perspectiva 2.1. *Compliance* empresarial 2.2. *Compliance* antitruste 2.3. Estado da arte contemporânea 3. Ordenamento antitruste brasileiro 3.1. *Compliance* importa 3.2. Interface com outros normativos 3.3. Advocacia da concorrência e cooperação 4. Questionamentos propositivos 4.1. O que se esperar no Brasil 4.2. Inferências preliminares na estruturação do PCA 5. Experiência prática 5.1. Panorama histórico e jurisprudência do CADE 6. Considerações finais 7. Referências bibliográficas.

“Antitrust compliance is on the agenda not because of a fear of enforcement, but rather because ethical and compliant business is ‘the right thing to do’” (RILEY, Anne; SOKOL, Daniel D.)

1. Introdução

O conceito de *compliance*² é amplo e apresenta conotação que extrapola as raias jurídicas, sendo a interdisciplinaridade elemento central neste exame. O fator preventivo acoplado ao *compliance* tem despertado interesse crescente dos agentes econômicos³ sobre o assunto, em particular por conta dos riscos aos quais ficam expostos no mercado e a necessidade de gerenciá-los com segurança. Desse modo, à luz da vigilância empresarial, faz sentido a estruturação de programas dinâmicos, aptos a endereçar eficientemente um pacote de mecanismos e diretrizes alinhados à conformidade legal. Ao adotar tal postura, os agentes econômicos estariam, em princípio, no acertado caminho da integridade corporativa, calcada em uma métrica ética e de conformidade. Essa seria, em apertada síntese, a projeção do Programa de *Compliance* (PC) sob a ótica jurídica.

A fim de atingir seu objetivo de forma eficiente, um PC deve idealmente encerrar um agregado de instrumentos que sejam efetivos para prevenir, dissuadir e detectar a ocorrência de ilicitudes. Nesse prisma, um PC robusto é aquele que endereça uma gama de mecanismos de sensibilização e engajamento, ao mesmo tempo em que desencoraja a prática de eventos reprováveis sob o ângulo da licitude, com medidas assertivas para tanto. Daí a necessidade de modular o PC ante a realidade dos fatos ao qual o seu destinatário se insere, considerando um universo de particulares.

² Ante a ausência do termo no vernáculo pátrio, o mesmo, por simples casualidade, será referido como equivalente ao gênero masculino.

³ Para efeitos didáticos e de simplificação, o termo “agente econômico” é assumido neste artigo como intercambiável à “empresa”, abstraindo-se as especificidades técnicas existentes. Quando pertinente para a análise, no entanto, ressalva será feita.

Sob tal perspectiva se assenta este artigo, cujo propósito consiste em traçar as linhas mestras do *compliance* com foco no direito antitruste⁴. No primeiro capítulo será delineado um panorama do fenômeno, para, ato contínuo, focalizá-lo na dimensão antitruste. No segundo capítulo, apontamentos e evidências acerca do Programa de *Compliance* Antitruste (PCA) serão explicitados, à luz da dimensão nacional. O objetivo é ventilar a utilidade do PCA para a política de defesa da concorrência pátria. Em paralelo, serão sublinhadas as interfaces do PCA com outras searas jurídicas, além de chamar a atenção para o papel da advocacia da concorrência e a cooperação no intuito de encorajar discussões sobre o tema.

O terceiro capítulo será, na essência, de natureza propositiva. Na ocasião, intencionase trazer à baila questionamentos e provocações a serem potencialmente enfrentados no Brasil, tendo como referência o desenvolvimento do tema em jurisdições internacionais, que serão decisivos para fins da política antitruste. Ainda, certas inferências iniciais quanto à estruturação do PCA serão postas em relevo. O quarto capítulo ilustrará, concisamente, um panorama histórico da experiência brasileira em *compliance*, com indicação de certos precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre PCA.

No âmbito das considerações finais, em consistência ao exposto, ver-se-á o PCA como um instrumento oportuno para os predicados da política concorrencial. Em conjunto com outras iniciativas, esse programa funciona como fator relevante para prevenir e dissuadir a ocorrência de infrações à ordem econômica, assegurando aplicação mais substantiva da legislação antitruste. Ao revisitar pontos em aberto e questionamentos pré-estabelecidos, este artigo pretende suscitar um debate prático, acompanhado de apontamentos teóricos. O resultado conclusivo é no sentido de que as autoridades concorrenciais devem atuar preventivamente para desencorajar comportamentos anticompetitivos e, assim, evitar punições. Para tanto, o PCA posiciona-se como ferramenta estratégica, cujos incentivos são aqui reportados.

2. *Compliance* em perspectiva

2.1. *Compliance* empresarial

⁴ Este artigo examina o programa de *compliance* corporativo sob o enfoque antitruste (PCA). A Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) reporta consenso geral no sentido de que um autêntico PCA pode ser útil no panorama concorrencial (não obstante discussões sobre como e se eles devem ser recompensados). Ver OECD Policy Roundtables. *Promoting Compliance with Competition Law* (2011). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 11 de nov.2014.

Em linhas gerais, a literatura jurídica⁵ interpreta o *compliance* como sinônimo de postura consentânea à determinada regra, o que traduz uma acepção ampla em termos de cumprimento e observância normativa⁶. No contexto empresarial, o *compliance* pode se manifestar de diversas formas. Uma delas, relativamente usual, consiste em explicitar em instrumentos, tais como códigos, diretrizes, regulamentos, cartilhas, etc., toda sorte de comandos e instruções, cujo fator conformidade/observância é núcleo duro. A inteligência do *compliance* ventila teor preventivo e tem por desiderato último evitar a ocorrência de infrações ao conteúdo que alerta.

Na linha de Tercio Sampaio Ferraz Junior, o *compliance* corporativo seria elemento integrante do sistema de governança corporativa, o qual engloba uma série de controles e auditorias internas, com a gestão de risco e a própria política de *compliance*⁷. Nesse entendimento, o *compliance* emerge como ferramenta central, com vistas a incentivar um ambiente corporativo ético, legalmente sustentável e socialmente responsável⁸. Como tal, o mesmo é percebido como elemento que catalisa e difunde a cultura da integridade, e gera frutos positivos para diversas searas, sejam ou não de natureza jurídica.

2.2. Compliance antitruste

No direito da concorrência, o *compliance* adquiriu contornos mais firmes nos últimos anos, impulsionado pela conscientização dos agentes econômicos no que tange aos malefícios

⁵ Há diversos campos do conhecimento que apreciam o fenômeno. Em geral, na ótica jurídica, o estudo do *compliance* foca no grau de adesão dos destinatários da norma nos processos de atuação e na análise de obediência dos parâmetros legais por ela instituídos. Por esse viés, o enfoque não reside no fator implementação e eficiência em si. Tal poderia vir por meio do comprometimento robusto dos destinatários. Ver GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de Relativização do Nemo *Tenetur se Detegere*: Cultura do Controle e Política Criminal Atuarial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 07 de abr.2015.

⁶ Cf. Vogel: “*Compliance* é um conceito que provém da economia e que foi introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas, não necessariamente de natureza jurídica”. Ver Pierpaolo Cruz Bottini. O que é *compliance* no âmbito do Direito Penal? *Consultor Jurídico*, 30 de abr.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em: 23 de ago.2014. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini, “dada a infinidade e complexidade de normas regulatórias para as mais diferentes atividades, empresas e instituições desenvolveram setores voltados única e exclusivamente para tal finalidade: assegurar que as regras a elas destinadas sejam cumpridas, evitando-se problemas jurídicos e de imagem”.

⁷ Ver FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Todos ganham com o *compliance*. *CNEP em Revista - Conselho Executivo das Normas-Padrão*. Ano 10, n.º. 39, Junho 2014, p. 26-27. Disponível em: <http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

⁸ Ver BAER, Miriam Hechler. Governing Corporate Compliance. *Boston College Law Review*. Vol. 50, No. 1, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1474291>. Acesso em: 05 de out.2014.

de condutas anticompetitivas e as respectivas estratégias para evitá-las e combatê-las. Uma gama de ferramenta veio a relevo, merecendo nota, em particular, o PCA.

No que concerne à natureza desse programa, aduz Guilherme Favaro Corvo Ribas:

Os programas de *compliance* antitruste, também conhecidos como programas de prevenção a infrações à ordem econômica ou de conformidade à legislação de defesa da concorrência, são adaptações de programas empresariais voltados para prevenir a ocorrência de práticas ilícitas ou inapropriadas no cotidiano de uma determinada empresa ou associação de empresas.⁹ (grifo nosso).

À luz dessa definição, um PCA proativo é aquele que interage com outras dinâmicas. A interdisciplinaridade é característica vital nesse contexto, vislumbrando-se abordagem holística, que promove um terreno fértil de interação com outras áreas jurídicas (e não jurídicas):

As matérias abordadas na dinâmica desses programas variam bastante de acordo com os interesses, as atividades e as práticas das pessoas jurídicas, podendo abranger temas como tributos, meio ambiente, relações com entes públicos, relações de consumo, práticas laborais, operações contábeis e financeiras, política de meios eletrônicos, saúde, segurança, ética e demandas setoriais específicas.¹⁰

Em termos de escopo, simplificadamente, um PCA robusto deve perseguir dois grandes eixos de atuação, a saber, preventivo e repressivo, sendo o eixo educativo desdobramento natural. A visão tradicional pontua a utilidade do PCA no âmbito de condutas anticompetitivas, em particular o cartel. Nada obstante, na esteira das discussões contemporâneas, sugere-se uma abordagem que considere o eixo das estruturas, de sorte a alargar o escopo clássico do tema.

Isso porque, sob a égide do regime de análise prévia instituído pela Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei 12.529/2011 ou Lei de Defesa da Concorrência), o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) conferiu maior ênfase ao *compliance*. Donde, para além de sensibilizar os agentes econômicos na esfera de condutas anticompetitivas, um PCA pode ser igualmente virtuoso para conscientizar sobre violações relacionadas ao *gun jumping*¹¹, por exemplo, com foco nessa vertente.

Em sede de condutas anticompetitivas, a tarefa de se estruturar um PCA com foco em cartel costuma ser menos árdua ao se comparar com os desafios suscitados pelas condutas unilaterais em si. Assumindo-se que, geralmente, há maior clareza quanto a comportamentos

⁹ Ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de Compliance Antitruste. In ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 330. O autor pontua que o foco principal desse tipo de programa é incutir na mentalidade de empresários e funcionários de empresas e associações de classe a relevância de respeitar com rigor os ditames constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa.

¹⁰ Ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Op. cit., p. 330.

¹¹ O *gun jumping* foi disciplinado no âmbito do artigo 88, parágrafos 3º e 4º, da Lei 12.529/2011, complementado pelos artigos 108, parágrafo 2º, e 112, do Regimento Interno do CADE (RICADE).

concertados, os mecanismos de prevenção e dissuasão tendem a ser mais tangíveis para articular o PCA. Além disso, como grande parte da literatura se debruça no PCA sob o ângulo de cartéis, muitos dilemas já foram deslindados, ainda que as reflexões nunca cessem, haja vista os engenhosos arranjos que animam esse ilícito¹².

Em face de condutas unilaterais, porém, o cenário tende a ser mais intrincado. Para ilustrar, não raro a teoria econômica e a doutrina jurídica demonstram perplexidades para diferenciar competição agressiva lícita de um ilícito antitruste propriamente. Com efeito, enfrenta-se uma análise casuística, em que paira ambiente com margem para incerteza. Daí a relevância das diretrizes oficiais da autoridade, com vistas a auxiliar na engenharia do PCA, que funciona, por sua vez, como baluarte para os agentes personalizarem seus mecanismos de prevenção e, assim, facilitar a identificação e controle de riscos¹³. Reflexamente, também seria possível vislumbrar contribuições no sentido de evitar a ocorrência de falsos positivos quando de um PCA sólido e bem difundido.

No âmbito de concentrações, um PCA seria conveniente na medida em que estipularia recomendações e alertas que minorariam as chances de os agentes econômicos consumarem antecipadamente um ato (leia-se, sem o escrutínio do regulador antitruste). Em outras palavras, ao serem estabelecidos, de maneira precisa e com base na hermenêutica oficial, os pontos de preocupação, seria menos crível, *a priori*, que o agente devidamente treinado praticasse um ato que caracterizasse a integração prematura do negócio jurídico, a não ser que deliberadamente.

Outrossim, o *compliance* encontra reverberação no curso dos remédios antitruste. Nesse prisma, verificam-se, no CADE, alguns Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) e Acordos em Controle de Concentração (ACC) que contemplaram o PCA no bojo das medidas negociadas (afora outros instrumentos), conforme referidos oportunamente. Não menos importante, ademais, o acordo de leniência, cuja sinergia com o PCA é absoluta no contexto de combate a cartéis¹⁴. Ora, a leniência desempenha papel de primazia nesse

¹² Ver ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. Speeches. KOLASKY, William J. Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective. *Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute*. San Francisco, CA. July 12, 2002. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.htm>>. Acesso em: 22 de set.2014.

¹³ Nessa linha, um conjunto de cenários deve ser projetado, em particular para fins de modular salvaguardas. Citam-se: (i) o risco de fechamento significativo de mercado à luz da conduta; (ii) a existência de acordo de exclusividade, com abrangência elevada sobre pontos de venda e canais de distribuição; (iii) o fato de uma empresa igualmente eficiente ter a aptidão de reproduzir a política de preços; (iv) a existência de acordos de longo prazo com fornecedores em uma relação encadeada de exclusividade; e (v) a percepção do terceiro e/ou de concorrentes no tocante à política de *compliance* adotada pela empresa.

¹⁴ A leniência facilita as condições para uma imunidade antitruste completa. Nessa ótica, dado um PCA robusto e agressivo anticartel, que estabeleça com clareza e segurança parâmetros para detectá-lo e reportá-lo, denota-se

enfrentamento, de sorte que um PCA efetivo e agressivo anticartel seria recurso extra para tal propósito¹⁵.

2.3. Estado da arte contemporânea

A agenda antitruste mundial acentua a relevância em discutir o *compliance*. Uma série de fatores ratifica o momento propício para tanto, haja vista: (i) aumento do número de denúncias e investigações; (ii) novas tecnologias e sofisticação de técnicas investigativas; (iii) aumento de acordos de leniência; (iv) crescente severidade das sanções aplicadas em casos de condenação; (v) maior conscientização da sociedade civil para práticas anticoncorrenciais; (vi) novas legislações reprimindo com rigor condutas ilícitas, que se inter-relacionam com questões antitruste (e.g. anticorrupção), etc.

Nesse senso de vigilância, o tema adquire maior substrato, convidando-nos a revisitar certos parâmetros e ideais pré-concebidos. Em que pese a abordagem tradicional das autoridades na repressão aos cartéis seja focalizar um *enforcement* baseado em métodos frequentemente estanques na linha ortodoxa, como a combinação de rígidas penalidades e leniência, no atual contexto esse modelo parece não ser suficiente para fins da dissuasão ótima do ilícito¹⁶. Faz sentido, nesse retrato, refletir sobre mecanismos complementares e inovadores para tanto¹⁷. Logo, ante a limitação metodológica que se evidencia, a sugestão de incentivar uma cultura pró *compliance* entre os agentes econômicos é percebida como fator relevante em termos de efetividade do modelo dissuasório¹⁸.

Conforme afirmam Anne Riley e Daniel D. Sokol, o *compliance* antitruste deve estar na agenda não em função do temor de eventual execução, mas porque ética e conformidade

suporte útil à denúncia e, dessa sorte, mais prováveis as reações céleres e combativas. Em adição, filtros quantitativos (*screening*) poderiam ser de enorme préstimo para referida detecção.

¹⁵ Ver AMERICAN BAR ASSOCIATION. Antitrust. MURPHY, Joseph; KOLASKY, William. The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior. Vol. 26, No. 2, Spring 2012. Disponível em: <http://summerconvention.utahbar.org/2014/materials/H2_Cartel%20Compliance%20Programs.pdf>. Acesso em: 05 de out.2014.

¹⁶ Ver WILLS, Wouter P.J. Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement (October 31, 2010). *Journal of Antitrust Enforcement*. Volume 1, Issue 1, April 2012, Forthcoming. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176309>. Acesso em: 10 de jan.2015.

¹⁷ Ver ABRANTES-METZ, Rosa M. Proactive vs Reactive Anti-Cartel Policy: The Role of Empirical Screens (June 25, 2013). *Global Economics Group, LLC*. New York University - Leonard N. Stern School of Business - Department of Economics. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2284740>>. Acesso em: 02 de jan.2015.

¹⁸ Como suporte a esse pensamento, ver RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Antitrust Compliance Programmes – Can Companies and Antitrust Agencies do More? Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 23 de ago.2014.

nos negócios é o certo a se fazer¹⁹. Dito isto, somada a uma realidade que dá sinais de esgotamento, cujo modelo tradicional revela-se insuficiente para atingir eficazmente seus propósitos, o PCA encontra receptividade para se estabelecer.

3. Ordenamento antitruste brasileiro

3.1. Compliance importa

No ordenamento pátrio, é de chamar a atenção o especial contexto no qual o tema se insere. O marco legal se efetivou mais nitidamente com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, não obstante importantes iniciativas que tiveram sua origem na Lei nº. 8.884/1994²⁰ e foram aperfeiçoadas ao longo do tempo. Nesse quadro evolutivo, o SBDC tem sinalizado esforços no combate a condutas anticompetitivas, em particular na repressão de cartéis, que, como sabido, são fatais para a ordem econômica²¹.

Ora, condutas concertadas impactam adversamente a coletividade, dadas inúmeras perdas que ocasionam, tanto da perspectiva do bem-estar do consumidor, quanto em termos de competitividade²². Tal preocupação se agrava em face da dinâmica empresarial contemporânea, complexa e que envolve diversos agentes interagindo em escala global. Nessa atmosfera, pode surgir ambiente que facilita a troca de informações mercadologicamente sensíveis entre concorrentes, de sorte a viabilizar acerto de preços, divisão de mercado, acobertamento de estratégias, etc., com o objetivo último de eliminar a concorrência. Como resultado imediato, prejudica-se o ambiente concorrencial saudável com a fragilização da competição. Sensibilizados, pois, com cartéis cada vez mais engenhosos, organismos e agências internacionais têm enfatizado a utilidade do PCA para esse enfrentamento²³⁻²⁴.

¹⁹ Ver RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Enforcement* (August 25, 2014), p. 45-46. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959>. Acesso em: 02 de out.2014.

²⁰ Por exemplo, a criação da Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC) e as cartilhas da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) sobre cartéis e temas correlatos.

²¹ Ver OECD Reports. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em:< <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 01 de out.2014.

²² Do ponto de vista da empresa, esta se expõe a toda sorte de riscos/danos ao se envolver em práticas concertadas. Por exemplo, (i) multas severas; (ii) prisão de executivos; (iii) despesas com advogados; (iv) ação de indenização privada; (v) investigações na esfera criminal; e (vi) negativa publicidade e distração interna dos negócios.

²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. SNYDER, Brent. Compliance is a Culture, Not Just a Policy. *Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce*. New York, NY, September 9, 2014. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/308494.pdf>>. Acesso em: 20 de set.2014.

Nesse clima de ebulição²⁵, urge desconstruir, *prima facie*, o falacioso argumento que clama por maior severidade na punição. Em verdade, essa abordagem já foi testada, inclusive em outras áreas, e não se revelou frutífera. Deve-se reformular o pensamento que enfatiza na consequência. O cenário ideal seria aquele em que menos práticas anticompetitivas ocorressem²⁶. Em outras palavras, uma forma efetiva de refrear o ilícito seria garantir que ele nunca se iniciasse. Nesse compasso, pois, a racionalidade do PCA genuíno, que, nos termos de Brent Snyder:

um programa de *compliance* realmente bem administrado deve impedir uma empresa de conspirar para fixar preços, fraudar licitações, ou alocar mercados. Programas de *compliance* efetivos devem evitar que o crime se inicie, ou, no mínimo, detectá-lo imediatamente após o seu início. Sem questionamentos, o melhor resultado para a empresa e seus acionistas é nunca estarem sujeitos a investigações versando sobre cartéis internacionais. Um programa de *compliance* antitruste efetivo tem o potencial de ser uma contribuição significativa para esse fim²⁷. (grifos nossos).

Evidente, portanto, a importância de reduzir punições atuando preventivamente. Há nexos nessa visão, vez que assim os danos concorrenciais são diminuídos, com a possibilidade de redução de custos coletivos. O desafio nessa avaliação consiste em delimitar com precisão os limites entre o prevenir e o remediar.

No que tange ao planejamento oficial acerca do PCA, note-se o Plano Estratégico 2013/2016 do CADE (Plano Estratégico), que contemplou a revisão desse programa²⁸. O Plano Plurianual 2012/2015 (PPA) vai ao encontro a tal previsão²⁹. Portanto, dado o suporte normativo sobre a temática, que acopla o PCA a um rol de estratégias governamentais, deduz-se que o tema foi considerado sob um horizonte amplo na agenda da política nacional. Delineiam-se, por corolário, diretrizes voltadas ao planejamento da administração pública, que repercutirão para fins de alocação, viabilização e execução de políticas públicas³⁰.

²⁴ Ver SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement. *Antitrust Law Journal*. Vol. 78, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2079336>. Acesso em: 05 de out.2014.

²⁵ Ver ICC Antitrust Compliance Toolkit. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/competition/icc-antitrust-compliance-toolkit/>>. Acesso em: 19 de set.2014.

²⁶ Ver José Eduardo Cardozo e Vinicius Marques de Carvalho. *Compliance* e defesa da concorrência. *Folha de São Paulo, Opinião*, 18.08.2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/181140-compliance-e-defesa-da-concorrenca.shtml>>. Acesso em: 25 de ago.2014.

²⁷ Ver SNYDER, Brent. Op. cit., p. 1-2. Tradução livre do original.

²⁸ Plano Estratégico do CADE 2013/2016 (versão 1.0). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/CADE%20-%20Plano%20Estrat%C3%A9gico%202013-2016%20-%20vers%C3%A3o%201%200.pdf>>. Acesso em: 10 de set.2014.

²⁹ Plano Plurianual 2012/1015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/PPA.pdf>>. Acesso em: 10 de set. 2014. “Revisão dos programas de leniência e de *compliance*, incentivando a adesão dos agentes econômicos a esses programas com vistas a tornar mais efetiva a prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica”.

³⁰ A nosso ver, no que toca à relação do *compliance* propriamente e o reflexo nas políticas públicas, mais que uma agenda de governo, o tema em apreço merece ser considerado à luz de uma política de Estado, tamanha importância do objetivo maior ao qual está vinculado.

3.2. Interface com outros normativos

A postura de conformidade empresarial influi, em regra, de modo favorável sobre os agentes de mercado. Abstratamente, da perspectiva antitruste, esse fenômeno poderia ser lido de modo análogo à externalidade positiva, com eventual efeito carona que deflagraria “comportamentos de conformidade antitruste” entre os agentes econômicos. Sob tal premissa, no que tange à capilaridade do *compliance* antitruste, delineiam-se abaixo, a título exemplificativo, searas em que se defendem benefícios qualitativos.

Mercado de capitais: à luz de elevados padrões de governança corporativa, a observância à legislação antitruste seria indício de vantagem competitiva aos agentes que transacionam valores mobiliários. Nessa relação de causalidade, as vantagens se concretizariam mediante a captação de investimentos em favor das empresas comprometidas com valores concorrenciais. Do ponto de vista dos investidores, a postura de integridade e transparência é avaliada como fato relevante na tomada de decisão e beneficia a reputação empresarial³¹.

Lei da Empresa Limpa: não seria desarrazoado afirmar que o normativo da “anticorrupção empresarial” (Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013) surgiu como importante força motriz para alavancar o *compliance* corporativo no Brasil. Talvez a tônica que faltava, a mola propulsora do *compliance*, como os primeiros indícios levam a crer, foi engatilhada com a novel legislação. Nesse compasso, ilustra-se o destaque do novo normativo ao PC, que foi contemplado expressamente no texto de lei como um dos fatores para atenuação de penalidades³². Também, a Lei da Empresa Limpa, *inter alia*, interage com a legislação antitruste em tópicos relevantes, notadamente ao prever o instituto da leniência em prol do

³¹ Ver ROMANIELO, Enrico Spini; PAULA, Germano Mendes de. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 20, 2011, p. 265-307. A título de completude, o *compliance* no mercado de capitais vem atrelado ao pilar da forte regulamentação, *accountability* e gerenciamento de riscos para assegurar a higidez financeira. Note-se a Lei Sarbanes-Oxley, de origem norte-americana, que contribuiu para estreitar níveis de controle e responsabilidade no setor.

³² A Lei da Empresa Limpa explicita que um programa de *compliance* efetivo será considerado fator de atenuação da sanção, *in verbis*: “Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções: inciso VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. O Decreto n.º 8.420/2015 regulamentou esse dispositivo, de modo que algumas diretrizes poderiam ser de utilidade ao CADE quando da elaboração de guias sobre o assunto. Na conjuntura internacional, por exemplo, EUA e Canadá possuem *guidelines* nesse sentido. Ver, respectivamente, *Guidelines Manual* (Sentencing Commission - EUA) e Relatórios da Canadian Competition Bureau. Disponíveis, respectivamente, em: <<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/guidelines-manual>> e <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_03700.html>. Acesso em: 19 de set.2014.

êxito da investigação. A propósito, para fins da Lei da Empresa Limpa, o acordo de leniência deve contemplar cláusulas sobre programas de integridade.

Direito Civil/Consumerista: fato é que uma empresa que incorre em práticas anticompetitivas poderá ser responsabilizada em sede judicial por meio de reparação de danos (indenização privada), um fenômeno recorrente nas jurisdições estrangeiras. Ainda que embrionário no Brasil, esse fenômeno deverá sofrer incremento no futuro próximo, sobretudo em vista da estruturação coordenada do SBDC, que tem intensificado investigações e ações de busca e apreensão³³. Donde, a conformidade à legislação antitruste é chave para que o agente econômico evite ser surpreendido em ações do tipo.

Direito Penal: o *compliance* antitruste apresenta reflexo direto na dinâmica criminal, haja vista cartéis cada vez mais rebuscados e que demandam uma forma inteligente de agir. Considerando que um PCA robusto desempenha papel de valia na prevenção de cartéis, o resultado imediato seria a racionalização de recursos do Erário. Por seu turno, infere-se um ganho coletivo, dado que ao se conter a movimentação do aparato estatal, tem-se um modo eficiente de alocar recursos públicos para áreas estratégicas, prestigiando-se o desenvolvimento socioeconômico. Também, não se pode olvidar a vertente do *criminal compliance*, que avança no âmbito de uma política criminal responsável, voltada ao controle de riscos e promoção de dispositivos de governabilidade³⁴.

Em face das evidências sumarizadas, forçoso reconhecer que o *compliance* transmite uma mensagem de confiança ao ambiente corporativo (e à coletividade em geral). Frisa-se a lógica do *compliance*, segundo a qual os agentes estariam a zelar pelas “regras do jogo”, em compromisso à postura ética e, por conseguinte, ter-se-ia um jogo justo/limpo do ponto de vista concorrencial (*fair play* antitruste).

Ademais, consoante demonstrado, o PCA tem o potencial de minorar uma série de custos relacionados a defesas e danos, além de eventualmente abrandar penalidades, a depender do regime regulatório e da aderência do agente. Em razão disso, não raro sustenta-se que o PCA é sinônimo de investimento (ativo), que gera dividendos de longo prazo, lido de maneira análoga à vantagem competitiva, dado o efeito virtuoso que potencializa. Por outro lado, a ausência do mesmo pode gerar custos irrecuperáveis, desde financeiros até de

³³ Esse diagnóstico é crível e vem refletido no aumento de TCCs e acordos de leniência celebrados nos últimos anos. Como exemplo, comparar as pautas das sessões do CADE de dois anos atrás com as atuais. Ver <<http://www.cade.gov.br/upload/Balanco%20%20anos%20nova%20lei.pdf>>. Acesso em: 01 de out.2014.

³⁴ No Brasil, a origem do *criminal compliance* costuma vir associada à necessidade de identificação e prevenção de condutas de lavagem de dinheiro (leia-se, Lei nº. 9.613/1998, modificada pela Lei nº. 12.683/2012).

oportunidades³⁵, daí a impactar adversamente os agentes envolvidos em infrações à ordem econômica.

3.3. Advocacia da concorrência e cooperação

A temática em evidência é das mais prioritárias em respeitados fóruns internacionais³⁶. O *Toolkit* da International Chamber of Commerce (ICC) reporta a vivacidade da matéria, e justifica seu estudo aprofundado, dentre outros fatores, à luz da proliferação de legislações concorrenciais rígidas.

A esse respeito, uma política que racionaliza restritivamente, com base no rigor e severidade para refrear o ilícito (leia-se, penalidades proibitivas para propagar o medo da detenção), tende a ser disfuncional, por focar unicamente nas consequências do descumprimento. Para o pleno êxito da política antitruste dissuasória, oportuno estabelecer uma combinação de ferramentas regulatórias com vistas a aperfeiçoar as políticas de *compliance* em uma perspectiva ampla.

Nesse diapasão, diversas autoridades passaram a antever no PCA uma ferramenta com potencial de utilidade para fins da aplicação normativa eficaz, sem entrar no mérito, por ora, da eventual recompensa aos agentes que viabilizarem tal programa. De toda maneira, ainda que existam reguladores que concedam eventuais benefícios, há certa unanimidade no sentido de que o PCA importa e é relevante para assegurar o cumprimento às leis e promover um comportamento ético por e entre as empresas³⁷. Ou seja, a discussão não se reduz ao fato dos prós e contras em se recompensar ou não um PCA, do contrário.

³⁵ Ver ROMANIELO, Enrico Spini; PAULA, Germano. Op. cit., p. 259. O simples fato de uma empresa estar envolvida em uma investigação, ainda que a mesma não venha a ser condenada, já enseja custos, com potencial efeito sistêmico. O que permanece na lembrança da sociedade é a investigação em si (e não propriamente a eventual absolvição). Disso pode derivar um efeito cascata em termos de custos: (i) honorários advocatícios; (ii) dedicação de tempo em reuniões; (iii) despesas relacionadas a viagens e encontros com autoridades e/ou advogados; e (iv) dedicação de tempo e alocação de profissionais da empresa para avaliar diversos documentos que podem ser utilizados como indícios pelas autoridades. Tais custos, se não fossem irrecuperáveis, poderiam ser alocados de forma mais eficiente na busca pela maximização do lucro empresarial. Do ponto de vista de danos, há desde prejuízos de ordem criminal, administrativa e civil, além do impacto reputacional. Este, por sinal, é tido por muitas empresas como incentivo para seguir estritamente as leis. Ver Office of Fair Trading (OFT). Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law. 2010. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

³⁶ Por exemplo, International Competition Network (ICN) - Varsóvia (2013) e OECD Hearing (2014).

³⁷ As agências dos EUA e da União Europeia não atribuem recompensas em sede de PCA (neutralidade). Em ambas as jurisdições, vigora o regime de responsabilidade objetiva no modelo de execução de cartéis. A princípio, o fato de a empresa levar à autoridade indícios de cartel seria evidência de um programa de *compliance* falho. Ver UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Speech/10/586. ALMUNIA, Joaquín. *Competition Conference*. Brussels, 25 October 2010 (25/10/2010). Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm?locale=en>. Acesso em: 02 de out.2014. Já em jurisdições como Canadá,

No intuito de fomentar a cultura do *compliance*, o CADE, proativamente no papel de *advocacy*, tem aberto diálogo junto aos seus administrados³⁸. A interação mais próxima com os agentes econômicos é vista, nesse panorama, como fator que capacita a autoridade quando da elaboração de recomendações e diretrizes, porquanto essas serão mais realistas à dinâmica empresarial, capturando preocupações específicas³⁹. Essa forma de atuação redundará em maior segurança jurídica aos administrados, ao mesmo tempo em que aperfeiçoa a técnica das ferramentas antitruste. Estando a autoridade e os agentes econômicos alinhados na consecução do *compliance*⁴⁰, ambos protagonistas nesse ideal, verifica-se um passo firme em direção ao amadurecimento da política de defesa da concorrência.

4. Questionamentos propositivos

4.1. O que se esperar no Brasil

A seguir serão ilustrados alguns questionamentos preliminares que gravitam sobre o PCA, valendo-se, em especial, de ecos da experiência comparada. No curto prazo, presume-se, são aguardadas questões semelhantes a desafiar o arcabouço antitruste brasileiro.

Assim sendo, pontuem-se, aleatoriamente, os seguintes desafios: (i) esclarecer os elementos que caracterizam um PCA genuíno, as estratégias para implementá-los e a maneira ideal de internalizar eficazmente o *compliance* no ordenamento, fazendo dele um hábito; (ii) mensurar o nível de utilidade do PCA para fins de prevenção e dissuasão de práticas anticompetitivas, no contexto de múltiplas ferramentas voltadas ao pleno *compliance*, calibrando a medida ideal de combinação de instrumentos; (iii) definir o modelo para avaliação de responsabilidade (i.e. regime de responsabilidade objetiva *versus* responsabilidade subjetiva, ou, alternativamente, considerar um mix entre esses dois

Chile, Coréia, França, México, Noruega e Reino Unido, alguma forma de recompensa é atribuída ao PCA robusto.

³⁸ Um exemplo claro nesse sentido foi o seminário científico promovido pelo CADE, em 28 e 29 de ago.2014, em parceria com o Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE). Ver <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8abd4cdd37ec03000a37085ff35b>>. Acesso em: 01 de out.2014.

³⁹ A depender da pertinência e requisitos de admissibilidade, a Resolução nº. 12/2015 do CADE, referente ao procedimento de consulta, pode ser um mecanismo complementar para os agentes econômicos extraírem orientação prática que, por sua vez, poderia fortalecer o juízo do *compliance*.

⁴⁰ Ver ICC. Policy and Business Practices – Annex 3. *Compliance as an Antitrust Law Enforcement Tool*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_compliance_general_en.pdf>. Acesso em: 08 de jan.2015.

regimes⁴¹); (iv) meditar sobre o trinômio se/quando/como do encorajamento e avaliação do PCA pela autoridade (avaliação *ex ante* ou *ex post*); (v) analisar se factível a obrigatoriedade de PCA em sede de remédios antitruste e leniência; (vi) considerar as lições e experiência pretérita do SBDC, bem como a conveniência e oportunidade de recompensar (e certificar) o PCA; (vii) atentar-se a eventuais riscos e debilidades do PCA para o ambiente concorrencial, e.g. amortecimento da concorrência, falha de prevenção e respectiva punição (majoração de penalidade), etc.

Como posto, uma matéria que acende os ânimos nessa discussão reside na conveniência de se recompensar o PCA. Uma importante questão é entender a racionalidade jurídica e econômica de se oferecer incentivos (como o abrandamento da penalidade e, no limite, imunidade antitruste) para os agentes econômicos envolvidos em infrações que implementaram PCA. Há, nessa abordagem, um raciocínio de custo/benefício que, pela via reflexa, preocupa-se com um possível desvirtuamento da política de estabelecimento de recompensas, vez que, ocasionalmente, agentes poderiam camuflar PCA com o condão único de se beneficiarem de tais recompensas.

Para evitar referido desvirtuamento, soa intuitivo a necessidade de o regulador estipular uma *proxy* cristalina para aferição de PCA, com balizas precisas que assegurem a previsibilidade aos agentes em geral. Nesse prisma, considerando o fator cooperação, seria de cogitar se a postura de inércia ou relutância do agente econômico quando da aferição de seu programa poderia implicar alguma forma de prejuízo, como a eventual limitação de benefícios.

Em complemento, um ponto de indagação tem a ver com a falha do PCA na detecção do risco e a respectiva configuração do ilícito. Lido de outra forma, a falha *per se* seria gatilho a autorizar a majoração da penalidade do agente econômico, em uma abordagem mais rigorosa na leitura dos parâmetros (ou da falta deles) do PCA. Nessa linha mais conservadora de análise, o PCA falho ensejaria a inscrição do agente em rol da mesma natureza de seu programa⁴².

⁴¹ Ver ARLEN, Jennifer; KRAAKMAN, Reinier. Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes. *NYU Law Review*. Vol. 72, No. 1 (1997). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11341>. Acesso em: 05 de out.2014.

⁴² A *contrario sensu*, poder-se-ia cogitar sobre a certificação para PCA efetivo. A viabilidade desse aspecto pode ser ponderada à luz da experiência pretérita do SBDC. De toda forma e de antemão, um ponto parece ser uníssono, a saber, o fato de o agente econômico gozar de uma certificação positiva não significaria imunidade de investigações pelo suposto envolvimento em ilícitos. Ademais, curioso pensar sobre uma espécie de “corrida” ocasionada pelo *compliance*. Em teoria, esse fato seria benéfico para o ambiente concorrencial, vez que os agentes demonstrariam o compromisso de atingir as melhores métricas de conformidade. Todavia, questiona-se se tal corrida, no limite, não teria a aptidão para deflagrar comportamentos antiéticos entre concorrentes (i.e. alguma forma de sabotagem para rebaixar o nível de avaliação do rival).

Por fim, aspecto relacionado ao PCA falho diz respeito à extensão dos efeitos, inclusive para fins de dosimetria. Em verdade, indaga-se sobre o nexo em se considerar a responsabilidade da empresa controladora por atos/falhas de suas controladas, na hipótese em que a controladora tenha um rígido PCA estruturado. Pois bem, questões atinentes à solidariedade no âmbito do grupo econômico e ao risco de sucessão são igualmente imperiosas para esclarecer aspectos do *compliance*.

4.2. Inferências preliminares na estruturação do PCA

Como reportado de forma maciça na literatura, o modelo do tamanho único não é condizente para estruturar um PCA robusto (*one size does not fit all*)⁴³. Pela lógica da efetividade, o PCA deve ser customizado e construído à luz do contexto específico do agente econômico. Consoante observado, na implementação do PCA, o agente deve verificar o grau de exposição com parceiros, fornecedores e concorrentes, atentando-se para qualquer espécie de informação intercambiada. A depender da natureza e recorrência desse evento, o PCA deverá estabelecer mecanismos aprofundados de salvaguardas, com treinamentos periódicos e específicos para monitorar redes e mapear setores horizontal e/ou verticalmente relacionados⁴⁴, por exemplo.

O desafio de formatar um PCA, nessa dinâmica, pode ser equiparado à habilidade de emular a visão da autoridade no *modus operandi* da empresa. Nesse exame, um ponto crítico diz respeito à rigidez. Isso porque regras muito rígidas poderiam, no limite, congelar estratégias de competição saudáveis. O equilíbrio nesse debate consiste em evitar o excesso de cautela, cenário em que os agentes se afastariam de condutas, com efeito, lícitas do ponto

⁴³ Ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Op. cit., p. 331: “o foco do programa poderá mudar de acordo com os mercados de atuação da empresa (...) seu território de atuação (...) e sua exposição (...). Entretanto, todos os programas devem ser desenvolvidos com base em alguns pilares essenciais e poderão contar com um conjunto de ferramentas semelhantes”. O autor assinala quatro elementos essenciais ao PCA, a saber: (i) criação de padrões e procedimentos claros com relação à observação da legislação de defesa da concorrência pelos dirigentes e funcionários da empresa ou da associação de classe; (ii) coordenação e supervisão; (iii) delegação de poderes; e (iv) mecanismos de disciplina.

⁴⁴ Um elemento de particular atenção que interfere para o êxito da identificação do ilícito reside na denúncia (“delação”). Para tanto, imprescindível o estabelecimento de mecanismos robustos de antirretaliação para assegurar a denúncia livre e desimpedida. Nos EUA, interessante o olhar conjunto das esferas criminal e antitruste neste ponto (Ver S.42 - Criminal Antitrust Anti-Retaliation Act of 2013. Disponível em: <<https://www.govtrack.us/congress/bills/113/s42/text>>. Acesso em 03 de out.2014). Em paralelo, quanto à política do denunciante (*whistleblower*) e possíveis incentivos pecuniários (“denúncia remunerada”) para tanto, constata-se no Brasil projetos de lei nesse sentido (PL 1701/11 e PLS 664/2011). Por oportuno, suscita-se cabimento de o CADE conceder determinada recompensa (adicional) ao agente que denunciar práticas anticompetitivas, no ensejo de aprimorar os mecanismos da leniência e ampliar o seu escopo. Concorrentemente sobre o assunto, no mercado de capitais norte-americano, ver Securities Exchange Commission (SEC). Disponível em: <http://www.sec.gov/whistleblower>. Acesso em: 03 de out.2014.

de vista concorrencial, por conta de um sistema interno de *compliance* falho na equalização da severidade (“força paralisante”). Por outro lado, é imperativo que o PCA não seja frouxo, no sentido de ser mero cosmético (adorno). Programas assim são inócuos, sem qualquer força preventiva.

5. Experiência prática

5.1. Panorama histórico e a jurisprudência do CADE

Para desfecho deste artigo, sublinhe-se a experiência antitruste brasileira com PCA. Não se trata de assunto novo no ordenamento pátrio, contudo, tal como evidenciado, uma conjunção de fatores reavivou o ânimo em discuti-lo⁴⁵.

A título de contextualização, o PCA emergiu no ensejo do Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI). À época, observava-se contexto propício para sensibilização da cultura da concorrência, em particular para assuntos relacionados a cartéis. Assim, a extinta Secretaria do Direito Econômico (SDE), por meio da Portaria nº. 14, de 9 de março de 2004⁴⁶, viabilizou a introdução desses programas na legislação antitruste, influenciada pela experiência norte-americana e europeia.

Em termos gerais, o PPI estabelecia requisitos e condições para a emissão de um Certificado de Depósito (CD), o qual seria conferido pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) após averiguação da existência e cumprimento dos requisitos legais pelas empresas (análise de efetividade, conforme artigo 9º). Via de regra, as empresas com PPI e CD poderiam ter as penalidades atenuadas (essa possibilidade veio a ser revogada pela Portaria SDE 48/2009). Porém, mesmo com a importante iniciativa, não se observou eficiência expressiva em termos de adesão empresarial. Alega-se que esse resultado teve como causa determinante certas imperfeições no modelo então estruturado⁴⁷.

⁴⁵ Um episódio recente que também colaborou para esse fenômeno diz respeito à suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado de obras de montagem industrial “onshore” no Brasil, em licitações da Petrobras, envolvendo grandes empresas. Sem prejuízo das investigações em andamento, desde logo se infere o profundo impacto que várias das empresas aí envolvidas já sofreram. Nesse contexto de perdas de investimento e crises estruturais, viu-se também o descrédito internacional e generalizado no país. Daí a necessidade de trazer à luz a cultura do *compliance* em seu alcance mais amplo.

⁴⁶ Posteriormente alterada pela Portaria nº. 48, de 4 de março de 2009.

⁴⁷ Ver MARTINEZ, Maria Beatriz. Programas de *compliance* e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 12, Jan/2005, p. 153. A esse respeito, destaca-se a não obrigatoriedade de adoção de PCA e o respectivo modelo sugestivo da SDE para elaboração desse programa. Sem adentrar no mérito da obrigatoriedade dessa medida, é de se ressaltar que a Portaria SDE 48/2009 revogou a possibilidade de redução

Adicionalmente, observa-se a Resolução nº. 46, de 04 de setembro de 2007 do CADE, que disciplinou alguns aspectos do TCC ao aprovar a Emenda Regimental nº. 01/2007. Em seu artigo 129-A, inciso III, notava-se a “possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica”⁴⁸.

Mais recentemente, sob a égide da nova Lei de Defesa da Concorrência, ainda que não declarado, seguindo uma interpretação sistemática (e eventualmente forçada), cogitar-se-ia alusão implícita ou indireta ao PCA no texto legal. Senão vejamos: o artigo 45 da lei elenca os fatores a serem considerados na aplicação das penas. Sob tal enfoque, poder-se-ia suscitar que subjacente à noção da “boa-fé do infrator” (inciso II), estaria o fato de o mesmo ter se empenhado na estruturação de um PCA, tomando todas as medidas de precaução ao seu alcance para evitar a infração. Ademais, se assumirmos que o dispositivo em tela não estabeleceu um rol taxativo de fatores, indaga-se se eventual acréscimo de inciso, que enderece explicitamente o “programa de prevenção de infrações à ordem econômica”, não teria pertinência (via regulamentação)⁴⁹. Sem maiores abstrações, talvez uma resolução específica sobre a matéria, sem prejuízo de cartilhas temáticas, soasse mais adequada tecnicamente.

Em todo caso, e de forma pragmática, considerando o atual estágio, fato é que a Lei 12.529/2011 não consagrou o PCA de maneira impositiva. Daí também a não entrar no mérito de avaliação e discussões correlatas, consoante tangenciadas neste artigo.

Finalmente, para percepção geral, em sede de jurisprudência do CADE sobre medidas de *compliance* ou do PCA propriamente, citam-se os seguintes precedentes: (i) TCC, que contempla a adoção obrigatória do programa de *compliance* com o propósito de “incrementar regras internas de prevenção a infrações concorrenciais”⁵⁰; (ii) Termo de Compromisso de

das penas ao depositante do PPI e, conseqüentemente, pode ter influído para o desestímulo e a respectiva baixa taxa de adesão por parte das empresas.

⁴⁸ Ver MARTINS, Amanda Athayde Linhares Martins; ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. Compromisso de cessação de prática em casos de cartel: requisitos de efetividade, p. 179-210. In *Remédios Antitruste*. DE OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 376.

⁴⁹ Já o raciocínio inverso estaria prejudicado nessa visão, a menos que a política a ser adotada seja a de tornar discricionária a adoção de PCA pelos agentes econômicos. Daí para se regular os efeitos do eventual PCA falho, dentre outras implicações.

⁵⁰ Ver sítio eletrônico do CADE (<<http://www.cade.gov.br>>): referente ao Processo Administrativo nº. 08012.011142/2006-79 (Requerente: Lafarge Brasil S.A.); e Processo Administrativo nº. 08012.002493/2005-16 (Requerente: JBS S.A.). Para ambos, cláusula genérica nos seguintes termos: “3.1. Adoção de Programa de *Compliance*: (...) o qual deverá nortear e restringir todo e qualquer ato, externo ou interno, da Companhia e seus empregados e prepostos perante quaisquer terceiros, mas em especial perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e associações de classe (...) 3.1.1. A Compromissária se obriga a efetuar a divulgação do programa de *compliance* concorrencial, bem como a executar o treinamento efetivo de todos os funcionários direta ou indiretamente ligados à atividade operacional e comercial, os quais igualmente restam obrigados às regras estabelecidas no referido programa, sob pena de sanções disciplinares por violação”. A título de completude, ver

Desempenho (TCD), que condicionou a aprovação da operação mediante, dentre outras medidas, à adoção do PCA⁵¹; e (iii) ACC, que previu o PCA no bojo das medidas negociadas⁵².

No concernente à edição de guias e diretrizes oficiais acerca do PCA, conforme antecipado, há expectativa de que tal atividade ocorra no horizonte próximo. Com efeito, a revisão desses programas constou no Plano Estratégico do CADE. Destarte, espera-se clareza sobre o assunto, que, por sua vez, contribuirá para o amadurecimento da cultura do *compliance* concorrencial. Nada obstante, em matéria de *compliance*, o diálogo entre o CADE e os agentes econômicos deverá ser sempre um meio disponível para que se logre o benefício coletivo.

6. Considerações finais

Em vista do exposto, restou incontestado a relevância do *compliance* e o espírito da ética e conformidade que ele descortina. No contexto antitruste contemporâneo, o momento não poderia ser mais propício para encorajar o tema, notando iniciativas globais nesse sentido. No

Processo Administrativo nº. 08012.002568/2005-51 (Requerente: Liquigás Distribuidora S.A.); e Processo Administrativo nº. 08012.004674/2006-50 (Requerentes: Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e pessoa física). Neste último, em sede do Anexo I, constata-se o cargo do *Compliance Officer*. Ademais, Processo Administrativo nº. 08012.005328/2009-31 (Requerentes: Companhia Brasileiro de Meios de Pagamento, Visa International Services Association e Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.) e Processo Administrativo nº. 08012.007238/2006-32 (Requerente: Associação de Auto Escolas e Centros de formação de Condutores de Campinas e pessoa física).

⁵¹ Ver sítio eletrônico do CADE (<<http://www.cade.gov.br>>): referente ao Ato de Concentração nº. 08012.002148/2008-17 (*joint venture* Campo Limpo). A adoção do PCA decorreu de preocupação com intercâmbio de informações sensíveis. Conforme Parecer SEAE, “a constituição da Campo Limpo significará a criação de um foro legítimo para interação entre representantes das empresas controladoras, que poderão trocar informações concorrencialmente relevantes sobre o mercado, com baixíssima probabilidade de detecção pelas autoridades da concorrência”.

⁵² Ver sítio eletrônico do CADE (<<http://www.cade.gov.br>>): referente ao Ato de Concentração nº. 08700.009924/2013-19 (Requerentes: Innova S.A. e Videolar S.A.). As requerentes também se comprometeram em adotar uma política de portas abertas com o CADE. No que tange às medidas preventivas, destaca-se: “2.3. As Compromissárias se comprometem a incrementar as regras internas de prevenção de práticas ilícitas e a adotar Programa de Compliance, o qual deverá nortear e restringir todo e qualquer ato, externo ou interno, das Compromissárias e seus empregados e prepostos perante quaisquer terceiros, mas, em especial, perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e entidades de classe. 2.3.1. As Compromissárias se obrigam a efetuar a divulgação interna do Programa de Compliance, bem como a executar treinamento periódico e efetivo todas as pessoas direta ou indiretamente ligadas às áreas tática e estratégica das Compromissárias. Tais pessoas ficam obrigadas a seguir as regras estabelecidas no referido programa, sob pena de sanções disciplinares por violação”. Ainda, Ato de Concentração nº. 08700.008607/2014-66 (Requerentes: GlaxoSmithKline PLC e Novartis AG). Preocupações com a constituição de uma *joint venture* entre as requerentes levaram à implementação de princípios, para servirem de guias para a governança corporativa, no intuito de assegurar a ausência de trocas indevidas de informações. Destaca-se o seguinte princípio: “10.1.1. (...) Em particular, qualquer disseminação indevida dessa informação dentro do grupo Novartis será prevenida por meio de rigorosas barreiras relativas a informações e a pessoas (como barreiras físicas e eletrônicas, treinamentos de *compliance* e mecanismos de monitoramento contínuo)”.

Brasil, verificou-se essa pertinência e reconheceu-se o papel de advocacia da concorrência para tanto.

Além disso, dos questionamentos propositivos ventilados, cujas respostas demandarão escolhas sensíveis em termos de alocação de prioridades de políticas públicas (e.g. a conveniência de institucionalizar um modelo que recompensa PCA efetivo, o juízo de vantagem de tornar tal programa mandatório em sede de remédios e leniência, os incentivos para a promoção do verdadeiro *compliance*, o risco de arrefecimento da concorrência no âmbito de PCA mal calibrado e, daí, eventuais sanções a serem suscitadas, etc.), foi possível vislumbrar a necessidade de uma abordagem construtiva e valorativa, na qual a cooperação entre a autoridade antitruste e os agentes econômicos importará para que o *compliance* seja sedimentado com efetividade na política de defesa da concorrência.

Nesse ensejo, resta claro que o cenário ideal é aquele em que menos práticas anticompetitivas ocorrem, ao contrário do viés obtuso que projeta o aumento do rigor punitivo como o cenário mais efetivo em termos dissuasórios. Tal visão é distorcida e não se amolda à realidade dos fatos atualmente. Em face dessa constatação, o PCA, em conjunto com outros mecanismos, insere-se como ferramenta útil para os predicados antitruste, ao encorajar uma mudança de paradigma pautada pelo valor da ética e conformidade. A prevenção, nesse contexto, é um caminho sem volta e revela-se investimento dos mais frutíferos em favor da coletividade.

7. Referências bibliográficas

ABRANTES-METZ, Rosa M. *Proactive vs Reactive Anti-Cartel Policy: The Role of Empirical Screens (June 25, 2013)*. Global Economics Group, LLC. New York University - Leonard N. Stern School of Business. Department of Economics. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2284740>>. Acesso em: 02 de jan.2015.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. Antitrust. MURPHY, Joseph; KOLASKY, William. *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior*. Vol. 26, No. 2, Spring 2012. Disponível em: <http://summerconvention.utahbar.org/2014/materials/H2_Cartel%20Compliance%20Programs.pdf>. Acesso em: 05 de out.2014.

ARLEN, Jennifer; KRAAKMAN, Reinier. *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*. *NYU Law Review*. Vol. 72, No. 1 (1997). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11341>. Acesso em: 05 de out.2014.

BAER, Miriam Hechler. *Governing Corporate Compliance*. *Boston College Law Review*, Vol. 50, No. 1, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1474291>. Acesso em: 05 de out.2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O que é compliance no âmbito do Direito Penal? Consultor Jurídico*, 30 de abr.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em: 23 de ago.2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Plano Estratégico do CADE 2013/2016*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/CADE%20-%20Plano%20Estratégico%202013-2016%20-%20versão%201%200.pdf>>. Acesso em: 10 de set.2014.

_____. *Plano Plurianual 2012/1015*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/PPA.pdf>>. Acesso em: 10 de set.2014.

CANADÁ. *Canadian Competition Bureau*. Disponível em: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_03700.html>. Acesso em: 19 de set.2014.

CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance e defesa da concorrência*. In: Opinião, Folha de São Paulo, 18.08.2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/181140-compliance-e-defesa-da-concorrenca.shtml>>. Acesso em: 25 de ago.2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Department of Justice. Speeches. KOLASKY, William J. Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective. Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute*. San Francisco, CA. July 12, 2002. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.htm>>. Acesso em: 22 de set.2014.

_____. SNYDER, Brent. *Compliance is a Culture, Not Just a Policy. Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce*. New York, NY, September 9, 2014. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/308494.pdf>>. Acesso em: 20 de set.2014.

_____. *Sentencing Commission. Guidelines Manual*. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/guidelines-manual>>. Acesso em: 19 de set.2014.

_____. *Securities Exchange Commission*. Disponível em: <http://www.sec.gov/whistleblower>. Acesso em: 03 de out.2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Todos ganham com o *compliance*. *CNEP em Revista - Conselho Executivo das Normas-Padrão*. Ano 10, nº. 39, Junho 2014, p. 26-27. Disponível em: <http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de Relativização do *Nemo Tenetur se Detegere*: Cultura do Controle e Política Criminal Atuarial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 07 de abr.2015.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Commission on Competition. *The ICC Antitrust Compliance Toolkit: Practical Antitrust Compliance Tools for SMEs and Larger Companies*. 2013. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/competition/icc-antitrust-compliance-toolkit/>>. Acesso em: 19 de set.2014.

_____. Policy and Business Practices – Annex 3. *Compliance as an Antitrust Law Enforcement Tool*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_compliance_general_en.pdf>. Acesso em: 19 de set.2014.

MARTINEZ, Maria Beatriz. Programas de *compliance* e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 12, Jan/2005.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares Martins; ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. Compromisso de cessação de prática em casos de cartel: requisitos de efetividade, p. 179-210. In *Remédios Antitruste*. DE OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). São Paulo: Editora Singular, 2011.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Policy Roundtables. *Promoting Compliance with Competition Law* (2011). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 11 de nov.2014.

_____. Reports. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 01 de out.2014.

REINO UNIDO. Office of Fair Trading. Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law (2010). Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de Compliance Antitruste. In ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.

RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Antitrust Compliance Programmes – Can Companies and Antitrust Agencies do More? Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 23 de ago.2014.

_____; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Enforcement* (August 25, 2014). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959>. Acesso em: 02 de out.2014.

ROMANIELO, Enrico Spini; PAULA, Germano Mendes de. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 20, 2011, p. 265-307.

SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement. *Antitrust Law Journal*. Vol. 78, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2079336>. Acesso em: 05 de out.2014.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Speech/10/58. ALMUNIA, Joaquín. Competition Conference. Brussels (25/10/2010). Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm?locale=en>. Acesso em: 02 de out.2014.

WILLS, Wouter P.J. Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement (October 31, 2010). *Journal of Antitrust Enforcement*. Volume 1, Issue 1, April 2012, Forthcoming. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176309>. Acesso em: 10 de jan.2015.

Alocação de slots em aeroportos congestionados: análise econômica dos mecanismos de entrada

Ricardo Sampaio da Silva Fonseca⁵³,
Caio Cordeiro de Rezende⁵⁴ e
Thiago Costa Monteiro Caldeira⁵⁵

RESUMO

Este artigo analisa, sob uma perspectiva econômica e a partir do exame da experiência internacional, a evolução do mecanismo de alocação de horários de chegadas e partidas de aeronaves (slots) em aeroportos congestionados no Brasil. A infraestrutura aeroportuária pode ser eficientemente alocada para operação das empresas aéreas se o preço pago por essa utilização igualar o custo marginal social do serviço ofertado. Todavia, quando essa condição não é atendida, a demanda pode superar a capacidade do aeroporto, forçando a implantação de alguma forma de seleção de voos. A Resolução ANAC 02/2006, vigente até recentemente, criou uma forte barreira à entrada de novas firmas, além de problemas alocativos. A nova regulamentação implantada no Brasil torna a sistemática de alocação de slots mais próxima das diretrizes da IATA. A liberação de um mercado secundário no Brasil, não previsto pela nova regulamentação, poderia aumentar a eficiência alocativa e, conseqüentemente, o bem-estar social.

Palavras-chave: Aeroportos; Slots; Regulação; Eficiência.

ABSTRACT

This article analyses from an economic perspective and through the study of the international experience the evolution of the mechanism used to allocate landing and takeoff slots at congested airports in Brazil. The airport infrastructure can be efficiently allocated to the operation of airlines if the price paid for such use equals the marginal social cost of the service offered. However, when this condition is not met, the demand for slots may exceed the airport capacity, compelling the deployment of flight selection criteria. ANAC Resolution 02/2006, which implemented the method used in Brazil until recently, has created a strong barrier to market entry for new firms, besides allocative problems. The new regulation brings Brazilian mechanism of slot allocation closer to IATA's guidelines. The liberation of the secondary market in Brazil, which was not predicted by the new regulation, could increase allocative efficiency and social welfare.

Key words: Airports; Slots; Regulation; Efficiency.

Classificação JEL: L51; L93

⁵³ Mestre em Economia pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Coordenador de Acompanhamento de Mercado da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. Email: ricardosampaiofonseca@yahoo.com.br.

⁵⁴ Graduado em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2007), mestrado em Economia do Setor Público pela Universidade de Brasília (2012) e, desde janeiro de 2014, é doutorando em Economia pela mesma Universidade. Atualmente, é Consultor Legislativo de Políticas Microeconômicas no Senado Federal. Email: caioocr@gmail.com.

⁵⁵ Mestre em Regulação pela Universidade de Brasília - UnB. Coordenador-Geral de Política Regulatória da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. Email: tcocaldeira@yahoo.com.br.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Caracterização do problema 3. Principais regulamentações internacionais 3.1. A Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) 3.2. União Europeia 3.3. Estados Unidos 4. Evolução da realidade brasileira 4.1. Resolução ANAC Nº 02/2006 5. Nova Regulamentação Brasileira 5.1. Resolução ANAC 338/2014 - Norma Geral 5.2. Resolução ANAC 336/2014 – Congonhas 6. Conclusões 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A disponibilidade de pista e pátio para movimentação de aeronaves⁵⁶ é um fator chave para determinar o acesso das companhias aéreas a mercados relevantes, com potencial repercussão sobre a estrutura de mercado prevaiente da indústria de aviação civil devido à sua característica de rede. Em situações nas quais a infraestrutura aeroportuária é insuficiente para acomodar todos os pedidos de pouso e decolagem das empresas, torna-se necessário estabelecer critérios alocativos para solucionar o problema de escassez⁵⁷.

Nesse sentido, deve-se considerar que, apesar dos significativos investimentos previstos para os próximos anos nos aeroportos brasileiros, tanto por meio da Infraero como da política de concessões do governo federal, a situação de saturação da infraestrutura não deve ser completamente superada nos principais aeroportos do país. Isso porque, ao mesmo tempo em que se projeta um grande aumento da demanda de transporte de pessoas e cargas para os próximos anos, há vários sítios aeroportuários nos quais a limitação física decorrente de fatores urbanísticos, geográficos e ambientais constitui obstáculo à ampliação da infraestrutura⁵⁸.

No Brasil, desde o advento da Resolução Nº 02/2006 da ANAC, tem-se adotado um modelo administrativo para alocação de slots que preserva a atuação das empresas que já operam no aeroporto com restrição de capacidade e estabelece um sistema de sorteio para a alocação dos slots disponíveis. Apesar de trazer critérios objetivos para alocação dos slots, a resolução criou uma importante barreira à entrada de novas firmas e não privilegiou o

⁵⁶ A disponibilidade de Terminal de Passageiros também é um fator relevante, porém mais prontamente sujeito a adaptações para acomodar um número maior de passageiros, uma vez que é possível, até certo ponto, aceitar alguma degradação da qualidade (medida pela quantidade de pessoas por metro quadrado) para se processar um voo a mais.

⁵⁷ MENAZ, B.; MATTHEWS, B. Economic perspectives on the problem of a slot allocation. In: Czerny, A. I., Forsyth, P., Gillen, D. e Niemeier, H. Airport slots: international experiences and options for reform. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

⁵⁸ MCKINSEY & COMPANY. Estudo do setor de transporte aéreo do Brasil: relatório consolidado. Rio de Janeiro: McKinsey & Company. 2010.

princípio econômico básico de que um recurso escasso deve ser alocado de forma a maximizar o bem-estar social⁵⁹.

Tal problemática impõe desafios políticos e regulatórios consideráveis. Todavia, a escassez relativa de um insumo essencial, relativamente recente no cenário nacional, já vem sendo enfrentada há algumas décadas por países de estágio mais avançado de maturação da indústria de aviação civil⁶⁰. Assim, optou-se, nesse trabalho, por avaliar as principais experiências internacionais sobre o tema, especificamente as recomendações da Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) para alocação de slots, a legislação aplicável aos aeroportos de maior densidade dos Estados Unidos e a regulamentação da União Europeia sobre a matéria.

A partir dessas análises, são consideradas diversas alternativas de política pública propostas ou já implantadas em outros países para alocação de slots em infraestruturas escassas. Para os fins deste artigo, consideram-se como mecanismos administrativos aqueles que se baseiam na definição de critérios objetivos por parte do poder concedente para alocar quantidades específicas de slots de forma não discriminatória em situações em que a demanda total excede a capacidade da infraestrutura aeroportuária. Atualmente, esses mecanismos estão lastreados em critérios de antiguidade (*grandfather rights*) e efetiva utilização dos slots pelas companhias aéreas (*use-it-or-lose-it rule*).

O objetivo deste artigo é analisar, sob uma perspectiva da literatura econômica, a evolução do mecanismo de alocação de horários de chegadas e partidas de aeronaves (slots) em aeroportos congestionados no Brasil. A seção 2 enfatiza os aspectos de escassez e de insumo essencial para a configuração do setor aviação civil. Posteriormente, na seção 3, realiza-se uma análise do tratamento que a questão tem recebido no cenário internacional para, em seguida, na seção 4, apresentar-se um panorama da evolução da realidade brasileira ao longo dos últimos anos, com ênfase na crescente saturação do Aeroporto de Congonhas (SP), o único formalmente submetido à coordenação pela legislação anterior. A seção 5 apresenta a nova legislação brasileira para alocação de slots em aeroportos saturados, tanto a geral (Resolução nº 338/2014 da ANAC) como a específica para o Aeroporto de Congonhas (Resolução nº 336/2014 da ANAC) e uma análise econômica de ambas à luz da experiência

⁵⁹ CRAVO, B. A alocação de slots e a concorrência no setor de transporte aéreo. *Journal of Transport Literature*, vol.8 n. 1, 2014.

⁶⁰ OLIVEIRA, A. Grandfathering versus regulação realocativa de infraestrutura escassa: efeitos concorrenciais da redistribuição de recursos aeroportuários em situação de congestionamento. VII Prêmio SEAE 2012. Monografias premiadas. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2012>. 2012.

internacional e da literatura especializada. Por fim, a conclusão traz algumas considerações de política pública sobre a questão abordada.

2. Caracterização do problema

A capacidade aeroportuária pode ser definida como o número máximo possível de operações com aeronaves que um aeroporto pode processar em um dado período de tempo⁶¹. Pode-se calcular tanto a capacidade teórica de processamento do aeroporto (sem se levar em conta imperfeições nas operações ou a ocorrência de eventos imprevistos) como sua capacidade prática de processamento (considerando certo nível de atraso para acomodar tais ocorrências). Tendo em vista a necessidade de programação das atividades aeroportuárias ao longo do tempo, especialmente na questão da alocação de slots, é usual a utilização da capacidade prática dos aeroportos para definição das regras de acesso às áreas aeroportuárias⁶².

Nesse sentido, deve-se notar que, a depender das características do sítio aeroportuário, a oferta em um dado aeroporto pode ser expandida ao longo do tempo através de novos investimentos. Contudo, em vários aeroportos, essa possibilidade de ampliação, mesmo no longo prazo, é limitada, ou até inexistente, dada as restrições físicas, ambientais e de custos decorrentes do adensamento populacional em áreas próximas aos sítios. Além disso, na maioria dos grandes aeroportos, há certos “horários nobres” cuja demanda pelas empresas aéreas excede a oferta, apesar de, em média, a infraestrutura ser compatível com os níveis de operação processados⁶³.

Deve-se observar também que há casos em que apesar da expansão ser necessária e possível, ela não é efetuada na velocidade requerida e com o balanceamento adequado entre os subsistemas do aeroporto (pista, pátio e terminal), fazendo com que, por certo período, a oferta de infraestrutura fique menor do que a demanda. Esse cenário é particularmente importante para o caso brasileiro, onde boa parte dos aeroportos enfrenta algum nível de

⁶¹ YOUNG, S. B.; WELLS, A. T. *Airport Planning & Management*. McGraw-Hill. 2011.

⁶² Cabe notar, porém, que esse valor (normalmente uma taxa horária) depende da disponibilidade adequada de infraestrutura em todos os subsistemas do aeroporto (pista, pátio e terminal), bem como das respectivas questões operacionais que impactam na capacidade de processamento dessas áreas, o que faz com que a capacidade total resultante do aeroporto seja limitada pelo menor desses elos. Nesse sentido, de nada adianta a existência de um sistema de pista com grande capacidade de processamento se não houver disponibilidade de posições remotas para aeronaves em horas pico: a capacidade do aeroporto ficará limitada pela restrição de pátio.

⁶³ GRAHAM, A. *Managing airports: an international perspective*. Oxford: Elsevier. 2008.

saturação e desbalanceamento entre seus subsistemas e as obras de expansão têm dificuldade em acompanhar o crescimento do mercado⁶⁴.

Todavia, qualquer que seja o caso, em princípio, a infraestrutura aeroportuária pode ser eficientemente alocada para operação das empresas aéreas se o preço pago por essa utilização igualar o custo marginal social do serviço ofertado, o que inclui o custo marginal operacional do aeroporto e o custo de atraso para passageiros e companhias aéreas. Quando essa condição não é atendida, três tipos de ineficiência podem ocorrer. Primeiro, se o preço pela utilização da infraestrutura superar o custo marginal, uma parte significativa dos slots disponíveis não é utilizada, e o potencial benefício dos voos não operados é perdido. Por outro lado, se os preços forem menores que o custo marginal, mas a demanda ainda puder ser acomodada, uma quantidade excessiva de voos utilizará a infraestrutura aeroportuária, gerando filas para pouso ou decolagem e consequentes atrasos. Por fim, se o preço for tão significativamente inferior ao custo social marginal que a demanda supere a capacidade prática do aeroporto, alguma forma de seleção de quais voos (e empresas) poderão operar tem que ser implantado⁶⁵.

Uma decorrência direta desse tipo de ponderação é que a alocação eficiente da infraestrutura aeroportuária pode ser alcançada por meio de um arcabouço tarifário que reflita a escassez relativa do ativo. Contudo, as tarifas aeroportuárias atualmente cobradas em diversos aeroportos no mundo e, em particular, nos principais aeroportos brasileiros falham em desempenhar essa função. Conforme destacam Jesus Jr. e Ferreira Jr.⁶⁶, a primeira dificuldade que surge para implantação de um mecanismo desse tipo é a incorporação das externalidades na tarifa, dada a dificuldade em se calcular seu valor preciso. Ademais, dada a ausência de um mercado estruturado, não é clara a forma como se incentivaria as empresas aéreas a revelar o valor de um slot, uma vez que essa é uma informação privada.

De outra parte, no Brasil, a Resolução nº 180/2010 da ANAC determina uma estrutura tarifária que reflete a recuperação de custos da rede aeroportuária nacional sob administração da Infraero, em um esquema de subsídio cruzado que em nada reflete a escassez relativa das infraestruturas de cada aeroporto. Mesmo nos aeroportos recentemente concedidos, utiliza-se

⁶⁴ FRAGA, R. Capacidade do lado aéreo dos aeroportos brasileiros. *Journal of Transport Literature*. Vol. 6, n. 4, p. 178-189, 2012.

⁶⁵ NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES – NERA. Study to assess the effects of different slot allocation schemes. A report for the European Commission. NERA Economic Consulting. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/air/airports/slots_en.htm. 2004.

⁶⁶ JESUS JR, L.; FERREIRA JR. H. Distribuição de Slots e a Concorrência no Setor de Aviação Civil Brasileiro. *Análise Econômica*, vol. 29, n. 56, 2001.

uma regulação econômica do tipo *price cap* em que os tetos tarifários são inicialmente definidos com base nas tarifas anteriormente praticadas pela estatal⁶⁷.

Assim, de forma geral, a metodologia utilizada para determinação das tarifas aeroportuárias faz com que a quantidade demandada tenda a superar a que ocorreria em condições regulares de mercado. Nesses casos, os horários de pouso e decolagem (os slots) tornam-se um recurso escasso, o que exige a implantação de algum mecanismo de alocação.

Faz-se necessário, porém, observar que os slots não são ativos convencionais, mas podem ser considerados infraestruturas essenciais (*essential facilities*) no setor de aviação civil, isto é, ativos sem os quais é impossível, em termos econômicos, acessar um determinado mercado. De acordo com Viscusi, Harrington e Vernon⁶⁸, a doutrina das infraestruturas essenciais surgiu a partir de uma disputa entre companhias ferroviárias que necessitavam atravessar o rio Mississipi para acessar a cidade de Saint Louis (EUA) e, tal como no caso dos aeroportos, a única forma de fazê-lo era utilizando uma infraestrutura controlada por um determinado agente econômico. Ainda de acordo com os autores, podem-se elencar quatro condições fundamentais para caracterização de uma infraestrutura como sendo uma infraestrutura essencial: (i) controle do ativo por um monopolista; (ii) incapacidade de um concorrente em duplicar a infraestrutura de forma prática ou razoável; (iii) negação da utilização do mecanismo para um concorrente; (iv) viabilidade de proporcionar acesso à infraestrutura para rivais.

De fato, tal caracterização é bastante apropriada ao problema aqui abordado e já tem sido utilizada internacionalmente nas discussões em torno do tema⁶⁹. Em particular, no caso dos aeroportos brasileiros, em que o acesso a essas infraestruturas é determinado pela ANAC (conforme regras examinadas nas próximas seções), temos uma situação em que há significativa dificuldade de duplicação do ativo – em decorrência do custo mínimo de operação de longo prazo –, negação de acesso a potenciais entrantes nas infraestruturas congestionadas e possibilidade, ao menos teórica, de uso da infraestrutura por diferentes

⁶⁷ Conforme a Resolução CND Nº 11, de 15 de dezembro de 2011, a estrutura tarifária base dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, foi definida como aquela aplicável aos aeroportos categoria 1 da Infraero. Por sua vez, a concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins utilizou o valor das tarifas dos aeroportos concedidos na primeira rodada (Resolução CND Nº 15, de 2 de outubro de 2012), e, portanto, também falham em implantar tarifas alinhadas com a demanda específica.

⁶⁸ VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; e HARRINGTON, J. E. Economics of regulation and antitrust. D.C. Heath. 1992.

⁶⁹ FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION OFFICE OF THE SECRETARY – FAA/OST. Airport business practices and their impact on airline competition. FAA/OST Task Force Study. Disponível em <http://ntl.bts.gov/lib/17000/17100/17129/PB2000108301.pdf>. 1999.

companhias aéreas, fatores que fazem com que os detentores de slots possuam significativa vantagem competitiva nesses mercados.

No Brasil, assim como na maioria dos países, tem-se utilizado regras de antiguidade (chamadas de *grandfather rights*) para definir quais agentes econômicos têm direito a utilizar os slots. Em geral, essas regras estabelecem que companhias que já operam voos com pelo menos 80% de regularidade (*use-it-or-lose-it rule*) permanecem com o direito de uso da infraestrutura aeroportuária. O resultado prático desse tipo de procedimento é a formação de uma importante barreira à entrada no mercado, fazendo com que companhias mais aptas a operar as atuais linhas aéreas tenham grande dificuldade em acessar o mercado e a sociedade perca os ganhos associados a serviços mais eficientes. Outra consequência dessa restrição é que, ao gerar uma falta de contestabilidade do mercado, diminui-se o potencial de competição e, com isso, os incentivos das atuais incumbentes tanto a buscar uma redução mais agressiva dos custos dos atuais serviços como a buscar novas linhas/produtos que sejam mais valorizados pelos consumidores.

De fato, diversos estudos têm procurado demonstrar o impacto que a dominância de infraestruturas essenciais tem sobre o poder de mercado das firmas detentoras dos slots e a estrutura de mercado prevalecente na indústria. Oliveira⁷⁰ investigou, a partir de métodos econométricos, a existência de poder de mercado por parte das companhias aéreas devido à dominância ou à concentração da posse de recursos essenciais e concluiu que os resultados obtidos apontam que,

a concessão de recursos essenciais – como aqueles demandados pelas empresas ao exercerem suas frequências de voo – de forma a fortalecer as firmas já estabelecidas, exerce papel nefasto sobre a competitividade do mercado analisado, acarretando maior poder de mercado e conseqüente extração do excedente do consumidor.

Da mesma forma, Jesus Jr e Ferreira Jr⁷¹, realizando uma análise da concorrência no setor de aviação civil brasileiro utilizando como unidade de análise as indústrias em rede (em que as empresas aéreas fazem uso extensivo do sistema hub-and-spoke), na presença de instalações essenciais, concluem que:

⁷⁰ OLIVEIRA, A. Grandfathering versus regulação realocativa de infraestrutura escassa: efeitos concorrenciais da redistribuição de recursos aeroportuários em situação de congestionamento. VII Prêmio SEAE 2012. Monografias premiadas. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2012>. 2012.

⁷¹ JESUS JR, L.; FERREIRA JR. H. Distribuição de Slots e a Concorrência no Setor de Aviação Civil Brasileiro. Análise Econômica, vol. 29, n. 56, 2001.

a alocação de slots nos aeroportos congestionados se apresentou como uma variável determinante na análise da concorrência na indústria de aviação civil, pois a captura de um aeroporto importante por uma determinada companhia, em um sistema de rede, acaba por caracterizar um tipo de barreira à operação das demais empresas nas rotas mais rentáveis, reduzindo o grau de contestabilidade do mercado e, conseqüentemente, elevando os custos para os consumidores.

Assim, a definição dos direitos de operação atual modifica a posição dos agentes no mercado, tanto no curto como no longo prazo, e, na ausência de mecanismos eficientes de alocação, o uso dos slots pode ser conferido a serviços não prioritários do ponto de vista social. Ademais, nos aeroportos congestionados, em que a escassa infraestrutura disponível deveria ser alocada para as atividades mais eficientes possíveis, as companhias aéreas já estabelecidas possuem incentivos para continuar a operação de qualquer voo em que consigam auferir lucro contábil positivo como forma de manter seus direitos históricos de utilização sobre um importante ativo estratégico.

Deve-se observar que alguns mecanismos existentes no atual quadro normativo da maioria dos países desenvolvidos têm tentado lidar com essa problemática e mitigar as ineficiências apontadas. Na seção seguinte, será analisada a experiência da União Europeia (utilizando uma variante do sistema IATA) e dos EUA na regulação dos slots.

3. Principais regulamentações internacionais

3.1. A Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA)

A IATA é uma organização privada internacional que representa 240 companhias aéreas em todo o mundo. Ela fornece um conjunto de diretrizes, denominado *Worldwide Slot Guidelines* (WSG), para a alocação e gestão de slots (definido como a permissão dada pelo coordenador do aeroporto para que uma operação planejada use toda a infraestrutura necessária para pouso e decolagem em uma data e horário específicos) nos aeroportos em que a infraestrutura existente é insuficiente para acomodar a demanda das empresas aéreas. Segundo o WSG, o principal objetivo da coordenação de um aeroporto é assegurar a utilização mais eficiente da infraestrutura aeroportuária a fim de maximizar os benefícios para

o maior número de utilizadores do aeroporto⁷². Apesar de não ter força legal, as orientações contidas no documento são base para a legislação de diversos países.

No sistema proposto pela IATA, é indicado um critério de classificação dos aeroportos de acordo com o nível de saturação enfrentado. Aeroportos nível 1 são aqueles em que a infraestrutura existente é adequada para suprir a demanda das companhias aéreas em todos os horários e, portanto, não necessitam de qualquer acompanhamento. Já os de nível 2 são aqueles que enfrentam potencial de congestionamento durante alguns períodos do dia, semana ou temporada, mas que a designação de um facilitador e a cooperação voluntária entre as companhias aéreas são capazes de solucionar a alocação dos horários de chegadas e partidas de aeronaves. Os de nível 3 enfrentam congestionamento mais severo durante períodos de tempo relevantes e precisam ser efetivamente coordenados para alocação dos slots.

O calendário para as operações aéreas é dividido em duas temporadas, verão e inverno, e os princípios centrais para alocação de slots contidos no documento podem ser assim resumidos:

- (i) Slots só podem ser alocados por um coordenador aeroportuário regularmente indicado, funcional e financeiramente independente de qualquer das partes interessadas;
- (ii) Slots só podem ser alocados para empresas aéreas ou outros operadores de aeronaves;
- (iii) Uma empresa aérea ou outro operador de aeronave deve ter um *slot* alocado antes de operar em um aeroporto coordenado;
- (iv) Uma empresa aérea pode reter os slots com base na precedência histórica de utilização, desde que tenha operado voos utilizando o referido *slot* em pelo menos 80% do tempo na temporada imediatamente anterior;
- (v) Slots históricos não podem ser retirados de uma empresa aérea para acomodação de novas companhias ou de qualquer outro tipo de operador;
- (vi) Slots podem ser livremente transferidos ou trocados entre companhias aéreas, ou ainda utilizados como parte de operações conjuntas;

A regra de precedência histórica (*grandfather rights*) é a base de todo o processo de alocação e representa uma fonte de estabilidade para as empresas já consolidadas no mercado. A regra de 80% de utilização, originalmente não prevista nas regras da IATA, foi incorporada como forma de desestimular as empresas aéreas incumbentes de reter os slots com o propósito de restringir a competição e auferir rendas de escassez. Ainda assim, deve-se observar que, na maioria dos países, como os slots não podem ser comercializados, as empresas não enfrentam

⁷² INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION – IATA. Worldwide Slot Guidelines. Geneva: IATA. Disponível em <https://www.iata.org/policy/slots/pages/slot-guidelines.aspx>. 2012.

custos de oportunidade relevantes para reter essas posições em rotas apenas marginalmente lucrativas.

Uma vez realizada a alocação inicial para as empresas que já atuam no aeroporto coordenado, forma-se um *pool* com os slots disponíveis, composto por aqueles voluntariamente devolvidos pelas empresas aéreas, retomados pelo coordenador aeroportuário (em virtude de terem sido operados por menos de 80% do tempo na temporada imediatamente anterior) ou, ainda, pela incorporação dos slots recentemente criados por eventual expansão ou modernização da infraestrutura aeroportuária. Uma segunda etapa da alocação é, então, realizada, destinando 50% dos slots do pool às chamadas novas entrantes (empresas que detenham menos de 5 slots por dia no aeroporto coordenado) e dando prioridade às requisições de voos anuais e àquelas que preveem operações mais longas dentro de uma mesma estação. Critérios como diversificação dos tipos de serviços oferecidos (voos regulares, charter e carga), dos mercados atendidos (doméstico, regional e longa distância) e da frequência de realização dos voos são, também, utilizados para definição de quais requisições serão aceitas pelo coordenador aeroportuário.

Conforme destaca Ulrich⁷³, o sistema proposto pela IATA possui algumas vantagens. Inicialmente, deve-se considerar que se trata de um conjunto de regras e procedimentos já consolidado, de abrangência internacional (atualmente cerca de 250 aeroportos o utilizam em alguma medida) e que possui baixos custos operacionais (aproximadamente 2,5 euros para cada movimento de voo coordenado na Alemanha). Essas características favorecem a adoção de padrões de alocação de slots harmonizados, tanto nos aeroportos de origem como nos de destino, fator crucial para que cada rota possa operar eficientemente. Outro atributo interessante a ser considerado é que a utilização do sistema IATA propicia regras de prioridade claras, o que é o mínimo que se pode esperar de um sistema administrativo, mas com suficiente grau de abstração das recomendações para permitir a incorporação de elementos da legislação local, como questões relacionadas a possíveis restrições ambientais, administrativas e de capacidade. De fato, os atuais incumbentes argumentam que essa é a única forma de se obter estabilidade e previsibilidade em um negócio com altos custos fixos e capital humano específico.

Contudo, o próprio núcleo do sistema IATA - ou seja, a utilização da regra de antiguidade para estabelecimento de quais agentes econômicos terão acesso a um insumo

⁷³ ULRICH, C. How the Present (IATA) Slot Allocation Works. In: Czerny, A. I., Forsyth, P., Gillen, D. e Niemeier, H. Airport Slots: international experiences and options for reform. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

essencial para operar no mercado - é fonte de grandes divergências⁷⁴. As empresas entrantes usualmente alegam, com razão, que os *grandfather rights* nega-lhes a oportunidade de entrar no mercado e competir com as companhias já estabelecidas. De fato, no arcabouço atual, o único canal por onde poderiam ocorrer alterações significativas na distribuição de slots seria a alocação daqueles provenientes do *pool* dos slots disponíveis, que, geralmente, possui uma quantidade insuficiente para permitir uma real contestação do mercado⁷⁵. Além disso, uma alta proporção dos slots disponíveis possui pouco valor comercial, pois se referem a horários de baixa demanda de voos. Finalmente, a definição de empresa entrante limitada a 5 slots por dia é mais um obstáculo ao surgimento de um novo competidor efetivo no aeroporto, uma vez que as entrantes passam, rapidamente, à condição de incumbente, perdendo a prioridade na redistribuição dos slots do *pool*.

3.2. União Europeia

O sistema adotado na União Europeia é muito semelhante ao proposto pela IATA. Atualmente aplicado a oitenta e nove aeroportos do bloco (62 de forma contínua e 27 sazonalmente), a Council Regulation (ECC) nº 95/93 já sofreu três alterações: Regulation (EC) nº 894/02, Regulation (EC) nº 1554/03 e Regulation (EC) nº 793/04, o que indica a complexidade do tema e a necessidade de revisão e atualização das normas em um mercado dinâmico.

Atualmente, as principais características do processo de alocação de slots na União Europeia podem ser assim sumarizadas:

(i) Os Estados-Membros devem designar um aeroporto como coordenado se for constatada uma grande escassez de capacidade por períodos significativos de tempo após a realização de estudos de oferta e demanda pela entidade responsável pelo aeroporto;

(ii) Todo aeroporto coordenado deve ter: (a) um comitê de coordenação responsável pela definição de capacidade do aeroporto e dos parâmetros que possam influenciar o seu desempenho e (b) um coordenador indicado que ficará responsável pela alocação de slots a cada temporada;

(iii) *Slot* compreende a permissão concedida pelo coordenador aeroportuário para utilização de toda a infraestrutura necessária (pista, pátio e terminal) para operar uma

⁷⁴ CZERNY, A. I.; FORSYTH, P.; GILLEN, D.; NIEMEIER, H. Airport Slots: international experiences and options for reform. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

⁷⁵ O que é ainda mais agravado pelo fato de que dificilmente há apenas uma companhia entrante, circunstância que favorece uma pulverização na alocação e dificulta ainda mais a entrada.

aeronave em uma data e horário específicos e nenhuma cobrança deve ser feita para sua alocação;

(iv) Se uma companhia aérea já utiliza um slot por pelo menos 80% do tempo durante a última temporada, a empresa poderá continuar a fazer uso do slot pela temporada seguinte (*grandfather rule*);

(v) Após o estabelecimento dos slots históricos, é formado um pool com os slots não utilizados, retornados ou novos e o coordenador os aloca observando uma preferência de 50% para novos entrantes;

(vi) No caso de serviços operados pelo mesmo grupo econômico, apenas uma das companhias aéreas pode requisitar slots provenientes do pool. Todavia, slots alocados a uma empresa podem ser utilizados por outra que esteja partilhando operações;

(vii) Em situações onde as requisições de slots não puderem ser acomodadas, deve ser dada preferência aos serviços comerciais programados de duração anual.

Conforme disposto na ECC Nº 95/93, o Comitê de Coordenação deve ser aberto à participação de todos os interessados e é responsável por estabelecer os critérios técnicos, operacionais e ambientais para planejamento e operação do aeroporto. Por sua vez, o coordenador do aeroporto é o único responsável pela alocação dos slots e deve ser financeiramente independente de qualquer parte interessada. Faz parte de suas atribuições monitorar, em cooperação com a administração aeroportuária e com o controle de tráfego aéreo, a conformidade das operações das companhias aéreas com os slots recebidos. Além disso, como forma de garantir a transparência do processo, o coordenador deve divulgar informações sobre os critérios utilizados para alocação e detalhes sobre os slots históricos, requisitados, alocados e disponíveis no aeroporto.

Um tópico particularmente relevante para a configuração do mercado europeu é a definição de nova entrante. Uma empresa é assim definida se atender uma das seguintes condições: possuir menos de 5 slots/dia no aeroporto; estiver disposta a operar voo direto entre dois aeroportos comunitários cujo destino seja ofertado por no máximo 2 empresas, limitada a 5 slots/dia; estiver disposta a operar nova rota que atenda a aeroportos regionais ainda não servidos pelas linhas atuais, também limitada a 5 slots/dia. Recebe prioridade adicional entre as novas entrantes quem satisfizer à condição de operar linhas menos concorridas ou que atendam localidades menores. Em qualquer um dos casos, contudo, a empresa não pode ser considerada entrante se tiver mais de 5% dos slots do aeroporto ou 4% dos slots do sistema aeroportuário (dois ou mais aeroportos que atendem a mesma localidade).

Todo esse processo administrativo pode sofrer ajustes através de dois mecanismos: transferências e trocas de slots. A transferência ocorre entre rotas ou tipos de serviço pertencentes à mesma companhia aérea ou suas subsidiárias. Já a troca acontece entre empresas de diferentes grupos econômicos e a transação só pode ocorrer na base de um para um. Todos os acordos, contudo, não podem envolver compensação financeira e devem ser previamente submetidos ao Coordenador Aeroportuário para poderem ser efetivados. Uma restrição adicional é que os slots adquiridos pelas novas entrantes só podem ser transferidos ou trocados após duas temporadas equivalentes⁷⁶.

Apesar da restrição ao comércio secundário de slots, uma série de “*fake exchanges*” acontece anualmente dentro do bloco⁷⁷. Elas ocorrem quando uma empresa troca um slot de grande valor comercial por outro sem potencial de uso, recebendo uma compensação financeira por isso – que, obviamente, não é registrada junto às autoridades competentes. A empresa que fica com o slot “podre” de fato não o utiliza e o “perde” ao final da temporada em decorrência da regra de 80% de operação, constituindo, na prática, ao final, um processo de compra e venda. Na Inglaterra, esse problema foi parcialmente contornado pela decisão da Suprema Corte que, em 1999, legalizou a prática de trocas de slots com compensação financeira.

Em 2011, a Comissão Europeia fez um diagnóstico do conjunto do sistema europeu em que concluiu que a atual configuração possui falhas que afetam todos os participantes da indústria de aviação civil⁷⁸. Primeiramente, a capacidade dos aeroportos não é total ou eficientemente usada porque, entre outros motivos, as companhias aéreas regularmente requisitam mais slots do que realmente pretendem operar como forma de garantir mais flexibilidade na programação de suas operações. Outro fator relevante é que, como não há previsão de punição financeira para empresas que não cumprem o cronograma para devolução dos slots que não pretendam operar, as companhias se utilizam desse expediente para que os coordenadores não tenham tempo hábil para colocá-los no *pool* e promover sua redistribuição. Em aeroportos coordenados, onde a demanda é superior à oferta, slots alocados e não utilizados representam um custo de oportunidade considerável, pois outras empresas foram preteridas no uso da infraestrutura e deixaram de ofertar voos.

⁷⁶ DOTECON LTD. Alternative allocation mechanisms for slots created by new airport capacity. London: DocEcon. Disponível em <http://www.dotecon.com/>. 2006.

⁷⁷ EUROPEAN COMMISSION – EC. Impact assessment of revisions to Regulation 95/93. Brussels: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/modes/air/airports/slots_en.htm. 2011b.

⁷⁸ EUROPEAN COMMISSION – EC. Impact assessment: proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on common rules for the allocation of slots at European Union airports. Commission staff working paper, Brussels: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/air/airports/slots_en.htm. 2011a.

Contudo, essas estratégias também afetam o conjunto das companhias aéreas, pois o acesso a aeroportos congestionados é limitado e elas não conseguem slots que são ineficientemente usados por outras empresas. Isso é causado pelo fato de geralmente não haver slots nos *pools*, o comércio secundário não estar estabelecido ou ser transparente e pela definição restritiva da quantidade de slots que os entrantes podem deter antes de perder essa condição. Outro problema encontrado é que as companhias aéreas são confrontadas com interpretações diferentes da legislação por parte dos coordenadores aeroportuários e não conseguem todas as informações sobre slots que desejam. Finalmente, os consumidores são afetados na medida em que se defrontam com constantes congestionamentos e atrasos nos voos e níveis subótimos de competição, serviços e preços na indústria.

Diante dessa análise, várias medidas foram pensadas para melhorar o processo de alocação de slots no continente. No final de 2011, um amplo pacote de reformas foi proposto pela Comissão Europeia com o objetivo de resolver os problemas constatados e assegurar uma alocação ótima de slots nos aeroportos congestionados do continente⁷⁹. Dentre as principais medidas, destacam-se: (i) formalização do mercado secundário de slots, de modo a promover um uso mais eficiente das infraestruturas aeroportuárias; (ii) retirada da possibilidade de ajustes nos horários dos slots por razões comerciais, o que atualmente limita a prioridade conferida às entrantes; (iii) preferência para novos entrantes durante todo o período de alocação⁸⁰; (iv) aumento do percentual de regularidade mínima exigido (de 80% para 85%) para que as companhias aéreas tenham preferência histórica sobre o slot.

Em particular, o diagnóstico da Comissão Europeia⁸¹ afirma que:

The evaluation of the implementation of the current Slot Regulation underlined the existence of several drivers causing sub-optimal allocation and use of airport slots, which could fall into two main categories: on the one hand, the difficulties created in the context of the current EU 'administrative' system, and, on the other hand, the difficulties created by the fact that the system has precisely been built as an administrative system, ignoring the benefits of market-based

⁷⁹ EUROPEAN COMMISSION – EC. Impact assessment: proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on common rules for the allocation of slots at European Union airports. Commission staff working paper, Brussels: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/air/airports/slots_en.htm. 2011a.

⁸⁰ Atualmente, uma companhia aérea habilitada como nova entrante perde sua condição assim que atinge o limite de 5 slots/dia no aeroporto, passando a figurar no processo de alocação juntamente com as empresas que já possuem atuação significativa no aeroporto.

⁸¹ EUROPEAN COMMISSION – EC. Impact assessment: proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on common rules for the allocation of slots at European Union airports. Commission staff working paper, Brussels: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/air/airports/slots_en.htm. 2011a.

mechanisms. It has to be stressed that the underlying drivers are not of similar importance, the second driver being more far-reaching than the first one.

Assim, após anos de experiência com o atual mecanismo, a Comissão constatou não só a necessidade de melhoria dos seus aspectos administrativos, como, principalmente, a importância de se formalizar o mercado secundário de slots.

Conforme se verá na seção 5, a reforma implementada no Brasil, que resultou na edição da Resolução ANAC nº 338/2014, apesar de se constituir num relevante avanço regulatório, deixou de incorporar melhorias a problemas já largamente reconhecidos pelos países em estágio mais avançado de maturidade do setor. Em outras palavras, se, por um lado, a Resolução ANAC parece ser, em grande medida, baseada no modelo europeu de alocação de slots, por outro lado, mostrou-se omissa com relação a boa parte das sugestões de melhorias propostas recentemente pela própria Comissão Europeia, principalmente no que tange aos benefícios decorrentes da adoção de mecanismos de mercado.

3.3. Estados Unidos

O acesso à maior parte dos aeroportos americanos não é regulada nos moldes do WSG da IATA. Adota-se o princípio do “*first come first served*” em que o primeiro a solicitar o *slot* tem direito a utilizá-lo. Assim, as linhas aéreas podem programar seus voos livremente e a permissão de pouso e decolagem será baseada em critérios de ordem de chegada e partida.

Nesse sistema, as barreiras à entrada de novas firmas são mínimas e o mercado possui um potencial de contestabilidade maior do que nos sistemas baseados nos princípios da IATA. Porém, deve-se notar que esse mecanismo tem um alto potencial de congestionamento, pois as firmas impõem externalidades umas às outras na medida em que a programação de um voo adicional para um aeroporto já saturado provoca um aumento na taxa de atraso não só para si como para as demais companhias aéreas. Esse custo adicional para os demais agentes do mercado não é incorporado aos preços, o que gera incentivo para o provimento de uma quantidade de voos superior ao que seria socialmente desejável.

Adicionalmente, conforme destaca Fiuza e Pioner⁸², se for levado em consideração que o valor do bilhete é composto pelo preço efetivamente pago pelo passageiro mais o custo de oportunidade decorrente dos atrasos enfrentados, não é claro que um aeroporto com muitas

⁸² FIUZA, E.; PIONER, H. Estudo econômico sobre regulação e concorrência no setor de aeroportos. Estudos Regulatórios. Rio de Janeiro: ANAC. Disponível em <http://www.anac.gov.br>. 2009.

empresas aéreas competindo, mas altamente congestionado, seja o que oferece o menor custo para o consumidor. O mesmo ocorre com o transporte de cargas, com o agravante da existência de impactos secundários sobre a cadeia logística.

Efetivamente, esses problemas levaram a uma escalada de atrasos em muitos aeroportos americanos na década de 1960, o que levou o governo a estabelecer uma legislação mais restritiva aplicável aos principais aeroportos de Nova York / Nova Jersey (JFK, La Guardia e Newark), Chicago (O'Hare) e Washington (National) conhecida como High Density Rule (HDR), de 1968. A regra, inicialmente prevista para vigorar por apenas seis meses, estabelecia um limite no número de voos operados nesses aeroportos e tornava a *Federal Administration Aviation* (FAA) um coordenador aéreo efetivo. Os slots foram aleatoriamente distribuídos e as trocas permitidas, porém sem comercialização, como forma de ajustar os horários de chegada e partida dos voos programados.

A medida conseguiu reduzir significativamente os atrasos nesses aeroportos, porém levantou diversas críticas, entre elas a de constituir uma grande barreira à entrada ao mercado e não propiciar uma alocação eficiente, pois, de um lado, a loteria não garantia que os ativos fossem usados por quem poderia atribuir-lhes o melhor uso, e, de outro, ao vedar a comercialização, impedia a troca de um *slot* menos rentável por outro mais atraente⁸³. Já em 1970, a aplicação da regra foi suspensa para Newark, mas permaneceu vigente, com algumas modificações, para o aeroporto de Chicago até o ano de 2002 e para os demais aeroportos de Nova York até 2009. Hoje, apenas as operações no Washington National são plenamente coordenadas.

Durante esse período, outras regras foram sendo incorporadas ao arcabouço institucional do mercado de aviação civil americano. Destaca-se, nesse sentido, o programa experimental, instituído em 1982, de permissão para que as companhias aéreas comprassem e vendessem slots entre si. Além de liberar o comércio, o programa incluiu uma restrição de 80% de utilização para manutenção do slot (*use-it-or-lose-it rule*) e ressalvas à transferência de slots utilizados em serviços aéreos essenciais.

Em 1985, uma regra definitiva foi instituída com a *Buy/Sell Rule*. A partir de então, qualquer agente econômico (pessoas, comunidades, companhias aéreas e bancos) poderia comprar, vender ou trocar slots, com exceção daqueles destinados a serviços essenciais e às linhas internacionais (que só poderiam ser trocados na base de um para um como forma de não comprometer acordos já firmados com outros países). No caso da aviação regional, havia

⁸³ FRAGA, R.; OLIVEIRA, A. Distribuição de slots em aeroportos: a experiência internacional e a concentração de frequências de voo no Brasil. Revista de Literatura dos Transportes, vol. 3, n. 2, p. 25-46, 2009.

a restrição de que os slots que servissem a essas linhas não poderiam ser comprados por companhias maiores.

O princípio da antiguidade foi mantido na alocação inicial, mas foi introduzida uma regra de estímulo à competição que determinava que 5% do total de slots em aeroportos de alta densidade no ano de 1986 deveriam ser retomados pela FAA e sorteados para companhias aéreas com menos de 8 slots/dia. Ademais, os slots devolvidos pelas incumbentes seriam sorteados, mas 25% deles deveriam ser oferecidos inicialmente para novos entrantes.

Durante os primeiros seis meses que se seguiram à nova regulamentação, houve uma grande quantidade de comercialização de slots, volume que depois diminuiu significativamente, possivelmente refletindo a aproximação ao equilíbrio de mercado, em que todas as trocas mutuamente benéficas foram efetivadas. Ao contrário da expectativa original, as companhias aéreas tradicionais ampliaram a quantidade de slots nos aeroportos congestionados durante o período 1986-1999. Além disso, constatou-se que as tarifas nos aeroportos congestionados ficaram sistematicamente acima da média dos aeroportos não coordenados para o mesmo período⁸⁴.

Todavia, estudos posteriores⁸⁵ mostraram que tarifas mais altas nos aeroportos congestionados não eram necessariamente um sinal de ineficiência, mas da escassez relativa da infraestrutura frente ao crescimento do número de voos. Ademais, a concentração de slots com as incumbentes decorria do uso eficiente de *hubs* aeroportuários, e não de condutas anticompetitivas. Em todo caso, uma característica peculiar do caso americano é que os terminais de muitos aeroportos são objeto de *leasing* por longos períodos de tempo, o que reforça os incentivos para concentração de operações nos aeroportos onde a companhia aérea possui um desses terminais.

Preocupado com a competitividade da indústria de aviação civil americana, o governo editou, em abril de 2000, a *Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century* (AIR-21) com o objetivo de reduzir gradualmente as restrições existentes na indústria, facilitar a entrada de novas companhias aéreas e aumentar os serviços para pequenas comunidades. O principal

⁸⁴ UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE – GAO. Airline Deregulation: changes in airfares, service quality, and barriers to entry. Report to Congressional Requesters. Disponível em <http://www.gao.gov/products/RCED-99-92>. 1999.

⁸⁵ NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES – NERA. Study to assess the effects of different slot allocation schemes. A report for the European Commission. NERA Economic Consulting. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/air/airports/slots_en.htm. 2004

mecanismo definido na nova legislação foi a criação de slots de exceção para novos entrantes e para voos com menos de 70 lugares para aeroportos menores⁸⁶.

Foram criados mais de 600 slots desse tipo só para o Aeroporto de LaGuardia, em Nova York, (aproximadamente 1/3 a mais do que as operações diárias antes do ato), sem qualquer alteração nas tarifas cobradas. O resultado prático foi um grande aumento no congestionamento dos aeroportos coordenados, o que forçou o governo a rever sua posição em novembro do mesmo ano e reduzir a quantidade de slots de exceção para 159 por dia. Hoje, além dos slots AIR-21, a FAA controla alguns slots que são regularmente cedidos a pequenas empresas aéreas ou trocados em épocas de pico de demanda.

4. Evolução da realidade brasileira

Os aeroportos brasileiros possuem situação diversificada com relação ao congestionamento da infraestrutura relevante para operação das linhas aéreas. Apesar de todas as estruturas presentes em um aeroporto serem importantes para definição de sua capacidade operacional, o chamado lado ar, composto pelos subsistemas de Pista e Pátio, constitui o principal fator limitante para o recebimento de novos voos nos aeroportos, uma vez que nesses subsistemas há uma série de requisitos de segurança, de espaçamento entre aeronaves e de intervalos mínimos entre movimentos nas pistas que devem ser respeitados e que se tornam, portanto, limites dificilmente superáveis⁸⁷. Por outro lado, um aumento desproporcional de passageiros nos terminais leva a uma degradação do serviço – conforme critério de passageiro por m² amplamente adotado internacionalmente – mas não impossibilita, de forma absoluta, novas operações.

No Brasil, conforme estudo do setor de transporte aéreo do realizado pela McKinsey & Company⁸⁸, diversos aeroportos já apresentavam algum tipo de gargalo em 2009 e precisavam receber significativos investimentos em seu lado ar nos próximos vinte anos para evitar maiores restrições em suas operações. Além das limitações que a falta de investimento gera nos próprios aeroportos, deve-se notar que as restrições de infraestrutura são de significativa importância para todo o setor de aviação civil, tanto para os consumidores

⁸⁶ EUROPEAN COMMISSION – EC. Impact assessment of revisions to Regulation 95/93. Brussels: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/modes/air/airports/slots_en.htm. 2011b.

⁸⁷ A superação desses limites pode ocorrer em decorrência do desenvolvimento (e implantação) de novas tecnologias que permitam a revisão da regulamentação vigente, tal como previsto para o limite de separação de aproximação final entre aeronaves nos sistemas de pistas dos aeroportos concedidos (Anexo 10 dos Contratos de Concessão).

⁸⁸ MCKINSEY & COMPANY. Estudo do setor de transporte aéreo do brasil: relatório consolidado. Rio de Janeiro: Mckinsey & Company. 2010.

(diretamente afetados pela qualidade dos serviços) como para a estruturação da malha e da capacidade produtiva das companhias aéreas.

Desde então, a demanda (e a pressão sobre a infraestrutura existente) aumentou consideravelmente. Dados da Infraero mostram um crescimento vigoroso tanto do número de passageiros quanto da movimentação de aeronaves nesse período. De 2009 a 2012, o número de passageiros aumentou quase 50% (saindo de 128,1 milhões para 193,1 milhões de passageiros processados) e a movimentação de aeronaves teve um incremento de aproximadamente 31% (saindo de 2,3 milhões para pouco mais de 3 milhões de movimentos)⁸⁹. Tais fatores contribuíram para um incremento da necessidade de infraestrutura em todo o país, mas, em particular, nos aeroportos que já se encontravam com algum dos seus componentes saturados.

Nesse sentido, uma das situações mais críticas em termos de processamento de novos voos encontra-se no Aeroporto de Congonhas. Todos os seus componentes já apresentavam, em 2009, situação considerada crítica pelo estudo da McKinsey & Company⁹⁰ e necessitavam de expansão imediata. Ademais, o aeroporto, situado na região central de São Paulo, processa majoritariamente passageiros que viajam a negócios e diversos estudos já encontraram evidências de que esse tipo de passageiro possui uma baixa elasticidade preço e uma disposição de pagamento mais elevada⁹¹. De fato, estudos locais revelaram preços de passagens aéreas mais elevados nesse aeroporto se comparado com voos que utilizam o Aeroporto de Guarulhos⁹².

A privilegiada localização traz, porém, restrições físicas e urbanísticas ao sítio que são dificilmente superáveis em virtude do relevo da região e da alta ocupação residencial que foi se desenvolvendo ao longo dos anos (o aeroporto foi inaugurado em 1936). Tais fatores tornam bastante restrita a possibilidade de ampliação de sua infraestrutura, particularmente em relação ao sistema de pistas. Adicionalmente, em virtude de restrições operacionais implantadas em 2007 que limitaram tanto o horário de funcionamento do aeroporto (das 06:00 às 22:30) como a quantidade de slots disponíveis por hora para voos regulares (reserva de 30 slots para aviação regular por hora), o nível de saturação se tornou praticamente total durante os dias úteis da semana.

⁸⁹ O diferencial de crescimento em favor dos passageiros processados foi possibilitado, ao menos em parte, pelo incremento da taxa de aproveitamento médio das aeronaves (*load fator*) que indústria conseguiu obter nos últimos anos, saindo de um patamar de 65% em 2009 para mais de 72% em 2012 (ANAC, 2013).

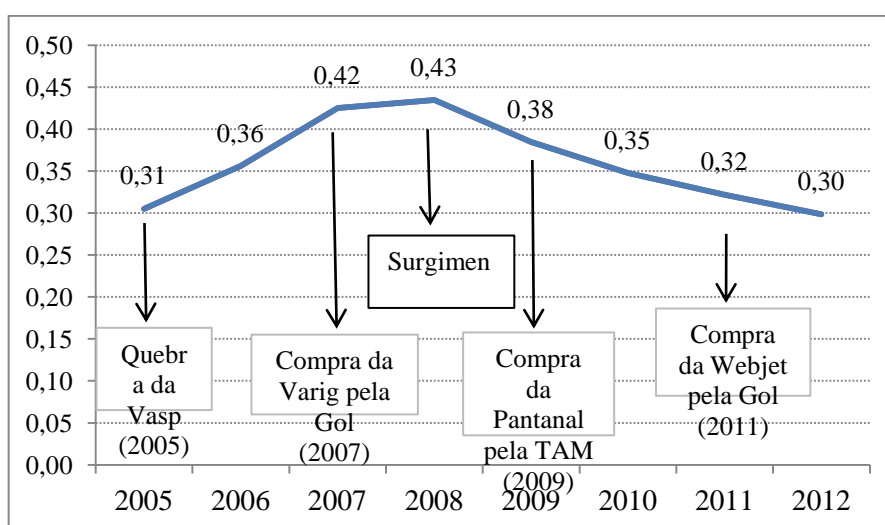
⁹⁰ MCKINSEY & COMPANY. Estudo do setor de transporte aéreo do Brasil: relatório consolidado. Rio de Janeiro: McKinsey & Company. 2010.

⁹¹ CONNOR, O. An introduction to airline economics. Westport: Praeger Publishers. 2001.

⁹² UEDA, T. V. A. Partir do aeroporto de Congonhas é mais caro que de Guarulhos? Um estudo econométrico dos preços das passagens aéreas. *Journal of Transport Literature*, vol. 6, n. 3, p. 121-135, 2012.

O Aeroporto de Congonhas foi o único formalmente declarado como coordenado pela ANAC nos termos da Resolução nº 02/2006 e que, portanto, seguiu as regras de distribuição de slots determinada pela Agência. Conforme observado anteriormente, o estabelecimento das condições de acesso às infraestruturas escassas é um dos principais determinantes da dinâmica competitiva da aviação civil e, de fato, pode-se notar que o nível de concentração das companhias aéreas em Congonhas medido pelo HHI (ao redor de 0,46 ao longo dos últimos anos) é persistentemente superior ao verificado no conjunto dos aeroportos brasileiros, apesar de diversos eventos relevantes terem ocorrido desde a edição da norma⁹³.

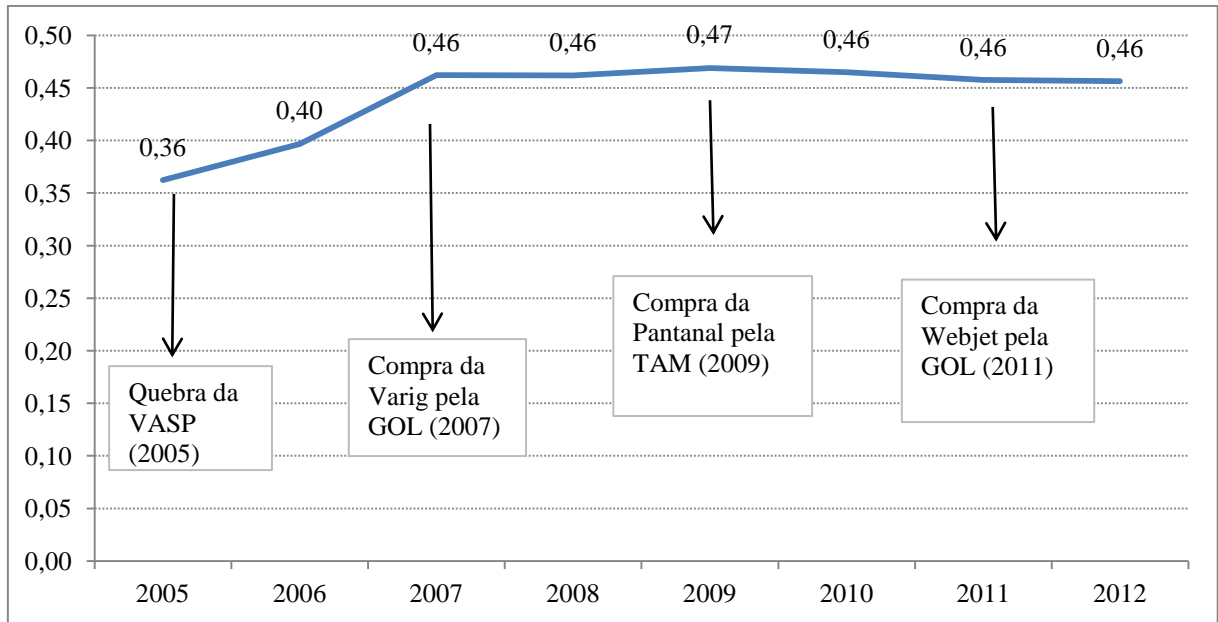
Figura 1-Evolução do HHI Brasil 2005-2012



Fonte: Elaboração própria, dados ANAC – Demanda e Oferta do Transporte Aéreo

Figura 2- Evolução do HHI Congonhas 2005-2012

⁹³ Os gráficos apresentam o índice Herfindahl-Hirschman (HHI) para o Brasil e Congonhas utilizando, respectivamente, as variáveis Passageiro Quilômetro Pago Transportado (RPK) e Passageiro Pago Transportado saindo do referido aeroporto.



Fonte: Elaboração própria, dados ANAC – Anuário do Transporte Aéreo 2012

Pode-se observar que a quebra de Vasp em 2005 e a compra da Varig pela Gol em 2007 provocaram uma maior concentração do mercado aéreo nacional, tanto em Congonhas quanto no Brasil. Todavia, a partir de 2008 tem-se a entrada e o rápido crescimento da Azul Linhas Aéreas – que atingiu 16,5% de participação na demanda doméstica nacional (RPK) em 2013 – acompanhado de um aumento conservador, porém persistente, da participação da Avianca no mercado nacional – atingindo 7,1% de participação na demanda doméstica nacional em 2013⁹⁴. Desde então o HHI (que tinha atingido 0,43 em 2007) tem apresentado quedas em todos os anos e em 2012 retornou aos patamares anteriores à saída da Vasp do mercado nacional.

Por outro lado, o mesmo não aconteceu em Congonhas. Com a quebra da VASP em 2005 e a compra da Varig pela Gol em 2007, o grau de concentração do mercado subiu para 0,46. Desde então, o nível de concentração permanece próximo a esse valor, com algumas pequenas variações. Essa notável inflexibilidade para baixo da concentração de mercado verificada no aeroporto (não reagindo à dinâmica do mercado de aviação) deve-se, fundamentalmente, às características da norma de alocação dos slots.

Assim, nesta seção, analisaremos a resolução implantada em 2006 pela ANAC para disciplinar o acesso das companhias aéreas ao Aeroporto de Congonhas e os efeitos práticos

⁹⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. Dados comparativos. Brasília: ANAC. Disponível em <http://www2.anac.gov.br/>. 2013.

que a regulamentação gerou na participação das companhias aéreas no transporte de passageiros que utilizam essa infraestrutura.

4.1. Resolução ANAC Nº 02/2006

O processo de alocação dos slots no Brasil é atualmente regido pela Resolução ANAC Nº 02/2006. Ela estabelece a precedência histórica (*grandfather rights*) como princípio fundamental da organização da alocação de slots em aeroportos coordenados e define um mecanismo de distribuição por sorteio dos slots disponíveis para as empresas aéreas.

Segundo a norma, os slots já alocados historicamente ficarão disponíveis para nova alocação nas seguintes situações: i) quando a empresa não tiver implantado o serviço no prazo de trinta dias, ii) quando deixar de utilizar o par de slots por mais de trinta dias, iii) quando manifestar desinteresse ou iv) quando não atingir índice de regularidade mensal (proporção do total de etapas de voo previstas que foram efetivamente realizadas) igual ou superior a 80% da operação prevista durante noventa dias consecutivos. Para o cálculo dos índices de regularidade, não devem ser considerados os voos cancelados em decorrência da sazonalidade das operações e feriados e casos de força maior, fato do príncipe e fato da administração.

Para os slots que permanecerem disponíveis, a norma prevê a constituição de duas grades de rodízio em cada aeroporto coordenado: (i) uma grade destinada às empresas que já atuam no aeroporto, na qual serão alocados 4/5 (quatro quintos) dos pares de slots disponíveis, e (ii) uma grade destinada às empresas entrantes, na qual serão alocados 1/5 (um quinto) dos pares de slots disponíveis. Por empresa entrante, entende-se aquela que opera até três pares de slots por dia ou até vinte e um por semana no aeroporto coordenado.

Um sistema de rodízio de alocação dos slots disponíveis é então definido com as seguintes fases: (i) convocação das empresas aéreas para participar do processo administrativo, (ii) sorteio das posições que cada empresa aérea ocupará na respectiva grade, (iii) escolha, pelas empresas aéreas, dos pares de slots disponíveis, respeitada a ordem do sorteio (iv) julgamento da documentação de habilitação das empresas, e (v) deliberação da Diretoria Colegiada da ANAC para adjudicação e homologação do resultado.

Seguindo as disposições da norma, os primeiros quatro slots devem ser alocados para as empresas que já atuam no aeroporto. Só depois, 1 (um) slot é destinado para as entrantes. Cada empresa que escolhe um slot passa para a última posição de sua grade e o processo se repete até que não haja mais slots desejados. Ao escolher cada par de slot, a empresa deverá

informar qual a frequência referente aos dias da semana que pretende utilizar. Deve-se destacar que as empresas aéreas podem trocar slots entre si, mas a comercialização é proibida.

Em março de 2010, a ANAC instalou procedimento administrativo de alocação de slots no Aeroporto de Congonhas. Na ocasião, foram distribuídos 202 de um total de 3.472 slots do aeroporto (pouco mais de 5%), sendo que 162 slots referiam-se a horários no fim de semana. Deste total, mais de 50% foram para as duas empresas que já detinham 82% dos slots do aeroporto e que transportavam mais de 90% dos passageiros na ponte aérea Rio-São Paulo (Gol e Tam). As três empresas que se qualificaram como entrantes (Webjet, Pasaredo e Avianca) conseguiram um total de 54 slots, ou 1,5% do total do aeroporto.

Um aspecto relevante que contribuiu para esse resultado foi a manutenção de elevadas barreiras à entrada no Aeroporto de Congonhas. Tal como a experiência europeia tem demonstrado, mecanismos baseados em *grandfather rights* acabam por dificultar a entrada de novas companhias em mercados relevantes e o *pool* de slots disponíveis acaba sendo pequeno e formado por slots de menor valor comercial (por exemplo, slots de fim de semana ou de madrugada). Ademais, a pulverização na alocação dos slots disponíveis acaba não propiciando contestação efetiva do mercado, pois as empresas necessitam de uma quantidade mínima de operações no aeroporto para poder operar eficientemente. O sistema administrativo adotado no Brasil ainda possui alguns agravantes: (i) privilegia as atuais incumbentes ao determinar que 4/5 dos slots disponíveis devem ser alocados primeiramente às empresas que já operam no aeroporto; (ii) limita a qualificação das empresas como novas entrantes àquelas com no máximo 3 slots/dia; (iii) não restringe a participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Outro ponto a ser observado é que, do ponto de vista da eficiência, o sistema adotado conjuga características pouco atrativas para o mercado de aviação civil. A manutenção dos direitos de antiguidade faz com que o slot seja alocado ao atual operador mesmo que existam outras companhias aptas a oferecer o serviço por um custo menor. O mesmo problema acontece com o sistema de sorteio, em que a obtenção de slots por novas companhias (ainda que essa possibilidade tenha se provado bastante limitada no caso concreto) nada tem a ver com uma operação eficiente por parte da empresa, o que faz com que não haja garantia de ganho social líquido com a distribuição aleatória.

As características apresentadas no processo realizado em 2010 repetiram-se recentemente em abril de 2012 quando 119 dos 227 slots disponíveis no Aeroporto de Congonhas, todos de fim de semana, foram alocados pela ANAC ainda segundo as regras da Resolução N° 02/2006. Do total redistribuído, as atuantes receberam 87% dos slots: a Webjet

ficou com 38 slots, Gol com 32, TAM com 15, Avianca com 14 e NHT com 4. A Passaredo, com 16, respondeu pela alocação dos slots restantes.

5. Nova Regulamentação Brasileira

5.1. Resolução ANAC 338/2014 - Norma Geral

Recentemente, em fevereiro de 2013, a ANAC propôs um novo modelo para alocação de slots no Brasil.⁹⁵ Nesta nova regulamentação, o sistema brasileiro se aproximaria significativamente das diretrizes propostas pela IATA e da regulamentação da União Europeia sobre o tema.

De acordo com a proposta, nos casos em que o nível de saturação de determinado aeroporto comprometa a utilização de um dos componentes aeroportuários críticos⁹⁶ (pista, pátio ou terminal), seja em determinadas horas do dia, dias da semana, ou períodos do ano, a diretoria da ANAC poderá, de ofício ou a pedido das empresas aéreas, do operador do aeroporto ou do responsável pelo controle do espaço aéreo, declará-lo coordenado. Essa declaração, específica para cada aeroporto, deve conter informações e parâmetros essenciais para alocação, operação e monitoramento dos voos realizados no aeródromo. Nesse sentido, são particularmente importantes as seguintes definições:

- (i) período, dias da semana e horários que serão coordenados;
- (ii) metas de eficiência de regularidade (mínimo de 80%) e de pontualidade (mínimo de 75%) na utilização das séries de slots no aeroporto para que a empresa aérea mantenha os slots já operados;
- (iii) número de slots alocados por dia, por empresa de transporte aéreo, para ser considerada empresa aérea entrante no aeroporto (igual ou menor que cinco slots);
- (iv) percentual do banco de slots que será distribuído inicialmente às empresas aéreas entrantes no aeroporto (mínimo de 50%);
- (v) quantidade mínima de slots para ser considerada uma série de slots no aeroporto (mínimo de cinco slots);

Como se pode observar, vários parâmetros estão calibrados na norma como mínimos (5 slots/dia para entrantes, 50% na prioridade, 80% de regularidade, dentre outros) e

⁹⁵ Audiência Pública nº 02/2013. Disponível em:

<http://www2.anac.gov.br/transparencia/audienciasPublicasEncerradas2013.asp>

⁹⁶ O operador do aeroporto, em coordenação com o órgão responsável pelo controle do espaço aéreo, será responsável pela análise e definição da capacidade do aeroporto coordenado.

dependem, portanto, de outros atos normativos da agência para definições específicas dos parâmetros de cada aeroporto. A evidente vantagem em termos de maior flexibilidade para ajuste dos parâmetros em função das especificidades de cada aeroporto deve ser sopesada, contudo, pela maior incerteza para as empresas aéreas, bem como uma eventual falta de transparência quanto aos critérios que serão aplicados em cada caso. Ademais, como a efetividade do instrumento proposto dependerá de diversos outros atos da Agência, pode-se incorrer em menor celeridade e maiores custos regulatórios. Trata-se, portanto, de um situação clássica de *trade-off* entre flexibilidade regulatória e previsibilidade das regras.

Outro aspecto importante na norma é a inclusão da pontualidade como parâmetro de coordenação. Diversas empresas se manifestaram contrariamente a essa novidade durante a audiência pública, argumentando, sinteticamente, que o critério de pontualidade não está previsto na WSG ou na regulamentação da União Europeia e se constituiria como um afastamento desnecessário daquilo que é praticado internacionalmente. Ademais, os representantes das companhias aéreas ponderaram que possuem pouca ingerência sobre os fatores que efetivamente causam atrasos nos voos e, portanto, não poderiam ser penalizadas por circunstâncias alheias à sua vontade.

De fato, diversos são os fatores que causam atrasos nos voos (condições meteorológicas, disponibilidade de infraestrutura, problemas no sistema *hub-and-spoke*, manutenções não programadas, etc.), sendo apenas uma parte diretamente gerenciável pelas companhias aéreas^{97 98}. Todavia, deve-se ter em conta que cada empresa defronta-se apenas com parte dos custos decorrentes dos atrasos em seus voos, não computando diretamente as perdas impostas às demais companhias e passageiros, uma vez que, dada a saturação do aeroporto, um minuto a mais de utilização de um ativo escasso (e essencial), leva a uma preterição de utilização por parte dos demais agentes. Em outras palavras: o custo social é maior do que o privado.

Apesar de não termos dados precisos sobre o custo do atraso de um voo sobre toda a rede no Brasil, esses valores tendem a ser consideráveis, tendo em vista a experiência da União Europeia. De acordo com o Eurocontrol (organização dedicada ao gerenciamento do

⁹⁷ BELOBABA, P.; ODoni, A.; BARNHART, C. The global airline industry. Sussex: John Wiley & Sons Ltd. 2009.

⁹⁸ Sobre esse ponto, vale notar que a norma prevê que “no cálculo dos índices de regularidade e de pontualidade, algumas operações aéreas poderão ser abonadas segundo as regras estabelecidas pela ANAC” (art. 42, § 3). Espera-se que a “regulamentação específica” trate, justamente, dos casos em que os atrasos sejam causados por fatores alheios a vontade da empresa.

tráfego aéreo na Europa)⁹⁹, o custo de atraso em solo para as companhias aéreas é de 10,6 euros por minuto e, para o passageiro, 4,3 euros (na forma de custo de oportunidade). Já considerando os efeitos sobre toda a rede, esses valores sobem para 18,4 euros e 7,8 euros, respectivamente.

Estamos, portanto, diante de uma situação clássica de presença de externalidades negativas. Nesses casos, a literatura econômica tradicionalmente aconselha que se busquem mecanismos de “internalização da externalidade”, de forma a que a decisão do agente incorpore esse custo adicional gerado sobre os demais. Busca-se, assim, alinhar o custo marginal privado com o custo marginal social. Sob essa ótica, a norma ANAC, ao penalizar as empresas que não cumprem critérios mínimos de pontualidade em aeroportos coordenados, mostra-se um passo na direção correta, ao internalizar, ao menos em parte, a externalidade dos atrasos no processo de decisão dos agentes causadores.

Em todo caso, estabelecidos os parâmetros de coordenação, é divulgada a relação das séries de slots aos quais as empresas de transporte aéreo que já operam no aeroporto possuem prioridade na alocação inicial (*grandfather rights*) para a temporada em questão (verão ou inverno, de acordo com as estações do hemisfério norte). As companhias aéreas devem, então, fazer a solicitação de todas as séries de slots que pretendam operar na temporada, sendo observada a seguinte ordem de prioridade para essa alocação inicial: histórico de slots, alteração do histórico de slots e novas solicitações de slots. As novas solicitações serão inicialmente distribuídas às empresas aéreas entrantes de acordo com o percentual mínimo definido pela declaração de cada aeroporto coordenado (o mínimo, como vimos, é 50%). Os slots restantes serão alocados indistintamente entre todas as interessadas, dando-se preferência às solicitações que visem à continuação de operação da temporada subsequente anterior.

Importante observar que, durante a alocação de novas solicitações de slots, caso o número de pedidos exceda a quantidade de slots disponíveis, a alocação de slots será igualitária entre todas as empresas aéreas solicitantes. Uma vez estabelecida a quantidade de slots que cada empresa tem direito, passa-se a atender às solicitações específicas de cada companhia aérea. Na ocorrência de conflito na alocação de slots (duas ou mais empresas demandando o mesmo horário), terá prioridade, entre as operações regulares de passageiros, aqueles serviços que tiverem: (i) maior série de slots (período de operação); (ii) maior

⁹⁹ EUROPEAN ORGANISATION FOR THE SAFETY OF AIR NAVIGATION – EUROCONTROL. Standard inputs for Eurocontrol cost benefit analyses. Brussels: EUROCONTROL. Disponível em: <http://www.eurocontrol.int/sites/default/files/publication/files/standard-input-for-eurocontrol-cost-benefit-analyses.pdf>. 2013.

aeronave (número de assentos); (iii) maior índice de eficiência operacional total (regularidade vezes pontualidade) na temporada equivalente anterior.

A alocação igualitária entre todas as solicitantes é uma das características mais importantes da nova norma. De fato, na minuta que foi submetida à audiência pública, a sistemática para definição das quantidades de slots seguia lógica diversa: a quantidade de slots a que uma empresa teria direito (no caso do número de solicitações ser superior à oferta do banco de slots) deveria ser proporcional à sua participação no mercado nacional (medido em termos de número de assentos ofertados). Dessa forma, a cada alocação semestral de slots disponíveis, salvo em caso desinteresse das empresas, reproduzir-se-ia a posição relativa dos agentes no mercado nacional. Logicamente, essa convergência tenderia a ser extremamente gradual, uma vez que as atuais incumbentes deveriam ajustar suas condutas frente à nova norma procurando minimizar a quantidade de slots perdidos para alocação.

De fato, pode-se entender que a lógica subjacente do mecanismo anterior estava alicerçada na percepção de que a participação relativa de cada empresa no mercado nacional refletiria as condições de operação em ativos não saturados e, nesse sentido, esse mecanismo de alocação nos aeroportos congestionados ajudaria a refletir o sucesso (ou fracasso) das empresas na competição de mercado (através de diferenciação de preços, horários, características dos voos, etc.) em ambientes não congestionados.

O mecanismo igualitário adotado leva, em princípio, a uma maior desconcentração do aeroporto, uma vez que mais empresas poderão operar utilizando o ativo. Deve-se considerar, todavia, que a aviação civil está sujeita a diversas externalidades e economias de rede que fazem com que um slot isolado seja menos valioso que um que integre uma rede de voos mais ampla, seja pela possibilidade de formação de hubs, de realização de conexões da mesma companhia em horários compatíveis com outros voos dela ou mesmo ganhos de escala¹⁰⁰. Ao dispersar os slots que eventualmente se tornem disponíveis por diversas companhias, a contestação do mercado por empresas emergentes pode se tornar mais difícil. Ademais, considerando que empresas menores possuem, em geral, aeronaves menores, infraestruturas extremamente demandas podem ser ocupadas por operações que beneficiem um número reduzido de passageiros, dada a ausência de um mecanismo de preços que reflita a escassez relativa do ativo (aeroporto) em questão.

Em relação à possibilidade de mudanças voluntárias de slots entre empresas aéreas, a resolução admite a troca de slots entre empresas de transporte aéreo (com comercialização

¹⁰⁰ FIUZA, E.; PIONER, H. Estudo econômico sobre regulação e concorrência no setor de aeroportos. Estudos Regulatórios. Rio de Janeiro: ANAC. Disponível em <http://www.anac.gov.br>. 2009.

proibida), desde que efetuada em número equivalente, mediante convalidação da ANAC, que deve avaliar as características de cada operação e a capacidade declarada para o aeroporto. Como forma de prevenir as “*fake exchanges*”, a ANAC poderá anular a troca de slots entre diferentes empresas caso uma delas deixe de operar o slot depois de efetuada a troca. Por fim, é vedada a troca da série de slots que tenha sido alocada para empresa aérea entrante, exceto se a mesma tiver atingido as metas para a obtenção de histórico de slots por duas temporadas equivalentes consecutivas.

Nesse quesito, vale lembrar que mecanismos administrativos de alocação de recursos que não permitam trocas voluntárias em sentido amplo (com utilização de recursos financeiros ou outros ativos) possuem limitações consideráveis. Ainda que se reconheça certo valor na sua capacidade de introduzir concorrência em aeroportos muito concentrados, esses mecanismos administrativos não podem garantir que os slots sejam distribuídos àqueles que façam o uso mais eficiente desse recurso. Como afirma o relatório DotEcon¹⁰¹:

An administrative process for allocating new capacity cannot effectively take account of the different airlines’ relative willingness to pay for slots. Therefore, administrative allocation of slots will typically not be particularly efficient, as when capacity is scarce there is no guarantee that slots are awarded to the airlines that value them most.

Nesse sentido, uma vez que a alocação primária de slots tenha sido definida, seja utilizando-se mecanismos administrativos ou de mercado, a permissão de comercialização de slots entre as companhias aéreas pode ser usada como uma forma de aumentar a mobilidade dos slots operados e promover a correção de eventuais ineficiências alocativas decorrentes dos processos iniciais de distribuição (ou manutenção) de slots. O mercado secundário permitiria que os slots transfiram-se para aqueles agentes que promovam um uso mais eficiente desse ativo, o que aumenta a eficiência nas situações em que: i) a alocação inicial dos recursos não foi plenamente eficiente (ou seja, quando há necessidade de corrigir ineficiências resultantes da alocação inicial); e ii) houve uma mudança significativa no mercado de empresas aéreas, que tem por consequência a necessidade de ajustes na alocação dos slots (por exemplo, o surgimento de nova empresa aérea).

Conforme visto anteriormente, um *slot* não integra o patrimônio das empresas de transporte aéreo ou dos operadores aéreos, porém representa um direito temporário de uso da infraestrutura aeroportuária que as empresas fazem pleno uso econômico, dele auferindo

¹⁰¹ DOTECON LTD. Alternative allocation mechanisms for slots created by new airport capacity. London: DocEcon. Disponível em <http://www.dotecon.com/>. 2006.

rendas de escassez e posicionamento estratégico nos aeroportos congestionados, com repercussão sobre todo o mercado de aviação civil. Trata-se, portanto, de um bem econômico de valor considerável, porém sem preço definido devido à restrição legal existente. A introdução de um mercado secundário tem sido objeto de estudos internacionalmente¹⁰², com particular preocupação com a possibilidade de aumento da concentração do mercado. Em todo caso, o tema carece de um estudo específico sobre o tema no Brasil e, portanto, de ser objeto de futuras investigações acadêmicas.

5.2. Resolução ANAC 336/2014 – Congonhas

Paralelamente à instituição do novo modelo de alocação de slots para aeroportos saturados, o Governo Federal publicou, através do Conselho da Aviação Civil (CONAC), a Resolução CONAC nº 3, de 8 de julho de 2014, com diretrizes específicas para o Aeroporto de Congonhas. De acordo com o documento, a ANAC deveria instituir uma sistemática de redistribuição dos slots perdidos pelas companhias aéreas (em decorrência do não atendimento dos critérios de regularidade e pontualidade) que levasse em conta a participação de cada empresa no mercado nacional, no mercado de voos regionais¹⁰³ e, ainda, a eficiência operacional de cada companhia aérea.

Especificamente, os critérios foram assim definidos: (i) percentual de participação de cada empresa de transporte aéreo regular de passageiros no mercado nacional (medida com base no critério de “passageiro quilômetro pago transportado”); (ii) percentual de participação de cada empresa de transporte aéreo regular de passageiros no mercado de aviação regional do país (também medida com base no critério de “passageiro quilômetro pago transportado”); (iii) eficiência operacional nacional média dos voos de cada empresa de transporte aéreo regular de passageiros, considerando a regularidade e pontualidade dos voos. Cada empresa passa a ter direito aos slots redistribuídos no Aeroporto de Congonhas até o limite da

¹⁰² A exemplo de BORENSTEIN, S. On the efficiency of competitive markets for operating licenses. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 103, n. 2, p. 357-385, 1988; CZERNY, A.; TEGNER, H. Secondary markets for runway capacity. In: Seminar of the imprint-Europe thematic network: implementing reform on transport pricing. Brussels: European Commission. 2002; DOTECON LTD. Alternative allocation mechanisms for slots created by new airport capacity. London: DocEcon. Disponível em <http://www.dotecon.com/>. 2006; e EUROPEAN COMMISSION – EC. Study on the impact of the introduction of secondary trading at community airports. Survey: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/modes/air/airports/slots_en.htm. 2006.

¹⁰³ Consideram-se voos regionais, para efeito da resolução, aqueles que tenham como origem e/ou destino aeroporto que não atenda capitais, conforme disposto no Anexo I da norma.

ponderação entre a pontuação total obtida utilizando esses critérios e a pontuação total de todas as empresas somadas.

Outras três diretrizes são de particular importância para o processo de alocação: (i) devem ser consideradas entrantes aquelas empresas que detenham até 12% do total de slots disponíveis no Aeroporto; (ii) os slots redistribuídos devem ser operados, necessariamente, por aeronaves com, no mínimo, 90 assentos; (iii) em caso de aumento da capacidade declarada do aeroporto, 100% dos novos slots deverão ser destinados às empresas entrantes.

Conforme visto anteriormente, o requisito de operar até 3 pares de slots por dia (ou até 21 por semana) para classificação das empresas como novos entrantes no âmbito da Resolução ANAC nº 02/2006 não foi suficiente para promover uma competição efetiva no Aeroporto de Congonhas, fato ainda mais agravado pela falta de definição quanto à participação de empresas do mesmo grupo econômico nesses processos.

De fato, é significativo notar que na alocação realizada pela ANAC em 2010 as três empresas que se qualificaram como entrantes conseguiram apenas 54 slots no Aeroporto de Congonhas, representando aproximadamente 15% dos slots disponíveis. Já no último procedimento realizado em abril de 2012, apenas 13% dos slots foram direcionados às empresas entrantes. Apesar de não ter representado um incremento significativo de concentração de mercado, dada a quantidade limitada de slots disponíveis em relação ao total, esses resultados certamente não favoreceram a ampliação da concorrência no aeroporto.

Uma vez que o sistema brasileiro agora é significativamente mais próximo do sistema IATA, é importante observar a larga experiência europeia nessa questão. Dada a forma como é definido o novo entrante no continente europeu – exigência de até 5 slots/dia em um aeroporto – as companhias aéreas têm encontrado dificuldade em desenvolver uma posição sólida nos sítios congestionados (o que permitiria uma contestação efetiva do mercado). Nesse sentido, a análise da European Commission¹⁰⁴ revela que, nos principais aeroportos da Inglaterra e da Irlanda, mais de 50% dos slots recebidos pelos novos entrantes são perdidos em até 4 temporadas (2 anos). De acordo com a European Commission:

The definition of 'new entrant' as set out in Article 2(b) is very restrictive [...], which in practice means that only carriers with a small presence at the airport could qualify as new entrants. As a consequence, slots tend to be awarded to a proliferation of carriers, rather than to a larger carrier that may be in a stronger position to offer effective competition to the main incumbent.

¹⁰⁴ EUROPEAN COMMISSION – EC. Impact assessment of revisions to Regulation 95/93. Brussels: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/modes/air/airports/slots_en.htm. 2011b.

Assim, requisitos menos estritos para qualificação como novo entrante é fator fundamental para ampliar o acesso de novas companhias aos aeroportos coordenados, sendo condição necessária, embora não suficiente, para uma efetiva contestabilidade do mercado.

Outro aspecto relacionado à eficiência na utilização da escassa infraestrutura dos aeroportos é a quantidade de pessoas efetivamente beneficiadas pelos voos realizados em decorrência da alocação de slots. Aeronaves pequenas, apesar de demandarem aproximadamente a mesma infraestrutura para pouso e decolagem, tendem a transportar menos passageiros e cargas, o que torna a questão do tamanho das aeronaves utilizadas nas operações do aeroporto uma variável a ser observada.

Existe evidência no cenário internacional de que à medida que aumenta o excesso de demanda por slots nos aeroportos congestionados há um incremento tanto do índice de ocupação média das aeronaves (*load factor*) quanto no tamanho das aeronaves utilizadas nas operações, fatos decorrentes de uma demanda superior de passageiros desejando chegar ou partir desses aeroportos¹⁰⁵.

Por fim, uma peculiaridade da resolução de Congonhas em relação à norma geral é a introdução do critério de participação nos voos regionais. Conforme explicitado na exposição de motivos que subsidiou a primeira minuta da norma, um dos objetivos do governo foi fomentar a “expansão do transporte aéreo regional no país como forma de aumentar o intercâmbio de pessoas, carga e mala postal, além de estimular o comércio, o turismo e o desenvolvimento econômico de todas as regiões do território nacional”.

Da forma como está proposto, o sistema procura premiar empresas que operem mais voos regionais com a possibilidade de operar voos com altos *yields* a partir de Congonhas. Todavia, tal diretriz pode não ser plenamente compatível com a intenção subjacente de aumentar a quantidade de pessoas utilizando o aeroporto: tanto os critérios de RPK como a limitação de 90 assentos trazem incentivos à utilização de aeronaves maiores, em contraste com a necessidade da maioria das rotas regionais que, por serem de mais baixa densidade e operarem em aeroportos com menor infraestrutura, favorecem a operação com aviões de menor porte.

Em todo caso, a ANAC publicou a Resolução nº 336, de 9 de julho de 2014, na qual absorve as diretrizes contidas na Resolução CONAC ao arcabouço geral da nova regulamentação de alocação de slots. Das quatro principais companhias aéreas, TAM e Gol

¹⁰⁵ NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES – NERA. Study to assess the effects of different slot allocation schemes. A report for the European Commission. NERA Economic Consulting. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/air/airports/slots_en.htm. 2004

mantiveram-se relativamente indiferentes, dado que só serão afetadas nos slots que decidirem operar abaixo dos parâmetros de coordenação. Por outro lado, a Azul Linhas Aéreas apoiou as medidas – possivelmente por ser a maior empresa em termos regionais em operação na atualidade (especialmente após a fusão com a Trip Linhas Aéreas) e operar com aviões que atendem aos requisitos estabelecidos – enquanto a Avianca as criticou veementemente, argumentando que, apesar de se tratar de um avanço em relação à norma anterior, só se beneficiaria em menor grau da medida, dada as características de sua operação e porte, não contribuindo para uma efetiva desconcentração de Congonhas¹⁰⁶.

6. Conclusão

O presente artigo buscou analisar, sob uma perspectiva econômica, as alternativas de regulação e a evolução do mecanismo de alocação slots em aeroportos congestionados, tanto no Brasil como no exterior. Conforme foi explanado, nos casos onde o preço de acesso à infraestrutura aeroportuária é significativamente inferior ao custo social marginal, a demanda por esses ativos supera a capacidade prática do aeroporto, impondo a utilização de alguma forma de seleção de quais voos (e empresas) poderão operar tem que ser implantado.

O mecanismo administrativo recentemente implantado no Brasil torna a sistemática de alocação de slots significativamente mais próxima das diretrizes da IATA e, mais especificamente, do modelo europeu. Apesar de contribuir para uma maior convergência regulatória em âmbito internacional e tornar a alocação menos concentrada nos atuais incumbentes, é necessário considerar os problemas já identificados na experiência de outros países com esse modelo. Em particular, é necessário lembrar que esses mecanismos administrativos não garantem que os slots sejam distribuídos àqueles que façam o uso mais eficiente desse recurso.

Por essa razão, diversos autores acreditam que, ainda que implementados mecanismos administrativos de redistribuição de slots, a utilização de um mercado secundário poderia desempenhar um importante papel. Tal mecanismo permitiria lidar tanto com a ineficiência na alocação inicial promovida por mecanismos administrativos, quanto com o fato de que a demanda das empresas aéreas por slots se altera ao longo do tempo. Contudo, os contornos específicos em que tal mercado se organizaria carecem de um estudo específico, bem como as

¹⁰⁶<http://oglobo.globo.com/economia/congonhas-mudanca-na-distribuicao-dos-slots-divide-empresas-13210161>

salvaguardas necessárias para que se evitem potenciais problemas de concentração de mercado em aeroportos estratégicos.

Em síntese, a recém divulgada modernização do mecanismo de alocação de slots brasileiro pela Agência Nacional de Aviação Civil, ao exigir das empresas que operam em infraestruturas congestionadas maior eficiência operacional – diminuindo o custo social de cancelamentos e atrasos – e ao aumentar o potencial de contestabilidade desses mercados por empresas entrantes, foi certamente um passo na direção correta. Há, contudo, espaços para a melhora do mecanismo proposto.

O não-estabelecimento do mercado secundário de slots constitui, a nosso ver, o principal equívoco do novo mecanismo. Vários países, como os Estados Unidos e o Reino Unido, já o implementaram há vários anos e a União Europeia - que, como vimos, foi a principal fonte de inspiração para a nova regulamentação de slots brasileira - vem caminhando, há alguns anos, nessa mesma direção. A liberação do mercado secundário no Brasil é condição essencial para aumentar a eficiência alocativa e, conseqüentemente, o bem-estar social, razão pela qual, a nosso ver, deve constar como uma das principais prioridades da ANAC, no tocante a regulação do setor aeroportuário, para os próximos anos.

7. Referências Bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. *Dados comparativos*. Brasília: ANAC. Disponível em <http://www2.anac.gov.br/>. 2013.

BELOBABA, P.; ODoni, A.; BARNHART, C. *The global airline industry*. Sussex: John Wiley & Sons Ltd. 2009.

BORENSTEIN, S. *On the efficiency of competitive markets for operating licenses*. The Quarterly Journal of Economics, vol. 103, n. 2, p. 357-385, 1988.

CONNOR, O. *An introduction to airline economics*. Westport: Praeger Publishers. 2001.

CRAVO, B. *A alocação de slots e a concorrência no setor de transporte aéreo*. Journal of Transport Literature, vol.8 n. 1, 2014.

CZERNY, A.; TEGNER, H. *Secondary markets for runway capacity*. In: Seminar of the imprint-Europe thematic network: implementing reform on transport pricing. Brussels: European Commission. 2002.

CZERNY, A. I.; FORSYTH, P.; GILLEN, D.; NIEMEIER, H. *Airport Slots: international experiences and options for reform*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

DOTECOM LTD. *Alternative allocation mechanisms for slots created by new airport capacity*. London: DocEcon. Disponível em <http://www.dotecom.com/>. 2006.

EUROPEAN ORGANISATION FOR THE SAFETY OF AIR NAVIGATION – EUROCONTROL. *Standard inputs for Eurocontrol cost benefit analyses*. Brussels: EUROCONTROL. Disponível em: <http://www.eurocontrol.int/sites/default/files/publication/files/standard-input-for-eurocontrol-cost-benefit-analyses.pdf>. 2013.

EUROPEAN COMMISSION – EC. *Study on the impact of the introduction of secondary trading at community airports*. Survey: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/modes/air/airports/slots_en.htm. 2006.

EUROPEAN COMMISSION – EC. *Impact assessment: proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on common rules for the allocation of slots at European Union airports*. Commission staff working paper, Brussels: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/air/airports/slots_en.htm. 2011a.

EUROPEAN COMMISSION – EC. *Impact assessment of revisions to Regulation 95/93*. Brussels: European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/modes/air/airports/slots_en.htm. 2011b.

FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION OFFICE OF THE SECRETARY – FAA/OST. *Airport business practices and their impact on airline competition*. FAA/OST Task Force Study. Disponível em <http://ntl.bts.gov/lib/17000/17100/17129/PB2000108301.pdf>. 1999.

FIUZA, E.; PIONER, H. *Estudo econômico sobre regulação e concorrência no setor de aeroportos*. Estudos Regulatórios. Rio de Janeiro: ANAC. Disponível em <http://www.anac.gov.br>. 2009.

FRAGA, R. *Capacidade do lado aéreo dos aeroportos brasileiros*. Journal of Transport Literature. Vol. 6, n. 4, p. 178-189, 2012.

FRAGA, R.; OLIVEIRA, A. *Distribuição de slots em aeroportos: a experiência internacional e a concentração de frequências de voo no Brasil*. Revista de Literatura dos Transportes, vol. 3, n. 2, p. 25-46, 2009.

GRAHAM, A. *Managing airports: an international perspective*. Oxford: Elsevier. 2008.

INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION – IATA. *Worldwide Slot Guidelines*. Geneva: IATA. Disponível em <https://www.iata.org/policy/slots/pages/slot-guidelines.aspx>. 2012.

JESUS JR, L.; FERREIRA JR. H. *Distribuição de Slots e a Concorrência no Setor de Aviação Civil Brasileiro*. Análise Econômica, vol. 29, n. 56, 2001.

MCKINSEY & COMPANY. *Estudo do setor de transporte aéreo do Brasil: relatório consolidado*. Rio de Janeiro: Mckinsey & Company. 2010.

MENAZ, B.; MATTHEWS, B. *Economic perspectives on the problem of a slot allocation*. In: Czerny, A. I., Forsyth, P., Gillen, D. e Niemeier, H. *Airport slots: international experiences and options for reform*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES – NERA. *Study to assess the effects of different slot allocation schemes. A report for the European Commission*. NERA Economic Consulting. Disponível em http://ec.europa.eu/transport/air/airports/slots_en.htm. 2004

OLIVEIRA, A. *Grandfahering versus realocação realocativa de infraestrutura escassa: efeitos concorrenciais da redistribuição de recursos aeroportuários em situação de congestionamento*. VII Prêmio SEAE 2012. Monografias premiadas. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2012>. 2012.

SANDHOLM, T. *Algorithm for optimal winner determination in combinatorial auctions*. Artificial Intelligence, n. 135, p. 1-54, 2002.

UEDA, T. V. A. *Partir do aeroporto de Congonhas é mais caro que de Guarulhos? Um estudo econométrico dos preços das passagens aéreas*. Journal of Transport Literature, vol. 6, n. 3, p. 121-135, 2012.

ULRICH, C. *How the Present (IATA) Slot Allocation Works*. In: Czerny, A. I., Forsyth, P., Gillen, D. e Niemeier, H. *Airport Slots: international experiences and options for reform*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2008.

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE – GAO. *Airline Deregulation: changes in airfares, service quality, and barriers to entry*. Report to Congressional Requesters. Disponível em <http://www.gao.gov/products/RCED-99-92>. 1999.

VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; e HARRINGTON, J. E. *Economics of regulation and antitrust*. D.C. Heath. 1992.

YOUNG, S. B.; WELLS, A. T. *Airport Planning & Management*. McGraw-Hill. 2011.

Análise Prévia dos Atos de Concentração e a Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão e Partilha de Produção na Indústria do Petróleo

Sanzia Mirelly da Costa Guedes¹⁰⁷

RESUMO

Objetiva, o presente artigo, verificar a sistemática da análise prévia dos atos de concentração quando da ocorrência de cessão de direitos e obrigações decorrentes de concessão ou partilha de produção no setor upstream da indústria de petróleo brasileira, diante das recentes alterações normativas que ocorreram tanto em âmbito da defesa da concorrência quanto na regulação de tal setor. Pretende-se, com isso, destacar a ocorrência de *gun jumping* como problemática concorrencial nesse setor, em especial, quando ainda não bem caracterizada a cessão de direitos e obrigações em questão como ato de concentração. Aborda, assim, a interação entre regulação e concorrência nessa questão, destacando, por fim, como o CADE tem avaliado essas operações de cessão de direitos e obrigações e como elas podem caracterizar o *gun jumping*.

Palavras-chave: Atos de concentração. Cessão de direitos e obrigações. *Gun jumping*. *Upstream*. Petróleo.

ABSTRACT

The present research intends to verify the systematic of the pre-merger analysis in the event of assignment of rights and obligations under the concession or production sharing in the Brazilian upstream oil industry sector, mainly in the face of recent regulatory changes that have occurred under the protection of competition and also in the regulation of this sector. It's intended, thereby, highlight the occurrence of *gun jumping* as a competition problem in this sector, especially, where the assignment of rights and obligations (as an act of concentration) was not well characterized yet. Discuss, therefore, the interaction between regulation and competition, highlighting, lastly, how the Brazilian antitrust authority appraises these rights assignments and how they can characterize the *gun jumping*.

Keywords: Merger. Assignment of Rights and Obligations. Gun Jumping. Upstream. Petroleum.

Classificação JEL: *K21; K23; K42; L14; L41; L51; L71*.

¹⁰⁷ Advogada. Graduada em Direito pela UFRN. Pesquisadora-bolsista pelo PRH-36 ANP/MCT/UFRN durante o biênio 2012-2013. Email: sanzia.mirelly@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Submissão dos contratos de cessão de direitos e obrigações do *upstream* da indústria de petróleo à análise do CADE. 2.1. Características gerais da indústria petrolífera brasileira e dos contratos de cessão de direitos e obrigações do setor upstream. 2.2. Consulta IBP e reconhecimento da cessão de direitos e obrigações dos contratos de concessão e partilha da produção como atos de concentração. 3 Regulação e concorrência: atuação do CADE e da ANP contra a formação de *Gun Jumping*. 3.1 Conceito de *Gun Jumping*. 3.2 Precedentes do CADE e o ofício circular 003/2013/SEP da ANP. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A presente pesquisa foi iniciada a partir do questionamento de como as alterações da análise prévia dos atos de concentração iriam alterar nos requisitos do contrato de cessão de direitos e obrigações decorrentes de contratos de concessão e partilha de produção no setor upstream¹⁰⁸ da indústria de petróleo brasileira.

Explica-se melhor: a análise dos atos de concentração, que anteriormente à Lei nº 12.529/2011, dava-se após a formação do contrato, passou, então, ser prévia à consolidação dos atos contratuais. Para entender a dimensão dessa mudança nos contratos supracitados, é preciso, primeiramente, examinar como tem ocorrido tal análise, bem como o que a Lei nº 12.529/2011 considera como “ato de concentração”.

Ademais, a questão aqui abordada se faz importante diante da Lei do Pré-sal (Lei nº 12.351/2010), a qual, além de instituir o contrato de partilha de produção para exploração e produção de campos de Pré-sal e os considerados estratégicos pelo CNPE, determina que a Petrobras, empresa estatal, será operadora em todos os blocos dos campos acima destacados, como também deverá participar dos consórcios formados após o leilão desses campos, tendo participação mínima de 30% (trinta por cento) neles.

Portanto, a Lei nº 12.351/2010 tende a intensificar a formação de contratos associativos num setor cujo mercado relevante de grande porte econômico.

Assim, a problemática da presente pesquisa está situada num mercado regulado, no qual a concorrência é, diante da Lei 12.351/2010, mitigada na ocorrência de leilões para se delimitar o vencedor da licitação. Contudo, havendo a possibilidade de, após a licitação, se realizar contrato de cessão de direitos e obrigações, é preciso avaliar se tal cessão tem

¹⁰⁸ Entende-se, neste artigo, como “setor upstream da indústria de petróleo”, as atividades correspondentes à exploração e produção de petróleo, conforme descrito na Lei nº 9.478/97, em especial, em seu art. 6º, XV e XVI.

natureza de ato de concentração, quais requisitos deve ter e por qual análise terá de ser submetida para estar coerente com o ordenamento jurídico pátrio.

Desse modo, é preciso ter mente que a Lei nº 12.529/2011 inova o ordenamento jurídico brasileiro, alterando a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e, especialmente, a dinâmica de análise dos atos de concentração¹⁰⁹. Esse novo modelo previsto na Lei nº 12.529/2011, com destaque para o art. 88, § 4º, determina que as partes envolvidas em operações de atos de concentração econômica delimitadas nos incisos I e II do referido artigo devem submeter tais operações à análise do CADE, preservando, até a decisão final, as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, podendo haver sanções caso essas normas sejam desrespeitadas.

Nesse sentido, para auxiliar o CADE em suas decisões, as quais prezam tanto pelo rigor técnico quanto celeridade processual, as agências reguladoras passam a exercer um importante papel, fornecendo informações e dados sobre os mercados regulados por elas, bem como oferecendo pareceres e avaliações técnicos sobre as repercussões concorrenciais das negociações ocorridas nos referidos mercados.¹¹⁰

Para fins desse trabalho, importante ressaltar que a Lei nº 12.529/2011 alterou os requisitos para que um ato de concentração deva, obrigatoriamente, ser submetido à análise do CADE. Segundo o art. 88 da supracitada lei, um dos grupos envolvidos tenha registrado, no Brasil, no último balanço realizado antes da operação, faturamento bruto anual igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), à medida que o outro grupo tenha registrado, no mesmo período, faturamento bruto anual, no Brasil, de, pelo menos, R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Também é necessário destacar que esses valores de faturamento podem corresponder a valores sobejamente pequenos para determinado mercado relevante que tenha grande porte ou, ao contrário, representar montante excessivamente alto para mercados de pequeno porte. A fixação de valores arbitrários em lei, desse modo, poderá causar exorbitância de notificações em dado mercado de grande porte, no qual quase totalidade dos atos de concentração deverá ser notificada, como tende a ocorrer, por exemplo, no mercado relevante de exploração e produção de petróleo, o qual possui, conforme a ANP¹¹¹, “dimensão

¹⁰⁹ Sobre as alterações trazidas por essa lei, Eduardo Caminati Ander (et ali., 2012, p. 280) aduz que: “a alteração de um regime a posteriori de notificação para um regime a priori caracteriza relevante mudança na forma e procedimento da análise dos atos de concentração”.

¹¹⁰ ANP, 2013, p. 12.

¹¹¹ 2013, p. 11.

internacional e é notabilizado pela presença de grandes grupos econômicos com faturamento muito superior aos que se encontram previstos na Lei (12.529/2011)”.

Também para fins de análise da presente pesquisa, deve-se salientar que, ao contrário da lei anterior – a qual trazia um conceito amplo de atos de concentração -, o art. artigo 89 da Lei 12.529/2011 delimita as operações correspondentes a atos de concentração, sendo elas: (i) a fusão de 02 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes, (ii) a aquisição, direta ou indireta, de 01 (uma) ou mais empresas, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, por via contratual ou qualquer outro meio, bem como a aquisição do controle ou parte de uma ou outras empresas, (iii) a incorporação entre empresas e, ainda, (iv) a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, entre 02 (duas) ou mais empresas.

Assim, somente as operações que possam se encaixar em alguma das 04 (quatro) hipóteses trazidas pela lei deverá ser considerada como ato de concentração e, caso também corresponda aos requisitos do art. 88, deverão as empresas envolvidas notificar o CADE antes de consumir tal operação.

Igualmente importante evidenciar que o disposto no parágrafo único do art. 90 representa a exceção prevista em lei para que a hipótese prevista no inciso IV do art. 90, mesmo apresentando os requisitos dos incisos I e II do art. 88, não haja a obrigação de notificar o CADE antes da consumação da operação.

Desse modo, a celebração de contrato associativo, independente do registro do faturamento bruto anual do último balanço, quando destinada a licitações promovidas pela administração pública, direta ou indireta, bem como aos contratos delas decorrentes diretamente, não se submetem à análise prevista no art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

Portanto, os contratos de associação decorrentes diretamente de licitações e leilões e, assim, voltados para a atividade-fim de agências reguladoras não precisam ser submetidos ao CADE. É o que ocorre no setor *upstream* da indústria de petróleo, especificamente para a celebração de contratos de concessão ou partilha da produção a partir das Rodadas de Licitação organizadas pela ANP.

Interessante acentuar que essa exceção está prevista no texto legal visa aperfeiçoar o processo licitatório¹¹² realizado, evitando a exigências de excessivas medidas burocráticas para a realização do procedimento, que seriam, muitas vezes, desnecessárias, tendo em vista que, dos diversos consórcios formados para participação de licitações, somente 01 (um) é

¹¹² Hely Lopes Meirelles (2011, p. 283) entende que “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

consagrado vitorioso e, de fato, irá atuar. Ademais, o próprio processo licitatório administrativo já contém pressões competitivas e seu resultado representa a escolha mais vantajosa para o interesse público, o que poderia tornar a inútil a análise realizada pelo CADE.

Dessa forma, este artigo se limita a fazer um contraponto entre a nova sistemática de análise prévia dos atos de concentração e a cessão de direitos e obrigações subsequente aos contratos de concessão e, futuramente, também de partilha da produção do setor upstream da indústria petrolífera nacional, destacando, com isso, a dinâmica existente entre concorrência e regulação nesse aspecto.

Para tanto, a primeira parte dessa pesquisa trata dos contratos de cessão de direitos e obrigações no setor upstream da indústria de petróleo, destacando suas possibilidades jurídicas diante dos contratos de concessão (Lei nº 9.478/97) e partilha de produção (Lei nº 12.351/2010), ressaltando, também, suas características e como é visto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Por sua vez, a segunda parte desse artigo irá abordar questões referentes à interação entre regulação e concorrência nesse setor, dando foco ao *gun jumping* como problema concorrencial que pode surgir quando formalização dos contratos de cessão de direitos e obrigações em questão.

Por fim, ainda nessa segunda parte, é feita análise das decisões do CADE em questões envolvendo a problemática então abordada, como também se observa o modo como a ANP tem se portado diante dessa questão e as alterações normativas por ela realizadas.

Com isso, pretende-se destacar como o CADE vem se comportando ao decidir pela ocorrência ou não de *gun jumping* nesse tipo de operação e como esse órgão de defesa da concorrência tem analisado e decidido sobre os atos de concentração que envolvem a cessão de direitos e obrigações aqui abordada.

2. Submissão de Contratos de Cessão de Direitos e Obrigações do *Upstream* da Indústria de Petróleo à Análise do CADE

2.1 Da Possibilidade Jurídica e Características Gerais dos Contratos de Cessão de Direitos e Obrigações do Setor *Upstream* da Indústria de Petróleo

Atualmente, a indústria de petróleo constitui um mercado diferenciado e regulado, principalmente, por duas leis: (i) nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), a qual regulou a mitigação do monopólio estatal previsto no art.177 da Constituição Federal, prevendo o regime contratual de concessão e (ii) nº 12.351/2010 (Lei do Pré-sal), instituída após o descobrimento dos campos de Pré-sal e estabelece o regime contratual de partilha da produção para áreas estratégicas e do Pré-sal.

Destaca-se que, em ambos regimes, o contrato formado é um negócio livre entre as partes, contudo, submetido a regras previamente determinadas pelo Poder Público (os pré-requisitos que constam no edital). Ao ocorrer a cessão da posição contratual, juntamente com ela é transferida não somente o objeto-fim contratual, mas também toda a gama de condições iniciais deve ser respeitada e preservada pela empresa que ocupará a posição no contrato.

Destaca-se que a Lei 9.478/97 não traz a expressão “cessão de direitos e obrigações”, não havendo, assim, previsão explícita desse tipo contratual. Contudo, como é possível observar nos contratos anteriormente, sempre há cláusula específica para disciplinar tal possibilidade contratual, comumente denominada de “Cláusula de Cessão de Direitos e Obrigações”¹¹³, na qual são estabelecidas as possibilidades de ocorrência de cessão na fase da exploração ou na fase de produção, bem como quais são os documentos necessários para requerê-la e os prazos para a ANP analisá-la.

Já a Lei 12.351 prevê expressamente a possibilidade da cessão de direitos e obrigações em seu art. 31, determinando em que condições tal cessão poderá ser autorizada pelo Ministério de Minas e Energia (MME), após ser ouvida a ANP.

As condições citadas no artigo acima referida correspondem (i) à preservação do objeto contratual e de suas condições, (ii) ao atendimento, por parte do cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia e, por último, (iii) ao exercício do direito de preferência dos demais consorciados, na proporção de suas participações no consórcio.

Junto a tais condições, o contrato de partilha da produção também deve prever cláusula específica para a formalização da cessão de direitos e obrigações¹¹⁴, assim como ocorre nos contratos de concessão.

¹¹³ A exemplo, na 12ª Rodada de Licitações, o contrato previa tal dispositivo na sua 28ª (vigésima oitava cláusula), com é possível se verificar através do endereço eletrônico: http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Edital_R12/R12_modelo_contrato_vfinal.pdf.

¹¹⁴ No contrato referente à 1ª Rodada de Licitações sob o regime de partilha da produção, a cláusula 30ª (trigésima) trata sobre a cessão de direitos e obrigações, como se verifica no site: http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Edital_p1/Contrato_autorizado_030913.pdf.

Os contratos de cessão de direitos e obrigações do *upstream* da indústria de petróleo brasileira são regulados pela Lei do Petróleo e por regulamentações da ANP e consistem, basicamente, a possibilidade de que a empresa ou o grupo de empresas vencedor da licitação (seja em regime de concessão ou partilha da produção) ceda a outra, em sua totalidade ou parcialmente, o direito de se explorar e produzir em blocos obtidos por licitação prévia. Haverá, portanto, a substituição do concessionário e, com isso, a alteração da relação subjetiva existe no contrato, sem que haja, de fato, alteração material.

Também conhecidos como contratos de farm-in/farm-out¹¹⁵, os contratos de cessão de direitos e obrigações decorrentes da concessão ou partilha da produção, geralmente, são celebrados por empresas que objetivam repartir obrigações de grande porte, procedentes do contrato de concessão ou partilha da produção, bem como se isentar de encargos advindos das atividades do setor upstream da indústria de petróleo¹¹⁶.

Além disso, o contrato de cessão pode ser realizado com o objetivo de incorporar melhores e mais modernas técnicas e estratégias de desenvolvimento e planejamento¹¹⁷, permitindo a troca de experiências e informações entre as empresas, de modo a contribuir com o desempenho do empreendimento.

Deve-se destacar que sendo parcial a cessão de direitos, ela dará origem a uma *joint venture*,¹¹⁸ formando uma associação entre a empresa cedente e a empresa cessionária que terá finalidade econômica e tempo limitado (em razão do contrato de cessão ou do contrato de partilha ou concessão, nos quais há prazo para a exploração e produção dos blocos de petróleo).

Ainda, caso a cessão seja parcial, o bloco poderá ser dividido de forma que cada parte, de modo independente, fique responsável unicamente pela sua atuação, não havendo, assim, consórcio ou atuação em comum¹¹⁹.

Lembra-se que, nos casos do regime de partilha da produção, havendo cessão, sempre haverá consórcio, tendo em vista que o parágrafo único do art. 31 da Lei 12.351/2010 é claro ao afirmar que “a Petrobras somente poderá ceder a participação nos contratos de partilha de

¹¹⁵ Para se aprofundar sobre a constitucionalidade desse tipo contratual no ordenamento jurídico brasileiro, acessar: http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0523_05.pdf.

¹¹⁶ ROCHA DA SILVA, et al, 2005.

¹¹⁷ ROCHA DA SILVA, et al, 2005.

¹¹⁸ Quanto o conceito de *joint venture*, deve-se ressaltar que: “trata de uma modalidade institucional recente, carecendo os estudiosos de experiência. Na verdade, a tentativa de estabelecer um conceito preciso do que seja a *joint venture* coube inicialmente à jurisprudência dos países da common-law. Dessa forma, a literatura juscomercialista atribui à expressão *joint venture* um significado amplo, englobando todas as formas de colaboração empresarial internacional, sem observar a extrema vagueza das definições” (GAMBARO, 2000).

¹¹⁹ ROCHA DA SILVA, et al, 2005.

produção que obtiver como vencedora da licitação, nos termos do art. 14”.

Ou seja, sendo vencedora única ou em consórcio com outras empresas, a Petrobras somente poderá ceder a parte correspondente ao que venceu na licitação, não sendo possível a cessão dos 30% do bloco a ela reservados por lei (art. 10, III, “c”, da Lei 12.351/2010).

A análise dessa operação – formação de contrato de cessão decorrente de concessão ou partilha de produção – é importante diante, inicialmente, dos seus altos custos e por envolver empresas de grande porte, geralmente, com faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)¹²⁰, patamar previsto pelo art. 88, I, da Lei nº 12.529/2011, para que um ato de concentração econômica seja submetido à análise do CADE.

Isto é, caso se entenda que tais contratos constituem atos de concentração, para sua formalização, eles, além de serem devidamente analisados pela ANP – e no caso da partilha, também pelo Ministério de Minas e Energia, devem, impreterivelmente, serem submetidos à análise do CADE, para que possam ser consumados e gerar efeitos jurídicos válidos.

Assim, é importante observar as particularidades dos contratos de cessão decorrentes da partilha da produção ou concessão, especialmente para ser possível verificar se, de fato, eles podem ou não ser caracterizados como atos de concentração econômica e se devem ser precedidos de notificação ao CADE para se concretizarem.

2.2. Consulta IBP e Reconhecimento da Cessão de Direitos e Obrigações dos Contratos de Concessão e Partilha da Produção como Atos de Concentração

O Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP), em janeiro de 2014, formulou consulta ao CADE, a qual recebeu o número 08700.000207/2014-02, a fim de que o CADE se manifestasse quanto à obrigatoriedade da notificação prévia à formalização de cessão de direitos e obrigações decorrentes do contrato de concessão no setor upstream da indústria de petróleo.

O IBP defendeu, em sua consulta, que a espécie de operação em questão seria neutra do ponto de vista concorrencial, por apenas resultarem na troca de posição contratual, sem

¹²⁰ Devendo a Petrobras participar de todos os blocos do regime de partilha da produção e participando das atividades de exploração e produção de quantidade relevante de blocos regulados através da concessão, toma-se referida empresa como patamar. A Petrobras, com base em site nacional lucrou mais de 23 bilhões de reais no ano de 2013, superando significativamente a margem estabelecida pela Lei nº 12.520/2010. Lucro da Petrobras sobre 11% em 2013 e soma R\$ 23,57 bilhões. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3443900/lucro-da-petrobras-sobe-11-em-2013-e-soma-r-2357-bilhoes>>. Acesso em 05 mar. 2015.

implicar em aquisição societária ou controle de empresas, nem em transferência de participação de mercado.

Ademais, a IBP afirmou acreditar ser referida cessão “mera alteração da titularidade do contrato de cessão”¹²¹, devendo, por isso, enquadrar-se na hipótese de isenção prevista no art. 90 da Lei 12.529/2011, por se tratar de contrato decorrente da concessão.

Ao tratar do mérito da consulta, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo entendeu que as operações de cessão de direitos e obrigações que altere a titularidade dos contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural devem ser, obrigatoriamente, notificadas pelo CADE, argumento que tais operações são caracterizadas como atos de concentração, encaixando-se, inclusive, em duas das hipóteses do art. 90 da Lei nº 12.529/2011, a saber: inciso II (aquisição de controle ou parte da empresa – sendo empresa o consórcio em questão) e IV (formação de consórcio ou *joint venture*).

Segundo o conselheiro Gilvandro Vasconcelos, as operações em questão se enquadram no inciso II do art. 90 da Nova Lei do CADE, uma vez que o contrato de consórcio, ainda que não contenha personalidade jurídica e não importem em “presunção de solidariedade passiva entre os consorciados não prejudica sua eventual caracterização como empresa”, é compreendido como empresa¹²², por equiparar-se a uma atividade organizada que se destina a produção de um bem.

Nessa oportunidade, o conselheiro ressaltou que a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação podem ser exemplos de sociedades empresariais não personificadas, enquanto que as sociedades limitadas e anônimas seriam exemplos de sociedade, por vezes empresárias, de responsabilidade limitada, sem a presunção típica de solidariedade entre as partes.

Por outro lado, tais operações também se enquadrariam no inciso IV do art. 90 da Lei 12.529/2011, diante da celebração de consórcio ou *joint venture* que decorre da cessão de direitos e obrigações no caso em questão, tendo em vista a cooperação que passa a existir entre as empresas como dever principal, envolvendo, nas palavras do conselheiro¹²³ “a reunião, a organização das partes, em torno de fim comum que lhes impõe o paralelismo de comportamento”.

¹²¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº 08700.005775/2013-19. Relatora: Ana Frazão. Brasília, 28 ago. 2013.

¹²² Gilvandro Vasconcelos (Consulta nº 08700.000207/2014-02 - CADE), inclusive, menciona o conceito de André Luiz Santa Cruz Ramos: “empresa é, na verdade, um conceito abstrato, que corresponde, como visto, a uma atividade econômica organizada, destinada à produção ou à circulação de bens ou de serviços. Não se deve confundir, pois, empresa com sociedade empresária”.

¹²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 08700.000207/2014-02. Brasília, 02 abril 2014.

Quanto à isenção prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei 12.529/2011 e, segundo alegado pela IBP, aplicada ao tipo de operação em análise, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, em seu voto, defende ao contrário: pelo não enquadramento dessa norma nas espécies de operações mencionadas, posto que os contratos de cessão de direitos e obrigações questionados não são diretamente decorrentes de licitações administrativas para que a isenção fosse justificável. Supracitados contratos são operações independentes, as quais abrangem a modificação da titularidade de contratos de concessão ou partilha em momento após a conclusão da licitação.

Nessa consulta, o entendimento do Conselheiro Gilvandro, proferido em seu voto-vista, foi acompanhado pelo Conselheiro Relator Eduardo Pontual e, posteriormente, pela unanimidade do Tribunal do CADE.

Tal posicionamento, destaca-se, já havia sido defendido pela Conselheira Ana Frazão nos autos do Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19, ao analisar a aquisição pela OCX da participação de 40% (quarenta por cento) então detida pela Petrobras em determinado contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção do Bloco BS-4, decidiu, também, pela obrigatoriedade de notificação ao CADE e, por nesse caso a operação ter se consumado anteriormente à notificação e decisão do CADE, homologou Acordo de Ato de Concentração, diante da infração cometida.

Da análise da Consulta formulada pela IBP e da decisão supracitada, entende-se que o CADE tem consolidado seu posicionamento no sentido que as operações de cessão de direitos e obrigações em contratos de concessão que resultam na alteração das partes contratuais são atos de concentração econômica e, por isso, devem ser devidamente notificados.

Por sua vez, a ANP¹²⁴ firmou entendimento que as operações que envolvem alteração na titularidade de contratos de concessão de direitos e obrigações preservam a qualidade de atos de concentração, devendo serem notificadas ao CADE antes de sua consumação.

A divergência do entendimento da ANP e do CADE consiste somente no ponto em que a agência reguladora defende que as cessões de direito são enquadradas como atos de concentração somente no que tange ao art. 90, II, da Lei 12.529/2012, quanto à aquisição de ativos intangíveis¹²⁵.

Para a ANP, a exceção do parágrafo único do art. 90 da Lei 12.529/2011 que trata das operações do art. 90, IV, da mesma lei, incidiria nos contratos de cessão de direitos e obrigações se esses fossem enquadrados somente nesse inciso. A ANP, diferentemente do

¹²⁴ 2013, p. 13.

¹²⁵ ANP, 2013, p. 13.

CADE, portanto, realizou uma interpretação extensiva ao considerar o contrato de cessão diretamente decorrente da licitação.

Independente da posição adotada, se do CADE ou ANP, o resultado prático é, basicamente, o mesmo: devem as empresas notificarem o CADE antes de consumarem a celebração do contrato de cessão de direitos e obrigações em questão.

Desse modo, devem o CADE e a ANP cooperarem em relação a situação em destaque, devendo a ANP comunicar o CADE quando da requisição de tais operações, para evitar, sempre que possível, a ocorrência de infrações.

3. Regulação e Concorrência: Atuação do CADE e ANP Contra a Formação de *Gun Jumping*

O reconhecimento pelo CADE, anteriormente analisado, de que a celebração de cessão de direitos e obrigações de contratos de concessão e partilha na indústria do petróleo constitui ato de concentração, o qual não pode ser atingido pela exceção prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.529/2011, devendo, por isso, ser analisado previamente pelo CADE, para, caso aprovada, ser, de fato, finalizada e ter todos seus efeitos jurídicos válidos.

Sobre esse ponto, ressalta-se que as empresas desejosas em consolidar a cessão de direitos e obrigações em questão devem compreender que além da vontade entre as partes e as formalidades contratuais, é necessária para a consolidação desse contrato a prévia análise do órgão antitruste brasileiro, de modo que, anteriormente à finalização dessa análise e sem qualquer autorização pelo CADE, tais empresas não poderão dar seguimento ao contrato de cessão, devendo respeitar aspectos confidenciais e as restrições fixadas pelo direito concorrencial¹²⁶.

Isto é, em decorrência direta da afirmação que a cessão de direitos e obrigações em questão consiste em ato de concentração, surge, sob pena de infringir a Lei nº 12.529/2011, a obrigação dos empresários em notificar o CADE antes da celebração desse contrato de cessão, tendo em vista que, conforme se observa em quase totalidade dos casos analisados, os valores de operações similares a em destaque superam os previstos no art. 88, I e II, da Lei nº 12.529/2011, tornando obrigatória a análise prévia pelo órgão de defesa da concorrência brasileiro.

¹²⁶ BLUMENTHAL, 2005, documento online não paginado.

Assim, importante analisar as repercussões jurídicas caso a análise prévia prevista na Lei nº 12.529/2011 não seja respeitada, bem como examinar, com base em processos julgados pelo CADE, se, no geral, a celebração de cessão de direitos e obrigações de contratos de concessão e, posteriormente, de partilha na indústria do petróleo representa um ato de concentração nocivo a concorrência ou se, ao contrário, podem trazer ganhos concorrenciais ao setor, devendo, nesse caso, ser analisada conforme procedimento sumário previsto na Lei nº 12.529/2011. É o que segue.

3.1. Conceito de *Gun Jumping*

Diante da nova sistemática de análise prévia dos atos de concentração, aquelas empresas que consumarem suas operações antes da devida notificação e apreciação pelo CADE poderão ter contra elas processo administrativo instaurado, chegando, inclusive, a terem seus contratos declarados nulos¹²⁷, bem como sofrerem condenação de multa pecuniária por não respeitar o ordenamento jurídico pátrio, como se observa no parágrafo 3º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, *in verbis*:

§ 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.

Tal instituto, novo na legislação brasileira, vem sendo utilizado em outros ordenamentos jurídicos e é, comumente, conhecido por *gun jumping*, como referência à precipitação de empresas em consolidar atos de concentração sem respeitar seu processo de análise.

Nesse sentido, compreende-se que *gun jumping* faz referência às condutas realizadas por empresas, em sede de controle de estruturas, que reduzem a concorrência num dado mercado anteriormente a decisão final do órgão de defesa da concorrência quanto à possibilidade de concentração econômica de tais empresas.

Tais condutas podem ser caracterizadas pela integração precoce das empresas, de modo que elas possam deixar de atuar de forma independente no mercado, ou a troca de informações concorrenciais sensíveis, capaz de gerar um comportamento coordenados

¹²⁷ Apesar de não ser o tema centra desse trabalho, importante colocar que autores como Roberto Domingos Taufick (2012, 439-440) defendem que não se trataria de nulidade, mas de anulabilidade, ao afirmar que a pena prevista no parágrafo 3º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 “em verdade, não se trata de nulidade, mas de anulabilidade”.

dessas empresas e prejudicar a concorrência¹²⁸. Assim entende Richard Liebeskind, o qual defende ser *gun jumping* um termo utilizado para fazer referência “a uma variedade de ações que as partes podem estabelecer antes do fechamento para facilitar a operação e acelerar a integração das empresas”¹²⁹.

Destaca-se, também, que as condutas capazes de caracterizar o *gun jumping* podem ocorrer, especialmente, em dois momentos distintos: tanto anteriormente a realização da notificação do ato ao CADE quanto durante a análise do ato pelo CADE¹³⁰.

Entendendo a importância de se evitar tais condutas, o RICADE¹³¹ determina, conforme art. 108, *caput*, que anteriormente ao final da apreciação do CADE, as empresas que desejarem realizar concentração econômica devem manter-se em condições de competitividade, sendo vedadas (i) a transferência de ativos e qualquer tipo de influência entre as empresas – como forma de evitar a integração prematura – e (ii) a troca de informações desnecessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

Inclusive, ainda que não haja risco de acesso à informação, modificação nas estruturas físicas ou alteração na relação entre as empresas, o adiantamento de parcelas do pagamento, como sinal de que a integração das empresas será concretizada, pode caracterizar *gun jumping*, conforme entendimento do CADE na decisão do AC nº 08700.008292/2013-76.

Importante destacar que, também em decisões recentes, o Tribunal Administrativo do CADE vem compreendendo *gun jumping* como condutas realizadas anteriormente à decisão do CADE, por empresas que desejam realizar entre si a concentração econômica. Corroborando com esse entendimento, a Conselheira Ana Frazão afirmou, em seu voto no AC nº 08700.005775/2013-19, entender como *gun jumping* “qualquer ato capaz de alterar as condições de concorrência no mercado antes de o CADE ter concluído sua análise ou ter concedido a autorização liminar prevista no art. 54, § 1º da Lei Antitruste”.

Ademais, além de clara e manifesta ação das empresas contrária a lei, o que já apresenta certa gravidade na conduta, como alerta Paula Forgioni¹³², a ocorrência de uma

¹²⁸ Nesse sentido, Amanda Athayde Linhares Martins (2012, p. 58) aduz que: “por *gun jumping* entende-se a teoria que se presta a analisar a suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura entre empresas em processo de concentração econômica”.

¹²⁹ LIEBESKIND, 2003, documento online não paginado, tradução do autor.

¹³⁰ SAITO, 2013, p. 96.

¹³¹ RICADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹³² Nas palavras da autora: “a concentração não autorizada e efetivada, na medida em que implicar domínio de mercado, abuso de posição dominante ou prejuízo concorrencial é capaz de configurar infração à ordem econômica, determinando a incidência do art. 36, *caput*, de forma que exige a abertura de processo para sua investigação”. (FORGIONI, 2012. p. 418-419).

concentração ainda não autorizada e já efetivada pode ser indicativo de redução considerável do número de agentes econômicos naquele mercado, abuso de posição dominante, entre outras ações que podem acarretar infrações à ordem econômica, motivo pelo qual merece especial atenção do CADE, no intuito de coibir e evitar a conclusão de um ato de concentração econômica sem a sua devida análise (quando esta for obrigatória).

Assim, para evitar que o *gun jumping*, visto como problemática concorrencial, ocorra com certa frequência no setor upstream da indústria do petróleo, quando da celebração de cessão de direitos e obrigações decorrentes de concessão ou partilha da produção, destaca-se, a seguir, o entendimento da ANP e do CADE diante das particularidades dessa questão. Importante observar, inclusive, como o CADE vem se comportando ao decidir pela ocorrência ou não de *gun jumping* nesse tipo de operação.

3.2. Precedentes do CADE e o Ofício Circular 003/2013/SEP da ANP

Com a Lei nº 12.529/2011 e a incerteza se a cessão de direitos e obrigações que importem de alteração na titularidade dos contratos de concessão para o exercício das atividades de exploração e produção de petróleo seria ou não considerado ato de concentração, devendo a operação ser notificada ao CADE, acabou acarretando na prática de *gun jumping* por empresas atuantes no setor.

O primeiro caso analisado pelo CADE nesse sentido foi a operação a em que a OGX adquiriu a participação de 40% (quarenta por cento) detida pela Petrobras em contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás no Bloco BS-4, localizado na Bacia de Santos. Referida situação foi autuada como AC nº 08700.005775/2013-19, tendo a Conselheira Ana Frazão como relatora.

Nesse processo, a Procade emitiu parecer alegando que na situação existiam elementos de *gun jumping*, uma vez que a partir do momento da assinatura do contrato de cessão de direitos e obrigações, a OGX passou a ter efetiva participação nas decisões tomadas pela Petrobras em relação ao objeto da operação, houve, portanto, integração precoce entre as empresas. Junto a isso, foi destacado o compartilhamento de informações e decisões sobre “questões concorrencialmente relevantes”¹³³, de modo que essa operação foi facilmente caracterizada como *gun jumping*.

¹³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº 08700.005775/2013-19. Relatora: Ana Frazão. Brasília, 28 ago. 2013.

Apesar do cometimento da infração, a Superintendência Geral destacou que além do bloco ainda não está em funcionamento, a operação seria “incapaz de gerar preocupações concorrenciais”, já que a participação do Grupo EBX nesse seguimento no Brasil é bastante diminuta.

Concordando com o então exposto, a Conselheira Ana Frazão ainda acrescentou que a referida operação, mesmo que de modo singelo, iria reduzir a predominância da Petrobras nas atividades do setor, acarretando em certa desconcentração.

Assim, na decisão, datada de 28 de agosto de 2013, o Acordo de Contrato de Concentrações proposto pela OGX foi homologado, sendo a operação aprovada sem restrições, com aplicação de multa no valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) pela ocorrência da infração prevista no art. 88, § 3º, da Lei 12.529/2011.

Ainda na decisão do supracitado AC, foi ressaltado o Ofício Circular n. 003/2013/SEP, no qual a ANP passou a determinar expressamente a exigência da prévia aprovação do CADE para esse tipo de operação, como se observa no destaque:

“Os pedidos de autorização para Cessão de Direitos e Obrigações serão devolvidos se não forem apresentados rigorosamente de acordo com este Procedimento, contendo os seguintes documentos: (...) k) Parecer Técnico, emitido pelo Cade, de aprovação da aquisição de ativos relativos aos Contratos de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural, em cumprimento do art. 88 da Lei no 12.529/2011 (considerando-se os valores previstos na Portaria Interministerial MJ/MF no 994, de 30 de maio de 2012); ou Declaração de Faturamento Bruto Anual ou Volume de Negócios no País, assinada pelo(s) Cedente(s) e Cessionário(s), onde deverá constar que Cedente(s) e Cessionário(s) não se enquadram nas hipóteses previstas no art. 88 da Lei no 12.529/2011. Obs.: O pedido de Cessão poderá vir, inicialmente, acompanhado do comprovante de protocolo de submissão da operação ao Cade. O processo de Cessão, entretanto, só será levado à análise da Procuradoria-Geral Federal e à deliberação da Diretoria Colegiada mediante apresentação do documento emitido pelo Cade, de aprovação da aquisição do ativo objeto da Cessão de Direitos e Obrigações.”

Com referido Ofício Circular da ANP, tem-se a consolidação da obrigatoriedade de se notificar o CADE para se realizar o contrato de cessão de direitos e obrigações decorrentes de concessão ou partilha de produção, tendo em vista que essa é reconhecida como uma etapa anterior e essencial à análise da própria agência reguladora. Com essa exigência, ressalta-se, não resta qualquer dúvida quanto o reconhecimento dessa operação como ato de concentração e torna duplamente obrigatória a referida notificação.

Após, também foram julgados os ACs nºs 08700.008289/2013-52 e 08700.008292/2013-76. O primeiro, também de relatoria da Conselheira Ana Frazão, tratava da Aquisição, por parte da UTC, de participação de 37% detida pela Aurizônia no Bloco BT-POT-39, enquanto o segundo teve como relator o Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, e

versava sobre a aquisição, por parte da UTC, de participação de 50% detida pela Potióleo no Bloco BT-POT-10.

Em ambos os casos, os conselheiros entenderam pela aprovação sem restrição das operações, bem como pela aplicação da multa pecuniária pela infração prevista no art. 88, § 3º, da Lei 12.529/2011.

Da análise das decisões citadas, observa-se que para a homologação dos ACCs, em casos similares aos narrados, o CADE vem, portanto, se o valor da multa proposta tem percentual significativo em relação ao valor da operação, bem como quais as vantagens que o acordo trará para o mercado e para a aplicação da legislação antitrust. O primeiro e emblemático caso envolvendo a Petrobras e a OCX vem sendo reconhecido parâmetro para a homologação dos demais acordos.

Além dessas operações, é precioso destacar o AC nº 8700.007899/2013-39, cujo relator foi o Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, que tratou sobre a aquisição, pela Total E&P do Brasil Ltda (“Total”), de 50% dos direitos e obrigações referentes à participação detida pela Petrobras no Contrato de Concessão nº 48610.007990/2004.

Em seu voto, o conselheiro, para desconsiderar o *gun jumping*, destacou e analisou todas as atividades que poderiam ser consideradas como consumação antecipada da operação, concluindo que não foram realizados, até aquele momento, ações que integrasse as empresas ou a ocorrência de troca de informações concorrencialmente sensíveis. Ao fim, concluiu pela aprovação da operação sem restrições, por não haver qualquer entrave concorrencial.

Dessa forma, compreende-se que, apesar de ser recente a ocorrência de *gun jumping* no cenário brasileiro, o CADE vem consolidando seu entendimento quanto das hipóteses gerais de condutas que levam a ocorrência dessa infração, a qual é considerada grave.

No setor upstream da indústria de petróleo, inclusive, consolidou entendimento da necessidade de notificação prévia à consumação da celebração de cessão de direitos e obrigações decorrentes de concessão para exploração e produção em blocos de petróleo.

Os casos ora abordados, todavia, ainda que existente a da aplicação de multa decorrente da infração do parágrafo 3º do art. 88 da Lei 12.529/2011, tiveram seus méritos aprovados sem restrições, o que os caracteriza como operações que não implicam em problemas concorrenciais no setor.

A atuação da ANP, em conjunto com o CADE, se faz importante quanto à comunicação de ocorrência de operações que levem à celebração desses contratos, o que pode auxiliar no combate ao *gun jumping*; bem como quanto ao fornecimento de informações e

dados que auxiliem o CADE a decidir sobre a possibilidade ou não da concentração econômica desejada.

Com base na análise então apresentada, observa-se que os contratos de cessão de direitos e obrigações decorrentes de concessão (e, futuramente, também, de partilha de produção) não costumam apresentar problemas à concorrência do setor, por isso, ressalta-se, aqui, a importância da utilização rito sumário para a análise dessas operações, favorecendo a sistemática do setor.

4. Conclusões

A presente pesquisa, inicialmente, destacou o novo modelo de análise de atos de concentração previsto na Lei nº 12.529/2011, no qual as empresas que desejem realizar algum ato de concentração econômica devem notificar o CADE, caso elas sejam caracterizadas conforme os incisos I e II do art. 88 da referida lei. Enquanto o CADE não decide a questão, devem ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, havendo sanções em caso de desrespeito.

Em mercados regulados, é interessante que o CADE atue conjuntamente com a agência reguladora, a qual pode fornecer informações e dados valiosos para a análise da operação. Para tanto, deve a atuação das agências reguladoras ser potencializada, de modo que não gere qualquer obstáculo à análise da conduta por parte do CADE.

Para a análise contida nessa pesquisa, foi importante ressaltar que a Lei 12.529/2011 inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao trazer, em seu art. 90, delimitações de operações que podem ser consideradas atos de contração, de modo a facilitar a atuação das empresas em notificar o CADE quando necessário.

Por oportuno, destaca-se os incisos II e IV do supracitado artigo, os quais afirmam que atos de concentração ocorrem em caso de: a aquisição, direta ou indireta, de 01 (uma) ou mais empresas, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, por via contratual ou qualquer outro meio, bem como a aquisição do controle ou parte de uma ou outras empresas ou a incorporação entre empresas e, ainda, (iv) a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, entre 02 (duas) ou mais empresas.

Ainda, a Lei 12.529/2011 apresenta, em seu art. 90, IV, uma exceção para que empresas, mesmo apresentando os requisitos dos incisos I e II do art. 88, não sejam obrigadas a notificar o CADE antes da consumação da operação: isso ocorrerá quando da celebração de

contrato associativo destinada a licitações promovidas pela administração pública, direta ou indireta, bem como aos contratos delas decorrentes diretamente.

Desse modo, os contratos de associação decorrentes diretamente de Rodadas de Licitação organizadas pela ANP, por exemplo, não precisam ser submetidos ao CADE.

Foram analisadas, ainda, as leis que regularam o setor upstream da indústria de petróleo, quanto a possibilidade de celebrar contratos de cessão de direitos e obrigações. Assim, observou-se que a na Lei 9.478/97 não há expressamente tal possibilidade, sendo, contudo, possível, constando nos contratos de concessão cláusula específica para disciplinar tal possibilidade contratual, comumente denominada de “Cláusula de Cessão de Direitos e Obrigações”.

Por sua vez, no art. 31 da Lei 12.351/2010, há expressamente a possibilidade de celebrar contrato de cessão de direitos, o qual deverá ser autorizado pelo Ministério de Minas e Energia (MME), após ser ouvida a ANP. Esse artigo apresenta ainda, como ressaltado nessa pesquisa, as condições para a celebração desse contrato. Da mesma forma que ocorre em contratos de concessão, nos contratos de partilha da produção também há previsão de cláusula específica para a formalização da cessão de direitos e obrigações.

Importante, ainda, reconhecer o que são os “contratos de cessão de direitos e obrigações decorrentes de contratos de concessão ou partilha da produção” tratados nessa pesquisa, foi colocado, então, que eles consistem, basicamente, na possibilidade de que a empresa ou o grupo de empresas vencedor da licitação (seja em regime de concessão ou partilha da produção) ceda a outra, em sua totalidade ou parcialmente, o direito de se explorar e produzir em blocos obtidos por licitação prévia, havendo, assim, a substituição do concessionário.

Diante das particularidades do referido contrato, foi suscitado o questionamento se deveriam ou não ser considerados como atos de concentração econômica a formalização desses contratos. Desse modo, o IBP realizou a Consulta nº 08700.000207/2014 ao CADE, que, ao final, decidiu que tal espécie contratual constitui, sim, ato de concentração, podendo, inclusive, ser reconhecido nos incisos II e IV do art. 90 da Lei 12.529/2011.

Assim, a consumação precoce desse tipo contratual acarretaria na infração contida no art. 88, § 3º, da Lei nº 12.529/2011, o qual, por sua vez, é conhecido como *gun jumping*. Cabe lembrar, que o *gun jumping* consiste na realização de condutas por empresas, em sede de controle de estruturas, que mitiguem a concorrência num dado mercado em momento anterior a decisão final do órgão CADE quanto à possibilidade de concentração econômica de tais empresas.

O CADE tem entendimento firmado que tais condutas podem ser caracterizadas, de forma geral, integração precoce das empresas (isto é, qualquer ato que leve a essa integração e reduza a concorrência) ou pela troca de informações concorrencialmente sensíveis (gerando comportamento coordenado dessas empresas).

Compreendendo isso, foi, então, analisado o AC nº 08700.005775/2013-19, no qual a Conselheira Ana Frazão determinou que a cessão de direitos e obrigações decorrentes de contratos de concessão é ato de concentração e, por isso, as empresas que desejarem celebrar tal tipo contratual devem, previamente, notificar o CADE. Nesse processo, a conselheira entendeu que a OGX e a Petrobras estavam agindo de forma integrada nas decisões quanto ao Bloco BS-4, tendo, por isso, cometido *gun jumping*.

Assim, como nesse caso, nos ACs nºs 08700.008289/2013-52 e 08700.008292/2013-76, os quais tiveram como relatores, respectivamente a Conselheira Ana Frazão e o Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, também foi caracterizado o *gun jumping* na celebração dos contratos de cessão de direitos e obrigações decorrentes de concessão de blocos de exploração e produção de petróleo.

Apesar da aplicação de multa decorrente da infração do parágrafo 3º do art. 88 da Lei 12.529/2011, todos esses casos foram aprovados sem restrições, uma vez que os conselheiros não observaram qualquer prejuízo à concorrência pátria. Nesses 03 (três) casos apresentados, foram homologados ACCs, como forma eficaz do cumprimento das decisões do CADE.

Atuando no sentido de acabar com a dúvida quanto às cessões de direitos e obrigações decorrentes de concessão ou partilha serem ou não atos de concentração, a ANP editou o Ofício Circular n. 003/2013/SEP, no qual determinou, de forma expressa e clara, que um dos requisitos para a cessão de direitos e obrigações ser aprovada é a decisão favorável do CADE quanto à possibilidade de consumação do ato de concentração.

Assim, tanto pela Lei nº 12.529/2011 quanto pelo Ofício Circular n. 003/2013/SEP, as empresas que desejam celebrar os contratos de cessão de direitos e obrigações em questão devem notificar previamente o CADE, sob pena de cometer *gun jumping*.

Entende-se que o mercado em questão é de grande porte, de forma que os contratos de cessão de direito e obrigações irão superar a margem prevista no incisos I e II do art. 88 da Lei 12.529/2011.

Desse modo, entendendo a celebração de tais contratos como ato de concentração econômico, a notificação ao CADE se faz obrigatória e essencial – assim como o CADE e a ANP firmaram seus entendimentos.

Contudo, tais contratos, comumente, não apresentam qualquer risco concorrencial

(como exemplo, os casos então analisados), ao contrário, quando a Petrobras é a empresa “cedente”, há claros benefícios concorrenciais, diante do predomínio dessa empresa no setor. Assim, para adequar a ausência de problemas concorrenciais à celeridade necessária para a consumação desses contratos, é essencial que o CADE os analise pelo rito sumário, dando maior eficiência à operação.

5. Referências Bibliográficas

ANDERS, Eduardo Caminati. et ali. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: MÉTODO, 2012.

BRASIL ROUNDS. **Modelo de Contrato – 12ª Rodada de Licitação**. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Edital_R12/R12_modelo_contrato_vfinal.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. **Modelo de Contrato – Partilha da Produção**. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Edital_p1/Contrato_autorizado_030913.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Petróleo, Bicomcombustíveis e Gás Natural. Ofício Circular n. 003/2013/SEP. Brasília, 04 abr. 2013.

_____. BNDES. **Relatório I – Regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo**. São Paulo: Bain & Company e Tozzini Freire Advogados, 2009.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº 08700.005775/2013-19. Relatora: Ana Frazão. Brasília, 28 ago. 2013.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº 08700.008289/2013-52. Relatora: Ana Frazão. Brasília, 05 fev. 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº 08700.008292/2013-76. Relator: Alessandro Octaviani Luis, 05 fev. 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº 8700.007899/2013-39. Relator: Alessandro Octaviani Luis, 09 abril 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 08700.000207/2014-02. Brasília, 02 abr. 2014.

_____. **Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.** Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. **RICADE.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

BLUMENTHAL, William. **The Rhetoric of Gun-Jumping.** Disponível em: < https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110gunjumping.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

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

GAMBARO, Carlos Maria. O contrato internacional de Joint Venture. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, v. 146, p. 61-92, abr/jun. 2000.

LIEBESKIND, Richard. **Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger.**

Disponível

em:

<

<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

Lucro da Petrobras sobre 11% em 2013 e soma R\$ 23,57 bilhões. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3443900/lucro-da-petrobras-sobe-11-em-2013-e-soma-r-2357-bilhoes>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun jumping, controle prévio de estruturas e o CADE. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 2, n. 22, p. 57-80.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PEDRA, Douglas Pereira. **Principais Modificações e Impactos para as Agências Reguladoras decorrentes da Lei n.º 12.529/2011** (Lei de Defesa da Concorrência). Brasília: ANP, 2013.

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 n.º 12.529/2011). Brasília: ANP, 2013.

ROCHA DA SILVA, Anna Christina Pisco; BRANDÃO JÚNIOR, Carlos Alberto Gonçalves; SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos, CHUNHA, Sheyla Yusk, ARAUJO, Ygor Medeiros Brandão de. Transferência de direitos decorrentes da concessão: os contratos de farm-in/farm-out em face dos princípios da ordem jurídica brasileira. **Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&d em Petróleo e Gás Natural**, Salvador, out. 2005.

SAITO, Carolina. Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 4, p. 92-118, nov. 2013. Semestral.

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.

Avaliação *ex-post* da política de defesa da concorrência: metodologias e aplicações

Carolina Tojal Ramos dos Santos¹³⁴

RESUMO

O artigo trata da importância de avaliar a política de defesa da concorrência e apresenta as principais categorias de estudo internacionalmente consolidadas nessa área, com destaque para as avaliações *ex-post* de intervenções específicas. A partir de uma revisão de literatura, discutem-se as metodologias empregadas nesse tipo de avaliação (as simulações, os event studies e a estimação por diferenças em diferenças) e exemplos de aplicações práticas. Com isso, o artigo tem por objetivo aprofundar o debate a respeito das avaliações de impacto de políticas públicas estimulando a formulação de avaliações das atividades do CADE, para mensurar de maneira adequada os benefícios trazidos pela defesa da concorrência e contribuir para futuras decisões.

Palavras chave: defesa da concorrência, avaliação de políticas públicas, métodos quantitativos.

ABSTRACT

The paper discusses the importance of evaluating the antitrust policy and presents the main categories of study internationally consolidated in this area, especially for *ex-post* reviews of specific interventions. From a literature review, we discuss the methodologies employed in this type of evaluation (simulations, event studies and estimation by differences in differences) and examples of practical applications. Therefore, the article aims to deepen the debate about public policy evaluations, stimulating the formulation of assessments of CADE's activities to measure properly the benefits brought by the anti-trust policy and contribute to future decisions.

Key words: antitrust, public policy evaluation, quantitative methods.

Classificação JEL: L40, L38, C8

¹³⁴ Graduanda em Ciências Econômicas pela Universidade de São Paulo (FEA-USP). Email: carolina.tojal.santos@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definições e Categorias de Avaliação. 3. Avaliação Ex-post de intervenções específicas. 3.1. Simulações. 3.2. Event Studies. 3.3 Diferenças em diferenças. 4. Exemplos. 4.1. Caso Pirelli/Bicc. 4.2. Caso Volvo/Scania 4.3. Caso Game/Game Station. 5. Conclusão. 6. Referencias bibliográficas.

1. Introdução

Hoje, a exigência de avaliação de políticas públicas é um assunto absolutamente presente, uma vez que, num ambiente democrático, é importantíssimo que os governos avaliem de maneira transparente as suas políticas e instituições, mesmo que muitos não o façam. Nas últimas décadas, o tema ganhou relevância não só nas discussões políticas, mas também nas organizações privadas e no meio acadêmico, com o desenvolvimento das mais diversas metodologias de avaliação. Esses estudos não se restringem a uma análise fiscalizatória dos gastos, pois a avaliação conta também com a mensuração de impacto de projetos específicos, fornecendo, assim, subsídios para uma melhor formulação de políticas e para uma gestão mais eficiente.

Nesse contexto, os órgãos de defesa da concorrência não são uma exceção. Eles também mostram interesse crescente em avaliar os impactos de sua política. Existe a necessidade de justificar os recursos dispendidos por esses órgãos, além de avaliar se as suas intervenções de fato aumentaram a competitividade nos mercados e se, conseqüentemente, trazem benefícios para os consumidores e contribuem para uma alocação de recursos mais eficiente. O tema é de tamanha relevância que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹³⁵ estabeleceu a avaliação das intervenções pró-competição como uma das prioridades estratégicas do seu trabalho na área de defesa da concorrência.

Contudo, no Brasil o progresso nessa área ainda é tímido e existem poucos estudos que tenham como objetivo central avaliar o impacto da política do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e de suas intervenções. Assim, o presente trabalho tem por objetivo agregar o conhecimento teórico e prático proveniente da experiência bem sucedida de outras autoridades de defesa da concorrência.

A OCDE já mostra extenso trabalho no sentido de levantar as principais práticas de avaliação executadas pelas mais diversas autoridades de defesa da concorrência, com o propósito de impulsionar o debate e estabelecer padrões internacionais em termos de

¹³⁵ <http://www.oecd.org/daf/competition/evaluationofcompetitioninterventions.htm>, acessado em 08/03/2015.

hipóteses e metodologias. Em suas análises, os trabalhos são divididos em três categorias gerais; (i) Avaliação de *accountability*, (ii) Avaliação *ex-post* de intervenções específicas e (iii) Avaliação do impacto mais amplo sobre a economia.

No presente trabalho, expõe-se um breve resumo das categorias estabelecidas pela OCDE e dos estudos que, em geral, são nelas incluídos. Porém, dedica-se atenção especial para as avaliações *ex-post* de intervenções específicas, uma vez que existe uma literatura internacionalmente consolidada nessa categoria. Esclareça-se, por oportuno, que no Brasil as metodologias propostas nesses estudos ainda não são empregadas especificamente na avaliação das políticas de defesa da concorrência. Ademais, esse tipo de estudo permite examinar se as decisões tiveram os efeitos previstos, fornecendo informações de grande relevância para aprimorar o processo decisório das autoridades e contribuindo para o desenho de intervenções que minimizem os impactos anti-concorrenciais das operações analisadas.

A análise das principais metodologias de avaliações *ex-post* de intervenções específicas e de exemplos de aplicações representa um passo importante para fomentar o estudo nessa área, mostrando que, apesar de sofisticados, os trabalhos internacionalmente reconhecidos empregam modelos econômicos e ferramentas estatísticas já familiares dos economistas envolvidos na defesa da concorrência. Assim, a avaliação de impacto tem grande potencial para colaborar com o desenvolvimento da, ainda recente, política antitruste brasileira.

Com isso, espera-se aprofundar o debate a respeito das avaliações de impacto de políticas públicas, sobretudo, com relação à política de defesa da concorrência. Estimulando, assim, a formulação de avaliações das intervenções do CADE, para que se possam mensurar de maneira adequada os benefícios trazidos pela instituição e contribuir para futuras decisões.

2. Definições e Categorias de Avaliação

Em primeiro lugar, é preciso explorar algumas definições essenciais para o entendimento das análises que se seguem.

Diferenciam-se as avaliações *ex-ante* das *ex-post*, pois as primeiras utilizam informações que já estão disponíveis desde a época da decisão para antecipar as consequências da intervenção, projetando quais seriam os resultados com e sem ela. Já as avaliações *ex-post* consistem em coletar dados sobre o que de fato aconteceu após a intervenção para fazer uma análise retrospectiva e medir qual foi o seu impacto na

comparação com uma situação hipotética na qual a intervenção não tivesse ocorrido. Assim, na prática, a principal diferença entre as duas perspectivas é a natureza dos dados utilizados.

Contudo, essa diferença aparentemente sutil tem consequências significativas, uma vez que, como os dados já estão disponíveis na ocasião da decisão, é mais simples realizar avaliações *ex-ante* e as avaliações *ex-post* só podem ser realizadas alguns anos após a ação quando é possível aferir os resultados efetivos da operação sobre o mercado. Além disso, como salienta Davies (2012), nas avaliações *ex-post* é difícil discernir quais são os resultados que decorreram exclusivamente da operação e não de outros fatores que atuaram sobre o mercado no período considerado.

Além da natureza dos dados empregados, outro ponto importante para a avaliação é identificar o **contrafactual**, ou seja, definir o que teria acontecido na ausência da intervenção. Idealmente, é preciso encontrar um cenário o mais parecido possível com o da operação original para servir de base de comparação para o cenário pós-intervenção. Escolher um contrafactual adequado aparece como um dos principais desafios das avaliações, já que todos os métodos quantitativos pressupõem essa escolha, mesmo que apenas de forma implícita.

A partir daí, pode-se descrever a primeira categoria de avaliações estabelecida pela OCDE; as **avaliações para *accountability***. Nesse grupo incluem-se, principalmente, relatórios periódicos das autoridades cujo objetivo central é fazer uma análise de custo-benefício do funcionamento da instituição.

Inicialmente, essas avaliações traziam apenas estatísticas simples da atividade dos órgãos, como o número de operações analisadas e em que sentido apontavam as decisões. No entanto, os estudos começaram a apresentar análises mais sofisticadas, comparando os custos com os benefícios agregados decorrentes da defesa da concorrência. Nesse caso, apesar de os custos serem facilmente medidos através da contabilidade tradicional da autoridade, a quantificação dos benefícios exige uma análise mais minuciosa, dado que muitas vezes eles não são mensuráveis em valores monetários.

A estimação dos benefícios das atividades, em geral, é feita em termos de bem-estar dos consumidores e baseia-se informações com relação ao tamanho do mercado no qual foi realizada a intervenção, no aumento de preço evitado ou removido e no tempo que o sobrepreço teria perdurado na ausência da intervenção. O primeiro ponto é obtido através das informações originais do caso, já o segundo e o terceiro pontos apresentam algumas dificuldades adicionais e as autoridades, em geral, utilizam hipóteses padrão para conseguir quantificar essas duas variáveis e prosseguir com a avaliação.

Para ilustrar esse tipo de mensuração, pode-se observar na tabela abaixo, construída por Ormosi (2012), os benefícios estimados nos relatórios dos órgãos antitruste da Europa (EC)¹³⁶, dos Estados Unidos (USDOJ¹³⁷ e USFTC¹³⁸) e do Reino Unido (CC¹³⁹ e OFT¹⁴⁰). Esses órgãos são reconhecidos por possuírem as metodologias mais desenvolvidas de avaliação e expressam as suas estimativas de benefício em termos de bem-estar do consumidor como porcentagem do PIB.

Como destaca o autor da tabela, é importante notar que a inconstância de algumas estimativas ao longo dos anos decorre, sobretudo, da variação no número de casos, do tamanho dos mercados em que houve intervenção e do escopo das decisões e de um ano para o outro.

Tabela 1. Estimativas dos órgãos antitruste dos benefícios para o consumidor advindos de suas atividade

	Cartels		Mergers		Other antitrust	
	Consumer saving	% of GDP ×10 ⁻⁴	Consumer saving	% of GDP ×10 ⁻⁴	Consumer saving	% of GDP ×10 ⁻⁴
EC (billion EUR)						
2010	7.2 (7)	5.87	4.2-6.3 (16)	4.28	Not reported (58)	–
2009	1.2 (6)	1.02	5.6 (16)	4.77	2.0 (54)	1.70
2008	1.7 (7)	1.36	5.5 (24)	4.41	4.3 (111)	3.45
2007	3.8 ⁵ (8)	3.06	Not reported (23)	–	Not reported (133)	–
USDOJ⁶ (billion USD)						
2010	0.05 (60)	0.03	0.19* (19)	0.13	0.19* (4)	0.13
2009	0.60 (72)	0.42	1.02 (12)	0.72	0.02 (2)	0.01
2008	0.02 (54)	0.01	0.48 (16)	0.33	0.05 (4)	0.03
2007	0.56 (40)	0.41	0.15 (12)	0.11	0.02 (2)	0.01
USFTC (billion USD)						
2010	N/A	–	0.59 (16)	0.40	0.51 (6)	0.35
2009	N/A	–	0.79 (13)	0.55	0.19 (7)	0.13
2008	N/A	–	0.36 (13)	0.25	0.03 (4)	0.02
2007	N/A	–	0.81 (20)	0.58	0.08 (11)	0.06
UK CC+OFT** (billion GBP)						
2009/10	0.083	0.57	0.235 (11)	1.62	0.083	0.57
2008/09	0.083	0.59	0.229 (15)	1.64	0.083	0.59
2007/08	0.083	0.57	0.309 (14)	2.13	0.083	0.57

* Merger and other civil antitrust together in 2010.

** Cartels and other antitrust are reported together for all years.

(Fonte: ORMOSI, Peter. “Stocktaking on evaluation”, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Organization for Economic Co-operation and Development, 2012)

¹³⁶ European Commission.

¹³⁷ United States Department of Justice

¹³⁸ Federal Trade Commission

¹³⁹ Competition Commission

¹⁴⁰ Office of Fair Trading

Como se pode constatar, as **avaliações para accountability** são relativamente simples e utilizam uma metodologia ex-ante. Dessa forma, consolidaram-se como a categoria de avaliação mais utilizada pelas autoridades. Porém, elas podem levar a medidas que subestimam o impacto das atividades da autoridade, pois muitas delas não têm resultados mensuráveis e, em outros casos, esses resultados podem aparecer apenas no longo prazo.

Na segunda categoria estabelecida pela OCDE, encontram-se as **avaliações ex-post de intervenções específicas**, as quais requerem que as autoridades coletem dados e olhem para o passado para avaliar os resultados de suas ações. Essas avaliações são mais custosas e sofisticadas do que as da categoria anterior; contudo, fornecem informações de como os mercados reagem às ações da autoridade, o que é de enorme relevância para aperfeiçoar as práticas pró-competição. Elas são realizadas tanto internamente pelas próprias autoridades, como por agentes externos, em geral consultorias e institutos de pesquisa.

As avaliações *ex-post* assumem dois formatos básicos. O primeiro consiste em estudos qualitativos que se concentram em pesquisar os mercados após a intervenção na tentativa de verificar se as predições feitas no momento da decisão se confirmaram. Examinam, por exemplo, se as condições previstas de entrada de novos agentes e a dinâmica da oferta imaginada se verificaram na realidade dos mercados após a operação. O segundo formato conta com estudos quantitativos, os quais utilizam métodos estatísticos e econométricos para estabelecer uma relação de causalidade entre a intervenção e as alterações ocorridas no mercado como, por exemplo, uma mudança de preços.

Dentro dessa categoria, Davies (2012) considera que as principais classes de metodologias utilizadas para a avaliação das políticas dos órgãos pró-competição são as simulações, os *event studies* e o método de diferenças em diferenças. Assim, dedica-se atenção especial para esses três métodos nas próximas seções, apresentando a sua estrutura básica e exemplos de aplicações.

Por fim, a terceira categoria de estudos realizados pelas autoridades é composta pelas **avaliações do impacto mais amplo sobre a economia**. Esses trabalhos tem por objetivo avaliar o efeito da política pró-concorrência sobre variáveis macroeconômicas como, por exemplo, o investimento, crescimento econômico e desemprego, assim como o impacto sobre a inovação e a produtividade. Eles são realizados tipicamente por agentes externos aos órgãos de defesa da concorrência.

Existem evidências teóricas de que em mercados mais competitivos haveria grandes estímulos para a inovação e a produtividade. Além disso, acredita-se que crescimento seria maior do que em mercados oligopolizados. Assim, tais avaliações, em geral, utilizam dados

em *cross-section* ou painel para vários países e realizam análises empíricas para verificar se essas relações se concretizam na prática.

Apesar da importância dessa categoria de avaliação, uma vez que os benefícios da defesa da concorrência vão além do aumento de bem-estar do consumidor e afetam a economia como um todo, existem poucos trabalhos desse tipo. A reduzida literatura sobre o tema ainda enfrenta dificuldade significativa em mensurar a competitividade existente nos mercados para poder usá-la como variável em seus modelos.

De posse das principais definições e das categorias estabelecidas pela OCDE, pode-se prosseguir o estudo das avaliações de impacto para a área de defesa da concorrência concentrando-se em discutir as metodologias mais utilizadas.

3. Avaliação *ex-post* de intervenções específicas

Nesta seção apresenta-se uma descrição mais detalhada da avaliação de intervenções específicas, explorando as principais metodologias e discutindo as suas vantagens e desvantagens. Como mencionado anteriormente, essa categoria merece atenção especial, pois além de verificar se o objetivo final da defesa da concorrência foi alcançado ela também fornece subsídios para aprimorar o processo decisório. Contribui-se, assim, para reduzir o número de decisões inapropriadas e melhorar o desenho futuras intervenções. Além disso, a despeito da importância desse tipo de avaliação, elas ainda são escassas no Brasil e os métodos já consolidados para a avaliação de políticas públicas não são aplicados para analisar as intervenções do Conselho de Defesa da Concorrência.

A literatura sobre o tema utiliza, sobretudo, três metodologias de estudos empíricos para avaliar o impacto das intervenções; as simulações, os *event studies* e o método de diferenças em diferenças. Essas metodologias não são mutuamente exclusivas, porém possuem particularidades que podem torná-las mais ou menos adequadas para casos específicos, em função, especialmente, da disponibilidade de dados a respeito dos mercados em questão.

De maneira geral, as três metodologias de avaliação preocupam-se em comparar dois cenários; o mercado que recebeu a intervenção, com um mercado hipotético semelhante que não sofreu a intervenção. Dessa maneira, pode-se admitir que, mantidas as outras variáveis constantes, a diferença de desempenho entre eles decorre do efeito da política. Assim, a diferença básica entre eles está na construção do contrafactual que será usado como base de comparação para medir o impacto de ações das autoridades.

3.1. Simulações

As simulações consistem em modelar a natureza da competição em mercados específicos, aliando a teoria económica à análise estatística. Primeiramente, utilizam-se as características do mercado como a natureza dos produtos, se são homogêneos ou diferenciados, a existência de limitações de capacidade, a existência de ação coordenada e assimetrias de mercado, para formular equações que descrevam a sua dinâmica. Em seguida, tais equações são calibradas com dados provenientes da observação direta do mercado ou a partir de estimações econométricas do sistema de demanda, estabelecendo, assim, os parâmetros do modelo.

De posse do modelo que simula a dinâmica do mercado, pode-se avaliar como o equilíbrio se altera na presença de uma intervenção específica. Desse modo, é possível estabelecer um contrafactual que mostre como estaria o mercado se não houvesse a intervenção, permitindo a comparação do cenário hipotético com a realidade pós-intervenção. No entanto, é importante controlar algumas variáveis para distinguir os efeitos da intervenção da autoridade daqueles gerados pela própria operação.

Na avaliação de impacto da decisão do caso Volvo/Scania¹⁴¹ realizada por Ivaldi e Verboven (2005), descrita de maneira detalhada na próxima seção, os autores estabeleceram um cenário hipotético em que a fusão tivesse se concretizado e compararam o cenário real em que ela não foi aprovada pela autoridade. Assim, a diferença de preços entre as duas situações mostrava o impacto gerado pela decisão.

É importante notar que, muitas vezes, as simulações também são utilizadas na própria formulação das decisões das autoridades, com a finalidade de prever como o mercado se comportará após a operação, porém a diferença de utilizá-las na avaliação *ex-post* reside no fato de analisar o que na prática aconteceu com o mercado após a intervenção acrescentando dados referentes a um período posterior a decisão.

Davis (2012) destaca que essa metodologia é comumente utilizada para avaliar fusões e encontram-se poucas aplicações para casos de cartel e abuso de poder dominante. Ademais, o aumento da popularidade de modelos de simulações para fusões se deve, segundo Budzinsk e Ruhmer (2009), ao progresso da economia industrial que mostrou a existência de novos tipos de impactos anticompetitivos decorrentes de fusões em mercados oligopolizados, aliado

¹⁴¹ Case No COMP/M.1672 – Volvo/Scania

a necessidade de reconhecer que essas operações podem gerar eficiências benéficas aos consumidores. Além disso, o avanço tecnológico permitiu a criação de métodos cada vez mais sofisticados para realizar simulações e há crescente disponibilidade de dados sobre os mercados para calibrar os modelos.

As simulações mais modernas de fusões são construídas com base em, sobretudo, três modelos padrão da teoria de oligopólio; o modelo de Cournot, o de Bertrand e a teoria dos leilões. O modelo de competição de Cournot é, em geral, aplicado a mercados de produtos homogêneos como, por exemplo, o de petróleo, em que as empresas competem por meio das quantidades produzidas. Nesse caso, uma fusão pode implicar numa redução da competição uma vez que a redução no número de empresas pode aumentar probabilidade de ação coordenada. Por outro lado, para mercados em que os produtos são diferenciados, utiliza-se o modelo de competição Bertrand no qual as empresas competem via preços. Dessa forma, uma fusão pode permitir que os *players* elevem consideravelmente os preços reduzindo o bem-estar dos consumidores. Em outros mercados, considera-se que os produtos são comercializados na forma de leilões, ou seja, os produtos são altamente diferenciados e são comercializados com frequência relativamente baixa. Contudo, nesse modelo, os impactos de uma fusão podem variar significativamente de acordo com as suposições feitas sobre a dinâmica da oferta.

Apesar da importância desses modelos para descrever a dinâmica dos mercados, eles expõem a sensibilidade das simulações às hipóteses iniciais utilizadas para a sua construção, como ressaltado por Buccirossi et al. (2006). Além disso, as simulações requerem uma grande quantidade de informações que, muitas vezes, não estão à disposição das autoridades, podendo gerar um viés de seleção na escolha dos casos em que esse tipo de metodologia pode ser aplicada.

3.2. *Event Studies*

Os *event studies*, por sua vez, fazem uso da econometria para medir os efeitos de eventos econômicos no valor das firmas utilizando dados, em geral, provenientes do mercado de ações. Considera-se em princípio que os mercados financeiros são eficientes, de forma que o efeito de qualquer evento será capturado imediatamente através da variação nos preços das ações como reflexo da expectativa de lucratividade das firmas em questão. Assim, esses movimentos permitem fazer previsões a respeito do impacto dos eventos na lucratividade das

empresas sem que se tenha que esperar por longos períodos até que os efeitos de fato sejam observados.

Um dos principais requisitos dessa metodologia é a disponibilidade de instrumentos financeiros que sejam capazes de refletir as variações no valor da empresa em análise. Desse modo, poder-se-ia utilizar outros instrumentos além do valor das ações, como derivativos ou *swaps* de crédito, no entanto existem pouquíssimos exemplos da utilização desses outros instrumentos na literatura a respeito do tema.

No caso da defesa da concorrência, os eventos tipicamente considerados são o anúncio da fusão ou a divulgação da decisão da autoridade antitruste, assim é possível medir os seus efeitos no valor das partes envolvidas na operação e das empresas concorrentes. Na avaliação do caso Pirelli/Bicc¹⁴², por exemplo, realizada pela LEAR Consulting (Bercussi et al, 2006) foram considerados como eventos relevantes a divulgação da fusão na imprensa internacional, a notificação da autoridade e a divulgação das duas etapas da decisão. De maneira geral, a teoria mostra que fusões beneficiariam os competidores apenas se elas se refletirem em elevação dos preços, ou seja, se o evento promover um aumento no valor das ações dos concorrentes ele, provavelmente, apresentará consequências anticompetitivas.

De acordo com Bervely (2007), a execução dos *event studies* seguem os seguintes passos. Em primeiro lugar, é preciso definir o evento de interesse e estabelecer a janela do evento, ou seja, durante que período de tempo os instrumentos financeiros serão analisados. A janela do evento possui grande relevância, pois na prática os mercados não são perfeitamente eficientes e requerem algum tempo para adquirir informação a respeito do evento, para especular quais serão as duas implicações e, finalmente, apresentar sua reação no mercado. Assim, as janelas comumente utilizadas tem duração de, aproximadamente, três dias, pois períodos maiores podem aumentar o risco de outros eventos, que não o objeto do estudo, interferirem no valor das empresas.

Em seguida, escolhem-se as firmas que serão incluídas no estudo, como já mencionado elas devem possuir pelo menos um instrumento financeiro que rastreie o seu valor no mercado. Ademais, é necessário verificar se o evento tem relação com uma parte substancial dos negócios da firma para garantir que ele tenha efeitos mensuráveis sobre o preço das ações. Na terceira etapa, investigam-se os retornos que a firma usualmente apresenta para que seja possível compará-los com os retornos anormais decorrentes do evento em análise. A partir daí, pode-se prosseguir com a estimação. Os parâmetros do modelo são

¹⁴² Case No COMP/M.1882 – PIRELLI / BICC

estabelecidos com base em dados anteriores ao evento que mostram como o mercado se comporta em situações normais. Neste momento, em geral não se inclui o evento para que ele não interfira na construção do modelo de desempenho. O passo seguinte consiste em fazer um teste estatístico das hipóteses de que a firma tenha retornos anormais ou que continue apresentando retornos normais.

Por fim, a parte mais importante do estudo consiste em interpretar os resultados encontrados. As inferências a respeito dos aspectos competitivos do evento devem ser feitas examinando não apenas as empresas diretamente envolvidas na operação, mas também as suas competidoras. Para tal, pressupõe-se que a reação do mercado se dá da seguinte forma; se o valor da firma aumentar após o evento, ele foi considerado favorável; se o valor da firma permanecer inalterado, considera-se que ele foi visto com indiferença pelo mercado e se, por outro lado, o valor cair após o anúncio ele foi considerado desfavorável para os lucros da empresa.

Assim, a interpretação econômica dos efeitos competitivos decorre da análise conjunta das variações no valor das empresas envolvidas na operação com as variações no valor das competidoras. No caso de uma fusão, por exemplo, são analisadas as seguintes situações. Se os valores tanto das firmas que se fundiram como de suas competidoras aumentarem, interpreta-se que a operação é prejudicial à concorrência, uma vez que elas poderão aumentar preços reduzindo o bem-estar do consumidor. Se o valor das firmas fundidas aumentar e o das concorrentes diminuir depreende-se que haverá um aumento de eficiência com a operação, favorecendo a concorrência com a redução dos preços e, conseqüentemente, aumentando o bem-estar do consumidor. Se o valor das firmas fundidas cair e o das concorrentes aumentar, tem-se uma situação bastante incomum de que a operação reduziria a eficiência das empresas envolvidas, refletindo-se num aumento de preços prejudicial à concorrência. Por outro lado, se o valor tanto das firmas fundidas como de suas concorrentes cair haverá aumento na competição, promovendo uma queda de preços e aumentando o bem-estar dos consumidores. Contudo, é importante notar que essas interpretações não se aplicam cegamente a totalidade dos casos e podem existir efeitos ambíguos que requerem uma análise mais minuciosa.

No caso de cartéis, em geral, os eventos considerados para esse tipo de estudo são o início da investigação ou a execução de buscas e apreensões, mas é necessário que a autoridade mantenha o sigilo esperado para que todos os agentes do mercado tenham acesso as mesmas informações. Além disso, os efeitos são menos ambíguos dado que o efeito da notícia da investigação e as sanções impostas pela autoridade inequivocamente reduzem o valor das empresas envolvidas. A única exceção acontece quando sanções são muito brandas

e o efeito negativo para as firmas é insuficiente para reduzir seus lucros. No caso de abuso de poder dominante, as aplicações dessa metodologia são muito menos frequentes em decorrência da dificuldade de estabelecer o evento relevante para a análise.

Essa metodologia se destaca por permitir uma avaliação direta e objetiva dos impactos de uma operação ou da intervenção da autoridade, uma vez que os dados utilizados podem ser facilmente obtidos reduzindo assimetria de informação entre a autoridade e as empresas envolvidas, como argumenta Davies (2012). Porém, a restrição de que as firmas estejam no mercado de ações é bastante significativa, uma vez que impossibilita o uso do método em diversos casos, principalmente, em mercados onde as firmas são pequenas e não existem muitos concorrentes. Ainda, se empresas forem multinacionais e os mercados em questão corresponderem a apenas uma parte de suas atividades é difícil identificar os efeitos de um evento sobre o valor da firma como um todo. Outra questão controversa a respeito dessa metodologia é a hipótese de que os mercados são eficientes, pois se ela não for válida é impossível estabelecer padrão para as reações frente aos eventos analisados.

3.3. Diferenças em diferenças

O método de diferenças em diferenças é bastante comum na avaliação de impacto de políticas públicas e consiste basicamente em comparar dois grupos, os tratados, que foram submetidos à política, com um grupo de controle que possui características semelhantes ao primeiro, mas não foi afetado pela política. Além disso, a comparação entre os grupos é feita em dois períodos no tempo, antes e depois da implementação do projeto.

No caso da avaliação *ex-post* de intervenções associadas à política de defesa da concorrência, compara-se dois mercados similares no período anterior e no período posterior a intervenção. Assim, o mercado que sofreu a intervenção aparece como o tratado e o que não foi afetado por ela é considerado o controle, ou contrafactual como mostrado anteriormente. A hipótese básica para que o método possa ser aplicado é a de que a trajetória do mercado controle representa o que teria acontecido com o mercado tratado caso não houvesse a intervenção. Apesar de essa hipótese não poder ser diretamente testada, tem-se uma indicação da sua validade quando as características dos mercados, como as estruturas de demanda e oferta, são parecidas no período pré-decisão. Desse modo, pode-se medir como os mercados evoluíram ao longo do tempo, usualmente analisando os preços dos produtos, e como eles teria se configurado sem a ação da autoridade.

Esse método é usualmente conduzido de maneira *ex-post*, uma vez que exige a utilização de informações de períodos posteriores ao evento para realizar a comparação com a situação inicial. Ainda, como destaca Davis (2012), é preciso decidir que período do tempo será utilizado na comparação, pois a utilização de um período suficientemente grande após a intervenção permite aferir os seus impactos de longo prazo, mas se o período for excessivamente grande ele dificultará a escolha de um contrafactual adequado comprometendo a mensuração dos efeitos. Contudo, existem alguns casos em que a estimação de diferenças em diferenças é empregada em análises *ex-ante* como, por exemplo, para a formulação de intervenções em cartéis, nas quais se tenta prever os efeitos da dissolução do cartel sobre os preços do mercado em questão.

A vantagem dessa metodologia reside na possibilidade de controlar características não observáveis dos mercados, ou seja, a comparação com o grupo de controle permite a distinção do impacto decorrente exclusivamente da intervenção daqueles decorrentes de outras variáveis do mercado que não foram observadas. Porém, Simpson e Schmdidt (2008) argumentam que, em geral, é difícil cumprir a hipótese básica exigida pelo método, pois mesmo que o mercado de controle e o tratado sejam bastante similares, ainda restarão diferenças mínimas que podem fazer com que choques de demanda e de custos tenham efeitos distintos sobre os preços em cada um dos casos.

Com isso, fica claro que, nesse caso, a qualidade da mensuração do impacto depende, em grande medida, do acerto na escolha do contrafactual, uma vez que, diferente dos métodos anteriores, ele não é teoricamente determinado. Assim, é comum que o método de diferenças em diferenças seja combinado com outras metodologias como, por exemplo, o pareamento por escore de propensão que permite verificar a similaridade entre o grupo tratado e o controle reduzindo possíveis problemas de superestimar ou subestimar o efeito do tratamento.

4. Exemplos de Avaliações *ex-post* de intervenções específicas

Na presente seção expõem-se exemplos de aplicações das metodologias para alguns casos práticos. Cabe destacar que os exemplos aqui apresentados foram realizados por agentes externos às autoridades antitruste, mas que são reconhecidos por seus estudos na área de defesa da concorrência.

4.1 Caso Pirelli/Bicc¹⁴³ - *Event Study*

O primeiro exemplo consiste na avaliação da decisão do caso Pirelli/Bicc realizada pela LEAR Consulting (Bercussi et al, 2006) a pedido da Comissão Europeia. Nesse caso, utilizou-se a metodologia de *event study* para avaliar os impactos da fusão entre a “Pirelli Cavi e Sistemi” e a “BICC General”, duas produtoras sistemas de cabos de energia. A operação abrangia aquisição pela companhia italiana Pirelli de quatro plantas de produção pertencentes a BICC, sendo quatro delas localizadas no Reino Unido e outras duas na Itália, além de participações em outras seis companhias.

A fusão abrangia diversos produtos, mas a comissão solicitou que a avaliação *ex-post* se concentrasse, principalmente, nos mercados de cabos de energia (LV/MV) de baixa e média voltagem e de cabos de energia (HV/EHV) de alta voltagem, pois quando a decisão foi tomada estes foram os mercados que geraram maiores preocupações competitivas e poderiam sofrer as consequências negativas de uma decisão inapropriada. Em sua análise preliminar, a comissão imaginou que a fusão poderia fazer com que Pirelli/BICC e a Alcatel, sua principal concorrente, tivessem posição dominante conjunta no mercado de LV/MV e HV/HV ou que a Pirelli/BICC tivesse sozinha posição dominante no mercado de HV/EHV. No entanto, após diversos estudos não se encontraram evidências de que a operação poderia resultar na consolidação de tais posições dominantes de forma que a fusão foi aprovada sem restrições.

Assim, a avaliação concentra-se em medir os impactos dessa aprovação sobre o bem-estar do consumidor, tomando como base a evolução dos preços dos produtos, da sua qualidade e do volume comercializado após a operação. Nesse contexto, o único contrafactual possível era considerar um cenário que a fusão tivesse sido proibida, uma vez que não foi imposto nenhum tipo de remédio, portanto comparam-se os dados do mercado real com um mercado hipotético em que a ela não tivesse ocorrido.

Para executar a comparação, os autores fizeram uso da metodologia de *event study*, analisando os efeitos da fusão através da reação do mercado. Em primeiro lugar, identificaram as empresas que poderiam ter sido afetadas direta e indiretamente pela fusão e os preços das ações que apresentavam informações relevantes para o estudo. As empresas foram classificadas entre competidoras majoritárias e minoritárias e consumidoras dentro da Itália, dentro do Reino Unido ou em outros países. Em seguida, estabeleceram a data do evento que seria analisado, considerando que no dia 11 de fevereiro de 2000 a fusão foi divulgada na

¹⁴³ Case No COMP/M.1882 – PIRELLI / BICC

imprensa internacional e o mercado foi bombardeado com notícias sobre a fusão. Além disso, ainda incluíram outras datas significativas para o processo, como a notificação da operação em março de 2000, a primeira parte da decisão divulgada em 17 de abril do mesmo ano e a segunda parte da decisão divulgada no dia 17 de julho. Ainda houve a preocupação de levar em conta que a notícia poderia ter vazado alguns dias antes considerando, assim, duas janelas de evento em torno dessas quatro datas, uma com duração simétrica de 10 dias antes e depois do evento e outra com 10 dias antes do evento e 5 depois dele.

A partir da definição das datas relevantes, os autores puderam coletar os dados das ações das empresas possivelmente afetadas pela operação através do *Datastream*. No entanto, nem todas as empresas inicialmente identificadas estavam listadas nas bolsas de valores onde a operação foi notificada e investigada. Com isso, tiveram que proceder com o experimento com os dados diários dos preços das ações de apenas uma amostra das empresas, entre as competidoras estavam as seguintes empresas; ABB, Alcatel, Draka Holdings, NKT, Sagem, e entre as clientes estavam as seguintes empresas; ACEA, AEM, E ON, Edison, EGL, Electrabel, Endesa, ENEL, Energia (CIR), Falck, National Grid, Powergen, RWE, Scottish Power, Suez, Vattenfall, Verbund, VEW.

Para estabelecer o contrafactual os autores utilizaram modelos financeiros de precificação de ativos que permitem descrever como o preço de uma ação se relaciona com determinados índices de mercado, de forma que, alimentando-os com dados passados das empresas, foi possível determinar o valor hipotético que as ações teriam alcançado na ausência da operação. Assim, contrastando o valor da ação de fato observado com o valor hipotético calculado foi possível mensurar o efeito da fusão.

Os resultados mostraram que em torno da data do anúncio os preços das ações dos competidores não apresentaram grandes alterações mostrando que o mercado não esperava que a operação fosse lhes afetar de maneira significativa. Contudo, nas demais janelas de evento consideradas os retornos das competidoras apresentaram retornos com sinais negativos, ou seja, o mercado não esperava que a operação aumentasse a sua lucratividade. Esses resultados foram interpretados como uma expectativa do mercado que a fusão aumentaria a eficiência das partes envolvidas proporcionando-lhes vantagens competitivas. Se a fusão fosse responsável por aumentar o poder de mercado das partes, ela também beneficiaria os seus competidores, pois poderiam aumentar os preços conjuntamente, contudo, nesse caso, como os concorrentes foram prejudicados entende-se que a fusão gerou eficiências que só poderiam ser apropriadas pelas firmas objeto da operação.

Os resultados também mostraram que as firmas clientes tiveram ganhos estatisticamente significantes em torno da data do anúncio, de forma que elas se beneficiariam com a fusão. Admitindo que a diminuição dos preços fosse repassada aos consumidores finais pode-se afirmar que a fusão teria efeitos positivos sobre o bem-estar dos consumidores. Assim, concluiu-se que a fusão foi responsável por aumentar a eficiência das empresas, verificando, com isso, que a decisão da comissão estava correta.

4.2 Caso Volvo/Scania¹⁴⁴ - Simulação

O segundo exemplo é uma avaliação feita por Ivaldi e Verboven (2005) da decisão tomada pela Comissão Europeia no caso Volvo/Scania no ano 2000. Na operação a AB Volvo ("Volvo") adquiriria o controle de toda a Scania AB ("Scania") mediante a aquisição de ações. No entanto, após analisar a notificação, a comissão concluiu que a fusão gerava sérias dúvidas quanto a sua compatibilidade com o mercado comum, pois ela poderia criar ou reforçar uma posição dominante prejudicando a concorrência.

O primeiro passo da análise foi definir o mercado relevante envolvido na operação. Inicialmente, o mercado de caminhões em três segmentos, o de caminhões leves (com menos de 6 toneladas), o de caminhões médios (entre 5 e 16 toneladas) e o de caminhões pesados (com mais de 16 toneladas), contudo constatou-se que a operação envolvia apenas o mercado de pesados. Quanto à dimensão geográfica, a comissão estabeleceu que o mercado geográfico era nacional nas regiões mais afetadas, uma vez que os preços e a margem de lucros variavam significativamente entre os países, os modelos e as características técnicas dos produtos também apresentavam diferenças, além de que os distribuidores, em geral, cobravam preços mais elevados para clientes estrangeiros.

A decisão da comissão foi baseada, sobretudo, na análise das *proxies* de poder de mercado, como os *market shares* acompanhados por fatores qualitativos como a probabilidade de novas empresas no mercado e o poder de compra dos consumidores. Ademais, o órgão se restringiu em investigar os possíveis efeitos nos países onde as empresas apresentavam posição dominante, no caso Suécia, Noruega, Finlândia e Irlanda, ou quando a posição dominante era considerada provável, no caso a Dinamarca. A partir daí, calcularam os *Market shares* das empresas fundidas nesses cinco países e compararam os *market shares* das concorrentes em cada mercado, mostrando que juntas, as empresas objeto da operação teriam

¹⁴⁴ Case No COMP/M.1672 – Volvo/Scania

uma parcela de mercado muito superior a de suas concorrentes. Além disso, as marcas envolvidas também contavam com grande fidelidade dos consumidores e o mercado de caminhões apresentava elevadas barreiras à entrada.

Ivaldi e Verboven (2005), por outro lado, utilizam o método de simulação para estimar o impacto da decisão no mercado verificar se ela de fato foi adequada. Considerando a diferenciação do produto e a segmentação geográfica dos mercados relevantes, eles criaram um modelo de oligopólio, o qual foi estimado através do método de *nested logit* com dados em painel para 16 países ao longo de dois anos (1997 e 1998).

De posse do modelo, os autores simularam dois cenários para chegar ao equilíbrio de preços do mercado, o primeiro sem a fusão e o segundo considerando que a fusão tivesse se concretizado. Nesse caso, como a fusão não foi aprovada pela Comissão, a diferença entre os dois equilíbrios de preços representava uma estimativa do aumento de preços evitado pela decisão. Os resultados mostraram que a decisão foi, de fato, a mais adequada, uma vez que a concretização da operação levaria a um considerável aumento de preços.

4.3 Caso Game/Game Station¹⁴⁵ - Diferenças em diferenças

O terceiro exemplo consiste na avaliação da decisão do caso GAME/GameStation também realizada pela LEAR Consulting (Buccirossi et al. 2011) a pedido da Comissão Competição do Reino Unido. A operação abrangia a compra da Game Station Limited plc (Gamestation) pelo GAME Group plc (GAME), duas grandes redes de lojas especializadas jogos eletrônicos e produtos associados a eles. A partir de diversas análises, a comissão concluiu que a fusão não apresentava aspectos prejudiciais a concorrência e aprovou a operação.

Buccirossi et al. (2011) utilizaram o método de diferenças em diferenças para avaliar os impactos da decisão da comissão. Para tal, distinguiram tipos básicos de produtos comercializados pelas empresas objeto da operação, os jogos novos e usados, uma vez que a discussão se eles pertenciam ao mesmo mercado ou a mercados distintos gerou grande polêmica durante a investigação inicial. Assim, na tentativa de solucionar a polêmica realizaram análises separadas para cada tipo de produto. Além disso, consideraram o preço como a variável chave de sua avaliação, pois eles apresentavam maior disponibilidade de

¹⁴⁵ O relatório final do caso pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico; http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/536game.htm, acessado em 08/03/2015

dados e, aparentemente, esse é o principal fator considerado pelos consumidores no momento da decisão de onde comprar os seus jogos. A base de dados foi construída com informações agregadas dos preços de aproximadamente 200 tipos diferentes de jogos vendidos por diferentes lojas, antes e depois da fusão.

A partir dessa base, os autores conduziram a estimação pelo método de diferenças em diferenças considerando as empresas objeto da operação como o grupo de tratados e os seus competidores como o grupo de controle. Esse método apresentava a vantagem de permitir separar os efeitos decorrentes da operação daqueles decorrentes de outros fatores que comumente influenciam a demanda e os custos, contudo, nesse caso, os competidores considerados como grupo de controle representam um contrafactual imperfeito, pois os seus preços também podem ser afetados pela fusão. Os autores tentaram contornar esse problema mostrando que as firmas diretamente envolvidas na fusão, em geral, aumentaram os seus preços em proporções maiores do que os seus concorrentes.

Os resultados da estimação apontaram que houve uma redução abrangente nos preços nos anos posteriores a fusão e essa tendência de queda foi mais intensa para as firmas que se fundiram do que para as suas competidoras, o que representa uma forte evidência que a fusão não aumentou o poder de mercado das empresas e ainda promoveu um ganho de eficiência. Com isso, conclui-se que a fusão não apresentou impactos anticompetitivos e a Comissão havia tomado a decisão correta.

5 Conclusão

Diante do exposto, é nítido o esforço que se tem empregado internacionalmente no desenvolvimento de avaliações da política de defesa da concorrência, tanto por parte das próprias autoridades, como através de organizações internacionais e pesquisadores. No caso das avaliações *ex-post* de intervenções específicas, as metodologias de simulação, *event studies* e diferenças em diferenças já são bastante consolidadas e apresentam aplicações práticas bem sucedidas que podem ser usadas como ponto de partida para a formulação de novos estudos. No entanto, apesar do intenso progresso na área, ainda existem poucas aplicações para a avaliação de casos de abuso de poder dominante. Assim, existem brechas que não foram cobertas pela teoria e devem estimular a pesquisa no tema.

Apesar da política de defesa da concorrência ser bastante recente no Brasil, é imprescindível que se dedique alguma atenção para a sua avaliação, uma vez que essa

representa uma ferramenta importante para melhorar a gestão de recursos e aprimorar o processo decisório.

Partindo-se da experiência internacional apresentada, não há dúvidas de que a autoridade e os pesquisadores brasileiros já dominam as principais metodologias empregadas nas avaliações *ex-post*, assim pode-se dizer que não há uma grande distância em termos de desenvolvimento técnico que impeça a realização dessas avaliações. Contudo, é preciso convir que a principal restrição se dá em termos de recursos financeiros, dado que tais estudos são bastante custosos e requerem horas de trabalho de profissionais que poderiam ser empregados na formulação de decisões de novos casos.

Mesmo que tais avaliações não possam ser empregadas pela autoridade no curto prazo, não se pode deixar de discuti-las. O estímulo ao debate é fundamental para incentivar pesquisadores a se debruçar sobre o tema e para fomentar o desenvolvimento de métodos com alternativas menos custosas.

6 Referências Bibliográficas

BEVERLEY, Lucy. “Stock Market Event Studies and Competition Commission Inquiries”. CCP Working Paper No. 08-16. Londres, agosto 2007. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1114114> (acessado em 20.02.2015).

BUCCIROSSI, Paolo; AGUZZONI, Luca, ARGENTESI, Elena; CIARI, Lorenzo; DUSO, Tomaso; TOGNONI, Massimo e VITALE, Cristiana “*The ex-post evaluation of two merger decisions*”. Estudo LEAR Consulting para Comissão de Competição do Reino Unido, Bruxelas, setembro 2011.

BUCCIROSSI, Paolo; CIARI, Lorenzo; DUSO, Tomaso; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; SPAGNOLO, Giancarlo e VITALE, Cristiana. “Ex-post review of merger control decisions”. Estudo LEAR Consulting para Comissão Europeia, dezembro 2006. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf (acessado em 20.02.2015)

BUDZINSKI, Oliver e RUHMER, Isabel. “Merger Simulation in Competition Policy: A Survey”. *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. No. 6 (2), p. 277-320. setembro 2009.

DAVIES, Stephen. “A survey of the approaches and methods used to assess the economic effects of a Competition Authority’s work”. Swedish Competition Authority. Estocolmo, maio 2012.

IVALDI, Mark. e VERBOVEN, Frank. “Quantifying the Effects from Horizontal Mergers in European Competition Policy”. *International Journal of Industrial Organization*, p. 669-691, setembro 2005.

ORMOSI, Peter. “Stocktaking on evaluation”. Working Party No. 2, Competition and Regulation, Organization for Economic Co-operation and Development, junho 2012.

SIMPSON, John e SCHMIDT, David. “Difference-in-difference analysis in antitrust: a cautionary note”. *Antitrust Law Journal* Vol. 75, No. 2, p. 623-635, 2008.

WOOLDRIDGE, Jeffrey. Introdução a Econometria: Uma Abordagem Moderna. Sao Paulo:
Thomson, 725 p, 2006.

CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira

Tereza Cristine Almeida Braga¹⁴⁶

RESUMO

O direito concorrencial brasileiro tem dedicado maior atenção à persecução de cartéis, o que tem despertado novos debates sobre a configuração de cartéis. Além disso, o amadurecimento institucional brasileiro suscitou novas preocupações em relação ao combate a cartéis, especialmente no que se refere a cartéis em licitações. Esse aprofundamento do debate e da persecução a cartéis leva a reflexões sobre a integração de esforços na investigação de infrações à ordem econômica.

Palavras-chave: cartéis, licitações, persecução criminal, reparação de danos, política integrada de defesa da concorrência.

ABSTRACT

Brazilian competition law has been even more dedicated to cartels prosecution, which has drawn new debates about the configuration of cartels. In addition, Brazilian institutional maturity has raised new concerns about cartel fighting, especially in relation to bidding rings. This deeper appreciation of the debate and of the cartel prosecution leads to thoughts about integration of efforts on investigating antitrust violations.

Key words: cartels, bidding rings, criminal prosecution, damage claims, integrated competition policy.

Classificação JEL: K21; K42; L41

¹⁴⁶ Assessora do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do CADE. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Planejamento Tributário pelo Departamento de Ciências Contábeis da Universidade de Brasília. E-mail: tereza.cristine@gmail.com. As opiniões deste artigo são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições às quais o autor possui vínculos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cartéis: desmistificando os preços iguais. 3. Cartéis em licitações: mecanismos que podem facilitar conluios. 4. Cartéis fracos e cartéis fortes. 5. Da política integrada de repressão a cartéis. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A persecução a cartéis tem aumentado significativamente nos últimos anos tanto no Brasil quanto no mundo. Isso é reflexo do aperfeiçoamento do combate a cartéis em diversos países.

Em regra, os cartéis buscam a unificação de vontades de rivais com a finalidade de conseguir o monopólio no setor alvo¹⁴⁷. Podem ter o objetivo de fixar preços muito acima dos estritamente competitivos. No entanto, nem sempre os cartéis estão voltados a esse sobrepreço, especialmente quando se voltam à divisão de mercados ou à exclusão de concorrentes.

No âmbito privado, o cartel se desenvolve no mercado supostamente “livre” e submetido às amarras de entrada e rivalidade impostas pelos infratores. A conduta se desenvolve no atacado ou no varejo e se aproveita da assimetria de informação entre consumidor e fornecedor:

O foco da defesa do consumidor é, justamente, evitar que o comportamento oportunista – tanto *ex-ante* como *ex-post* – prejudique o consumidor final, posto que este, comparativamente ao vendedor dos produtos, apresenta: (i) maior dificuldade em obter as informações necessárias para embasar suas decisões de consumo; (ii) maiores limitações cognitivas para processar as informações disponíveis de forma adequada; e (iii) maiores restrições para defender seus interesses. É a posição desprivilegiada em relação à empresa que coloca o consumidor como elo mais vulnerável da relação de consumo, permitindo que os vendedores dos produtos estejam em condições de maximizar seus lucros sem que exista, necessariamente, preocupação com os impactos de suas decisões sobre os consumidores¹⁴⁸.

O *enforcement* de cartéis passa por três etapas: descoberta, persecução e punição¹⁴⁹. A etapa mais difícil e trabalhosa é a descoberta, em que se deve identificar padrões colusivos e dar início a investigações que tenham o potencial de angariar provas consistentes. Os dois últimos elementos são decorrentes do primeiro, já que a persecução e punição só são possíveis quando há fortes indícios de cometimento de infração à ordem econômica. Por isso, a descoberta é fundamental para a repressão a cartéis.

¹⁴⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

¹⁴⁸ REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sívila Fagá de. *Defesa do consumidor e disciplina antitruste*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309.

¹⁴⁹ CHOI, Jay Pil; GERLACH, Heiko. *Global cartels, leniency programs and international antitrust program*. *International Journal of Industrial Organization*: vol. 30, 2012.

Um setor que vem ganhando importância na repressão a cartéis é o de licitações. Por obrigação legislativa, as compras governamentais no Brasil são realizadas por meio de licitações, em ambiente em que predominam os princípios da publicidade, da transparência e da prevalência do interesse público sobre o interesse privado. No entanto, os arranjos entre concorrentes têm buscado novas formas de fazer com que esses princípios trabalhem em favor da conduta concertada.

A autoridade antitruste brasileira tem poucas condenações de cartéis em licitações¹⁵⁰, seja pela dificuldade de instrução desses casos, seja pela ausência de ciência da ilicitude da prática pelos órgãos licitantes. Nesse contexto, o combate a cartéis em licitações possui um desafio adicional: além de impor penalidades e obrigações elevadas o suficiente para serem efetivamente dissuasórias¹⁵¹, a autoridade deve conferir à condenação um caráter pedagógico e orientador à comunidade.

O interessante (ou complicador) da análise de cartéis em licitações é que as combinações entre concorrentes são raramente ilícitos isolados, isto é, vários ilícitos podem ser cometidos concomitantemente para que o cartel dê certo. Por isso, a interface entre autoridade administrativa e autoridade criminal é fundamental para o *enforcement* da defesa da concorrência no sentido da repressão conjunta a diversas infrações previstas na legislação brasileira.

Neste artigo, pretende-se realçar alguns pontos atuais e intrigantes de cartéis em licitações, bem como algumas saídas para incrementar a repressão a cartéis no Brasil.

2. Cartéis: desmistificando os preços iguais

¹⁵⁰ Vide as seguintes decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Processo Administrativo 08012.009118/1998-26, julgado em 12/07/2001; Processo Administrativo 08012.006989/1997-43, julgado em 15/07/2005; Processo Administrativo 08012.001826/2003-10, julgado em 19/09/2007; Processo Administrativo 08012.011853/2008-13, julgado em 05/02/2014; Processo Administrativo 08012.006199/2009-07, julgado em 10/12/2014; Processo Administrativo 08012.009611/2008-51, julgado em 10/12/2014; Processo Administrativo 08012.008507/2004-16, julgado em 10/12/2014, Processo Administrativo 08012.009885/2009-21, julgado em 08/04/2015.

¹⁵¹ “A simple calculation grounded in data on real-world cartels suggests that a sufficient level of fines (aggregated across all cartel participants) is about twice the annual volume of commerce affected by the cartel activity, and the annual volume of commerce done by U.S. corporations filing tax returns is roughly the same as their net worth. Hence, fines at a level sufficient to deter can exceed the ability of cartel participants to pay”. Em tradução livre: Um cálculo simples baseado em dados de cartéis do mundo real sugerem que um nível suficiente de multas (agregadas as de todos os participantes do cartel) é aproximadamente duas vezes o volume de comércio afetado pela atividade do cartel e o volume anual de comércio demonstrado pelas declarações de impostos de empresas estadunidenses é aproximadamente o mesmo que o do seu patrimônio líquido. Portanto, multas em um nível suficiente para impedir cartéis devem superar a capacidade de pagamento dos participantes do cartel. WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A. *Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions*. The Antitrust Bulletin: vol. 56, nº 2, Verão de 2011.

Cartéis são acordos entre concorrentes para alcançar algum tipo de benefício coletivo em detrimento da concorrência. O senso comum é o de que cartéis são ajustes entre concorrentes para fixação de preços acima do preço de equilíbrio verificado no mercado. No entanto, esse mito deve ser imediatamente quebrado, já que os cartelistas não visam ganhos unicamente via fixação de preços.

O art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11, deixa claro que o ajuste entre rivais pode se dar não apenas por preços, mas também por quantidades, clientes, fornecedores, regiões, entre outras características. O que interessa é que os infratores se comportem como se fosse um único agente no mercado¹⁵² e reduzam ou limitem a concorrência¹⁵³, o que lhes permite manipular outras variáveis de mercado que também lhes proporcionem vantagens competitivas ilícitas, sem, necessariamente, haver um sobrepreço¹⁵⁴.

Em um exemplo hipotético, considere que um mercado com consideráveis barreiras à entrada e que tenha cinco agentes, com quatro deles em conluio, o que leva a crer que apenas o agente remanescente brigará por preços. Considere, também, que não há possibilidade de crescimento orgânico para esse quinto agente. Nesse sentido, os quatro poderiam dividir o mercado relevante entre si, combinando baixas variações de preços ou a interrupção no fornecimento de descontos. Com isso, haveria reduzida ou nenhuma diferenciação entre os produtos de cada vendedor e, com isso, o consumidor não teria incentivos de pesquisar preços ou barganhar em uma negociação direta com alguma dessas empresas. Teria sido criada uma homogeneidade artificial no mercado sem fixação de preços, porém com garantia de cotas de fornecimento por cada infrator. Esse tipo de ajuste pode ocorrer tanto no mercado privado quanto em licitações públicas e pode ser acompanhado de outros crimes, tais como corrupção, lavagem de dinheiro, fraudes de diversos tipos e falsidades ideológica e documental. Logo, dizer que a região X é de uma empresa – e a região Y de outra – é ilegal, é punível pelo direito brasileiro e não exclui a punição dos demais ilícitos associados ao cartel.

Esse tipo de estratégia anticompetitiva evita que haja oscilações abruptas nos estoques e nos faturamentos de cada empresa participante do cartel e afasta eventuais brigas por preços ou clientes via redução de preços ou concessão de vantagens. Em outras palavras, evita uma “guerra de preços” entre as empresas participantes, arrefecendo a concorrência. Esse cenário desestimula também investimentos no desenvolvimento de produtos, uma vez que eventual

¹⁵² HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: West Group Thomson, 2005, p. 147.

¹⁵³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

¹⁵⁴ WERDEN, G. J. *Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the crime*. *European Competition Journal*, março de 2009.

tecnologia agregada em nada altera o acordo do cartel, isto é, o “gasto extra” com esse desenvolvimento não trará ganhos adicionais aos infratores, já que estão vinculados à divisão de mercado (ou de clientes) ora entabulada.

Como conduta anticompetitiva prevista passível de punição nas esferas administrativa, cível e criminal, o cartel é camuflado a todo custo:

Participantes de cartéis clássicos não poupam esforços para esconder sua conduta, e, como resposta ao incremento de persecução em vários países, usam de estratégias cada vez mais sofisticadas para evitarem serem descobertos. Autoridades de proteção da concorrência, de outra parte, recorrem a técnicas de investigação elaboradas que permitem a obtenção de provas diretas do conluio, como operações de busca e apreensão e escutas telefônicas, muitas vezes em cooperação com a polícia e promotores dos respectivos países e também umas com as outras¹⁵⁵.

As decisões do CADE trazem exemplos peculiares de cartel, tais como: ligações telefônicas codificadas para que reuniões para discussão de preços virem “churrascos” e posições de liderança virem “loiras”¹⁵⁶; policiais infiltrados em reuniões entre concorrentes para prisão de cartelistas em flagrante¹⁵⁷; empresas concorrentes reunidas em “almoço com muita gente sem chocolate” para facilitar a troca de informações entre elas e realizar constantes permutas de ativos com a finalidade de manter o acordo e equalizar as cotas pré-fixadas¹⁵⁸. Segundo a jurisprudência da autoridade antitruste brasileira, é grande a criatividade para esconder a prática danosa e fazer com que ela pareça “natural” e maior ainda deve ser o empenho das autoridades em parar essa prática tão nociva ao mercado.

Em um cartel, tão importante quanto o ajuste entre concorrentes é o monitoramento do acordo, é garantir que todos os membros cumprirão sua parte em suprimir a competição no mercado. Essa obediência cega dos cartelistas é o que confere estabilidade e condições de mercado ao cartel e é o que dificulta a detecção pelas autoridades competentes: a existência e a sobrevivência de um cartel são determinadas por um bom mecanismo de monitoramento, já que, a todo momento, existe um temor de que o acordo possa ser burlado por algum infrator descontente com sua cota e/ou com seu sobrepreço¹⁵⁹:

¹⁵⁵ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. *Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012, p. 226.

¹⁵⁶ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.010215/2007-66 (cartel de postos de combustíveis em Caxias do Sul/RS), julgado em 06/03/2013.

¹⁵⁷ Vide Processo Administrativo 08012.004039/2001-68 (cartel no mercado de comercialização de pães de sal em Sobradinho, cidade-satélite de Brasília/DF), julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 22/05/2013.

¹⁵⁸ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.011142/2006-79 (cartel de empresas fabricantes de cimento), julgado em 28/05/2014.

¹⁵⁹ VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 127. Em tradução livre: Existe um número de direções que podemos seguir daqui. Apesar de termos mostrado que a colusão decorrente de punições simétricas em demandas mínimas é altamente inelástica, esse ponto deixa aberta a questão sobre quão efetivas as guerras de

There are a number of directions we can go from here. Though we have shown that collusion by virtue of symmetric punishments is minimal demand is highly inelastic, this leaves open the question of how effective price wars can be in sustaining collusion when market demand is responsive to price. Our initial investigation suggests conditioning punishments on total sales might be effective, though this is only a conjecture. It would be particularly interesting to characterize optimal equilibria that condition on both total sales and firms' market shares and see how that information is used.

Though this is one scheme [market share] that has been used in practice, another approach is to allocate consumers rather than market share. In that case, each firm is entitled to sell to a set of costumers and violation of that condition results in a punishment. Hence, the public information is not simply a firm's sales but also who bought from them. From a monitoring perspective, it would seem customer allocation is superior because a firm isn't even supposed to bid for another firm's customers, in which case a sale is a perfect sign of deviation. This raises the question of why a market-share allocation scheme is used at all. More broadly, it is an open question as to what determines the type of allocation mechanism that cartels use¹⁶⁰.

O monitoramento é o fator que confere sofisticação ao cartel, ou seja, quanto mais consolidado e organizado é o cartel, mais difícil será quebrar o círculo vicioso por ele formado. Normalmente, a detecção pelas autoridades é realizada quando há uma falha no funcionamento da conduta ou um furo nessa fiscalização mútua dos cartelistas. Esse monitoramento pode ser realizado diretamente pelas empresas, por algum tipo de “coordenador” ou por meio de alguma entidade de classe representativa do setor¹⁶¹. O que interessa é que haja um nível suficiente de transparência entre os cartelistas para fiscalizarem uns aos outros, invertendo a lógica competitiva que impõe a assimetria de informação entre concorrentes.

3. Cartéis em licitações: mecanismos que podem facilitar conluíus

A análise de cartéis requer não apenas um razoável entendimento sobre setor em que ocorre, como também a dinâmica da infração. Deve-se examinar o “como” das práticas e o

preços podem ser na sustentação de uma colusão quando a demanda de mercado é sensível a preço. Nossa investigação inicial sugere que condicionar punições em vendas totais pode ser efetivo, apesar de ser apenas uma conjectura. Seria particularmente interessante caracterizar equilíbrio ótimo que condicionasse tanto vendas totais quando participações de mercados de firmas e notar como essa informação seria utilizada.

¹⁶⁰ HARRINGTON JR., Joseph E.; SKRZYPACZ, Andrzej. *Collusion under monitoring sales*. RAND Journal of Economics: vol. 38, nº 2, Verão de 2007. Em tradução livre: Embora esse seja um esquema [participação de mercado] que tem sido utilizado na prática, outra abordagem é alocar consumidores em vez de participação de mercado. Nesse caso, cada firma tem o direito de vender para um grupo de consumidores e a violação dessa condição resulta em uma punição. Portanto, a informação pública não é simplesmente as vendas de uma firma, mas também quem dela comprou. Considerando uma perspectiva de monitoramento, pareceria que a alocação de consumidores seria superior porque uma firma não é sequer esperada a concorrer com os consumidores de outras firmas, o que seria um sinal perfeito de desvio. Isso levanta a questão sobre por que um esquema de alocação de participação de mercado é utilizado. De forma mais ampla, essa é uma questão aberta sobre o que determina o tipo de mecanismo de alocação que cartéis utilizam.

¹⁶¹ MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*. Cambridge: The MIT Press, 2012, p. 130-131.

“porquê” delas terem ocorrido daquela maneira. Esses dois elementos não são necessários para a individualização da conduta dos agentes, porém servem como diretrizes para a compreensão e a montagem dos quebra-cabeças do cartel.

Nas análises de cartéis, contam-se histórias. Histórias de ganhos exuberantes acumulados por anos de funcionamento da conduta, histórias tristes de eliminação daqueles que preferem não se mancomunar com os cartelistas. Advogados de defesa apresentam sua própria história, que é contraposta à da autoridade antitruste. A partir daí e das provas obtidas durante a investigação, preenche-se as lacunas entre as provas e monta-se o quebra-cabeças do cartel. Assim, não se pode analisar quaisquer desses elementos de forma isolada, conforme já destacou o Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica Márcio de Oliveira Júnior no julgamento do Processo Administrativo 08012.011142/2006-79 em 28/05/2014:

Outro aspecto importante a ser destacado é que as estratégias de defesa se resumem a um único mecanismo: retirar os documentos apreendidos do contexto do cartel. Para tanto, os advogados insistem em tratar as evidências de forma isolada, sem relação com as demais provas. Assim, há a constante tentativa de ler unicamente as frases do documento sem esclarecê-las dentro do conjunto de evidências reunidas pela instrução.

Essa é a maior armadilha em análise de cartéis, seja para os patronos, seja para o julgador, uma vez que, por se tratar de uma coordenação, de um acordo entre as partes, o conteúdo de uns documentos possui reflexos em outros. Cartel é uma conduta multilateral: uma empresa sabe da estratégia da rival; ambas atuam para que tenham benefícios e para que tenham o mínimo de prejuízos, isto é, uma ajuda a outra, o que contraria o próprio conceito de concorrentes. Logo, para que os acusados realmente esclareçam o conteúdo de cada evidência, precisam analisar a repercussão dela no todo. Caso contrário, falham em sua atividade de defesa e com a contribuição para revelar a verdade dos fatos.

No Brasil, a defesa dos infratores está acostumada com a judicialização das decisões a constante discussão sobre a regularidade processual do feito, sem se preocupar com o mérito ou com produção de contraprovas ao cartel. Com isso, o papel dos acusadores é muito mais fácil, pois não há muita resistência por parte dos defensores em termos de direito da concorrência e produção de provas que tenham direta relação com a conduta e, por conseguinte, com a absolvição de seus clientes. Por isso, apesar do avanço dos mecanismos de implementação do cartel, parece faltar aprofundamento em direito da concorrência por parte dos consultores empresariais e dos advogados responsáveis pela defesa em Juízo diante do grande número de preliminares processuais comumente suscitadas e da baixa incidência de contraprovas em debates judiciais.

A partir da concepção da dinâmica da conduta, é possível enxergar melhor quais instrumentos seriam utilizados pelos infratores para o sucesso do cartel. Esses mecanismos

são espelhados em mecanismos facilitadores, que deixam pistas para que o julgador perceba o que está ocorrendo. A facilitação de um cartel clássico tem por objetivo suprimir barreiras naturais à colusão, especialmente em relação a reduzir assimetria de informação, criar canais de comunicação entre concorrentes, desestimular o ímpeto pela briga por mercados e clientes e uniformizar preços e ganhos de rivais.

Nesse panorama, um novo nicho que tem se desenvolvido é a detecção de conluíus contra os governos, isto é, o ajuste entre concorrentes visando prejudicar a competitividade por meio de cartéis em licitações públicas. Nos cartéis em licitações, a facilitação tem por escopo extrair a maior renda possível da Administração Pública sem a interferência de concorrente, distribuindo à sociedade a perda de bem-estar decorrente do cartel. Nesse contexto, os danos sociais oriundos dos cartéis em licitações são maiores que os dos cartéis clássicos, pois quem paga os lucros exorbitantes dos cartelistas são os cidadãos contribuintes.

Assim como qualquer outro cartel, os cartéis em licitações buscam resolver, pelo menos, quatro problemas para que continuem em atividade: (i) lidar com o desejo constante de cada cartelista em adquirir uma fatia maior do mercado ou do ganho almejado pelo conluio, (ii) incrementar o *enforcement* do cartel, (iii) evitar entrantes atraídos pela lucratividade no setor, promovida pelo cartel, e (iv) mitigar os mecanismos de desestabilização do cartel¹⁶².

Em exame da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica relacionada a condenações de cartéis em licitações, é muito difícil encontrar casos em que licitantes assinem um contrato formal entre si sobre divisão de mercados ou fixação de preços em virtude da ilicitude da prática¹⁶³, apesar de ainda haver cartéis com esse perfil¹⁶⁴. Daí a

¹⁶² MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

¹⁶³ “Second, the clandestine nature of bid-rigging makes it difficult to determine which specific contracts were rigged and which were unrigged. This classification problem, if not carefully addressed, can cause a statistical analysis of damages to be seriously biased downward. Regardless of the direction of the misclassification involved (i.e., whether clean jobs are mischaracterized as rigged or the converse), the resulting damage estimate will be biased toward zero. That is, the analysis will indicate lower damages than were actually experienced. Therefore, great care must be exercised in deciding which contracts to include in the sample, and only those that can be confidently classified as either rigged or unrigged should be included. This selective approach to developing the sample also contains a built-in bias that tends to reduce the total damage estimate by excluding contracts that might have been rigged. The tradeoff involved, however, is one of accuracy versus inclusiveness – that tradeoff is, unfortunately, unavoidable”. Em tradução livre: Em segundo lugar, a natureza clandestina de licitações dificulta a determinação de quais contratos específicos foram combinados e quais não foram combinados. Esse problema de classificação, se não endereçado de modo cauteloso, pode causar uma análise estatística de danos seriamente viesados para baixo. Independentemente da direção da classificação incorreta envolvida (i.e., se trabalhos limpos podem ser descaracterizados como combinados ou o inverso), a estimativa de dano resultante será enviesada para zero. Ou seja, a análise indicará danos menores que os efetivamente experimentados. Ademais, muito cuidado deve ser tomado ao se decidir quais contratos serão incluídos na amostra e apenas aqueles que podem ser seguramente classificados como combinados ou não combinados devem ser incluídos. Essa abordagem seletiva para desenvolver as amostras também contém um viés *built-in* que tende

conclusão de que a tendência de camuflar a prática anticompetitiva é bastante comum. Todavia, cartéis deixam rastros, principalmente quando se trata de cartéis em licitações. E são esses elementos os mais importantes para a autoridade antitruste. Paralelismos de preços, semelhanças de erros de ortografia e de formatação em propostas fechadas, coincidências entre as regiões em que uma mesma empresa vence em diferentes certames são alguns indícios que alardeiam uma investigação sobre a existência de um cartel em licitações.

Um dos rastros não tão nítidos e simples quanto os acima enumerados é a existência de um núcleo decisório único entre participantes de uma licitação. Quando os sócios das empresas são integrantes de uma mesma família, é importante verificar se as propostas das licitações são decididas entre eles na mesa de jantar. Isso porque o encontro frequente e social de parentes pode ser um fórum bastante frutífero de troca de informações sobre o negócio uma da outra. Por outro lado, pode haver hipóteses em que familiares atuam, de fato, como aguerridos concorrentes¹⁶⁵. A ressalva a ser feita nesse ponto é que a proximidade de parentesco entre licitantes não pode ser isoladamente considerada como indício de cartel¹⁶⁶, uma vez que as evidências de conluio devem sempre ser analisadas em conjunto.

Outro fator a ser considerado é a presença de entidades de classe que congreguem, pelo menos, a maioria dos concorrentes de um dado mercado. Tais entidades podem ser mecanismos facilitadores de conluio, já que propiciam um ambiente comum de encontros frequentes entre concorrentes, ainda que para finalidades legítimas. Com isso, a participação de rivais em uma entidade de classe deve ser realizada com extremo rigor e cuidado, uma vez que os segredos de negócio devem ser preservados a todo custo em homenagem à preservação da livre concorrência prevista na Constituição Federal.

Uma terceira frente de análise é o comportamento dos licitantes em fases licitatórias assemelhadas ao mercado privado. Em certas modalidades de licitação, as primeiras propostas endereçadas pelos participantes são entregues em envelope fechado. Em outras palavras, os licitantes não têm conhecimento dos preços uns dos outros até que todos os envelopes sejam publicamente abertos, o que parece replicar a pesquisa de preços realizada pelo consumidor

a reduzir a estimativa de dano total pela exclusão de contratos podem ter sido combinados. O *tradeoff* envolvido, todavia, é de precisões *versus* abrangência – aquele *tradeoff* é, infelizmente, inevitável. HOWARD, Jeffrey H.; KASSERMAN, David. *Proof of damage in construction industry bid-rigging cases*. The Antitrust Bulletin: vol. 39, Verão de 1989.

¹⁶⁴ Vide decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.009118/1998-26, julgado em 12/07/2001, no Processo Administrativo 08012.010362/2007-66, julgado em 19/02/2014, e no Processo Administrativo 08012.009885/2009-21, julgado em 08/04/2015.

¹⁶⁵ Vide Processo Administrativo 08012.006199/2009-07, julgado em 10/12/2014.

¹⁶⁶ Acórdão 526/2013, Tribunal de Contas da União, Plenário, TC 028.129/2012-1, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, julgado em 13/03/2013.

para a compra de um produto em um mercado privado. Dessa forma, quando ele encontra o preço mais baixo, ele adquire o produto, muitas vezes após uma negociação individual para diminuir ainda mais tal valor.

Quando o conteúdo desse envelope é comprometido com notórias identidades de preços, condições de fornecimento ou até mesmo de formatação de propostas (tipo e tamanho de fonte, cor, espaçamentos, aplicação de estilos, leiautes e outros), é improvável que tal coincidência tenha ocorrido sem comunicação prévia entre os concorrentes. Com isso, os concorrentes podem chegar à licitação com os preços mínimos e máximos a serem ofertados por cada um, o vencedor de cada lote e os mecanismos de monitorar e camuflar o acordo, tais como apresentação de lances de cobertura, a retirada ou supressão de lances ou a apresentação de lances sabidamente inaceitáveis pela Administração Pública. Esses mecanismos de camuflagem são essenciais, tendo em vista a publicidade do certame e, por conseguinte, a facilidade de detecção de um cartel que seja muito óbvio.

A identidade de preços não é obrigatória em um cartel, porquanto os conspiradores podem combinar outros tipos de elementos (margens, custos, condições de pagamento, rateio de mercados, entre outros). Hoje em dia, os cartéis que ainda estão em atividade já perceberam que o alinhamento de preços é bastante arriscado e, por isso, preferem linearizar outros tipos de segredos de negócio. Na realização de diligências de busca e apreensão, por exemplo, é possível angariar evidências de combinações entre concorrentes que não se refiram a preços, mas que comprovem o conluio, tais como preços próximos em produtos de distintas qualidade ou procedência, lances com centavos exatamente idênticos e presença de um habilitado que sempre se abstém de apresentar lances. Desse modo, a observância da similaridade dos preços é relevante, mas não é crucial para se declarar a existência de um cartel.

Ainda no que se refere a preços, a autoridade deve ficar bastante atenta à oferta de preços por concorrentes com intervalos rigorosamente iguais. Se o preço apresentado por três concorrentes distintos for, por exemplo, R\$ 10.001,73, R\$ 10.101,73 e R\$ 10.201,73, há que se perquirir se há alguma explicação racional para o escalonamento tão regular de preços. A situação se agrava mais ainda em desfavor dos cartelistas quanto os lotes da licitação forem compostos de diversos itens, porquanto a soma de cada item com suas respectivas margens de lucro dificilmente coincidirá naturalmente com a de um concorrente acrescida de “x” e a de outro concorrente acrescida de “2x”. Afinal, as leis de oferta e demanda não são tão exatas a ponto de escalonar três estruturas de custos completamente diferentes sem uma “ajudinha” de um contato entre concorrentes.

Em cartéis em licitações, rodízios são bastante frequentes, a fim de garantir fatias pré-combinadas a cada infrator. A investigação sobre divisões de mercado, seja da própria licitação, seja por meio de subcontratações, é o ponto de partida para o entendimento da dinâmica desses cartéis. A divisão geográfica funciona como um mecanismo de ganho de escala para cada participante do cartel e, ao mesmo tempo, garantia de contratação com um pagador sempre solvente – que é a Administração Pública – por um tempo determinado. Esses rodízios podem ocorrer tanto em licitações quanto em sucessivas dispensas de licitações.

Um mecanismo mais sofisticado é a fiscalização do cartel, que tem por finalidade monitorar o comportamento dos infratores, obter informações sobre o andamento da conduta e punir ou retaliar eventuais desvios ou descumprimentos do acordo. O monitoramento constante e eficaz garante que os efeitos do cartel perdurem no tempo e, portanto no patrimônio dos cartelistas¹⁶⁷. Essa fiscalização pode acontecer de um jeito mais rústico, isto é, por meio de um “coordenador” do cartel, ou ainda por meio de algum *software* especialmente desenhado para tal finalidade e compartilhado entre os infratores. Nesse sentido, destaque-se lição de McAfee e McMillan¹⁶⁸:

The enforcement needed to ensure that the members comply with the cartel mechanism can come from one of two sources. First, the cartel may hire an enforcer who punishes any observed deviating bidders – an organized-crime approach. The alternative avenue is to appeal to a grim trigger strategy in an infinitely repeated auction context (Abreu et al., 1986). Although we do not model dynamics explicitly, it is clear that cooperation is one of the equilibria in the infinitely repeated noncooperative game. A deviating bidder can be threatened with noncooperative profit levels in all future auctions should he win the current auction when the mechanism dictated otherwise. This threat will be sufficient to deter deviations if discounting is sufficiently low. Although maximal profits represent only one equilibrium among a plethora of repeated game equilibria (James Friedman, 1986), a cartel that is choosing its mechanism has an obvious incentive to coordinate on this equilibrium.

¹⁶⁷ VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 127.

¹⁶⁸ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. *The American Economic Review*: vol. 82, nº 3, Junho de 1992. Em tradução livre: O *enforcement* necessário para assegurar que membros de cartéis concordem com o mecanismo do cartel pode vir de duas fontes. Em primeiro lugar, o cartel pode contratar um *enforcer* para punir qualquer concorrente que notadamente desvie do cartel – uma abordagem de crime organizado. A via alternativa é apelar para uma estratégia de gatilhos penosos em um context de leilões de repetições infinitas (Abreu et al., 1986). Apesar de não modelarmos dinâmicas de modo explícito, é claro que cooperação é um dos equilíbrios no jogo repetidamente não cooperativo. Um concorrente desviante pode ser ameaçado com níveis de lucro não cooperativos em todos os leilões futuros que ele ganharia quando o mecanismo estabelecido para ele ganhar a presente licitação ditar de outra maneira. Essa ameaça será suficiente para impedir desvios se o desconto for suficientemente baixo. Não obstante os lucros máximos representarem apenas um equilíbrio dentro da infinidade de equilíbrios de jogos repetidos (James Friedman, 1986), um cartel que está escolhendo seu próprio mecanismo tem um incentivo óbvio a coordenar neste equilíbrio.

Vale ressaltar que os mecanismos aqui descritos não são cumulativos ou exaustivos, mas são algumas das lentes com as quais a autoridade antitruste poderá enxergar movimentos tendentes à coordenação em compras governamentais e iniciará as competentes investigações.

4. Cartéis fracos e cartéis fortes

Após a análise e a reunião dos elementos de prova que demonstram a existência de um cartel em licitações, é possível classificá-lo em cartel fraco ou em cartel forte.

Os cartéis fracos são aqueles em que, por qualquer razão, os ganhos do cartel não são distribuídos entre os membros da conspiração. Nesse sentido, é possível ter havido o mero compartilhamento de informações, porém não os efeitos, por completo, vislumbrados pelos infratores. Logo, houve a cooperação entre concorrentes, mas a finalidade da conspiração não foi integralmente alcançada. Esse é o tipo de comportamento preferido para rodízios e preços idênticos¹⁶⁹.

Ainda assim, esse tipo de conduta é punível pela autoridade, uma vez que o potencial lesivo é elevado. A não obtenção desses ganhos foi obra do contexto econômico e não da vontade das partes em frear a colusão e desejar brigar por preços e clientes. A consumação da conduta é imediata e a comprovação dos efeitos é dispensável, isto é, mesmo a incompetência dos cartelistas em estabelecer um sobrepreço imediato com o cartel deve ser punida.

Os cartéis fortes, de outra sorte, têm duas características primordiais: (i) potencialidade de exclusão de licitantes oportunistas – apenas atraídos pelos lucros do cartel; e (ii) potencialidade de transferência de ganhos entre os membros do conluio, inclusive por pagamentos compensatórios da não participação de determinada empresa¹⁷⁰. Novamente transcreve-se a lição de McAfee e McMillan¹⁷¹:

Um membro de um cartel é arbitrariamente designado para concorrer por um item sem competição com seus colegas de cartel. Depois, o item é novamente leilado entre os membros do cartel (em um “knockout”). Os membros do cartel, então, compartilham uma quantia de dinheiro equivalente à diferença entre o preço alcançado com o leilão feito dentro do próprio cartel e o preço alcançado com o leilão legítimo.

Veja que um cartel em licitações não precisa conter todos os participantes do certame para ser posto em prática. Basta que mais de um pretenda burlar o princípio competitivo da

¹⁶⁹ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

¹⁷⁰ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

¹⁷¹ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

licitação para que ele ocorra, já que não se faz cartel sozinho. Por isso, a força de um cartel não tem relação com o número de infratores ou de licitações impactadas, mas sim com o nível de sofisticação dos instrumentos de implementação do ajuste entre concorrentes e com a potencialidade de dano.

Observe que o coração da análise de cartéis em licitações é a prova de comunicação entre as partes. Essa é a forma pela qual os cartelistas resolvem o problema de assimetria de informação para implementação do acordo quanto à seleção da empresa vencedora e, conseqüentemente, da proposta vencedora.

A opção em se comunicar e não se comunicar com concorrentes é fundamental para o funcionamento do cartel¹⁷², mas também é importantíssima para a criação de evidências da ocorrência da conduta. Nesse ponto, as amarras legais de realização de compras públicas também podem prejudicar os infratores, uma vez que todas as etapas do processo licitatório são registradas em autos de acesso a qualquer pessoa. Por isso, a apuração de um cartel em licitação pode ser baseada estritamente em documentos públicos que comprovem a atuação anticompetitiva de participantes de uma licitação¹⁷³. Além disso, o cartel corre um grande risco de ter suas comunicações interceptadas pela autoridade investigadora¹⁷⁴.

A diversidade de modalidades de licitação no Brasil dificulta o estabelecimento de um guia ou de um *modus operandi* de cartéis em licitação, já que cada uma apresenta funcionamento e barreiras próprias. Por isso, a tarefa investigativa é ainda mais difícil porque conta com a sensibilidade do investigador na observação de parâmetros colusivos e com o discernimento de separar os elementos de prova de cartéis dos elementos de prova de outras práticas ilícitas.

Outra dificuldade é o cálculo da probabilidade de ocorrência de um cartel em licitação, já que a definição de preços máximos e mínimos são sempre definidas pelo cartel. Por isso, os cálculos de probabilidade de coordenação em licitações podem ser extremamente viesados, pois o cartel definiu o vencedor (preço mínimo) e os supostos concorrentes (propostas de cobertura). De outra sorte, o valor de referência nem sempre pode ser utilizado como

¹⁷² “Collusion requires some communication, which generates hard evidence. This evidence can be found by the antitrust authority if it audits the industry; in addition, each firm can bring this evidence to the antitrust authority. The evidence lasts for one period”. Em tradução livre: A colusão requer alguma comunicação, o que gera evidência concreta. Essa evidência pode ser encontrada pela autoridade antitruste se ela auditar a indústria; ademais, cada firma pode trazer essa evidência à autoridade antitruste. Essa evidência tem um período de duração. AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William E. *The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels*. International Journal of Industrial Organization: vol. 24, 2006.

¹⁷³ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

¹⁷⁴ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

parâmetro, uma vez que as pesquisas de preços que embasaram a fixação de tal valor podem ter sido realizadas exatamente com os participantes do cartel. Essa dificuldade é mais agravada ainda quando o objeto da licitação contiver mais de um produto ou serviço.

As estimativas de dano, por outro lado, podem ter melhor sorte porque o preço-base pode ser o preço de mercado, isto é, o preço pelo qual os consumidores adquirem o bem fora da licitação. Nesse sentido, o sobrepreço é a diferença entre o preço de mercado e o preço licitado. Esse cálculo só funciona para cartéis em licitação que tenham por objetivo a obtenção de ganhos extraordinários, ou seja, que não tenham sido criados apenas para dividir mercados e garantir o fornecimento a cartelistas pelo tempo determinado no contrato administrativo.

5. Da política integrada de repressão a cartéis

O início de uma atuação recente do CADE no combate a cartéis em licitações traz à lume uma necessidade basilar atual: a integração dos agentes públicos investidos na atribuição de defesa da concorrência.

Há muito ainda que se pensar e escrever sobre teoria dos cartéis na teoria e na jurisprudência brasileiras. Embora o direito concorrencial tenha se desenvolvido no Brasil há pouquíssimo tempo, a “tecnologia de cartéis” tem se alastrado há anos e trazido danos imensuráveis à economia nacional. Existem condutas anticompetitivas tão consolidadas que foram capazes de montar a composição econômica de um setor, isto é, ao invés de a estrutura determinar a conduta anticompetitiva, a infração já foi capaz de moldar a estrutura de um setor¹⁷⁵ e desafiar as autoridades a criar algum mecanismo que fosse, de fato, apto a desmantelar esse cartel.

A baixa estatística de detecção de cartéis – entre 13% e 17%¹⁷⁶ – revela que as autoridades ainda engatinham na persecução de infrações anticompetitivas diante da sofisticação dos mecanismos de burla à concorrência. Pensar em multas de 0,1% a 20% do faturamento bruto¹⁷⁷ já não fazem mais sentido em cartéis com sobrepreços de 3% a 65% em relação ao mercado competitivo¹⁷⁸, pois o valor da penalidade pecuniária quase sempre

¹⁷⁵ Vide voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz no Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 28/05/2014.

¹⁷⁶ COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renaud. *Cartels: the probability of getting caught in the European Union*. Cahiers de Recherche PRISM-Sourbonne, Março de 2008.

¹⁷⁷ Art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11.

¹⁷⁸ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 38.

compensa o risco de manutenção da conduta e os danos sociais são superiores aos sobrepreços dos cartelistas.

Pensando nisso, o legislador brasileiro previu uma “penalidade” que possui um caráter mais restaurativo que punitivo: a pena de cisão de ativos, chamada na literatura de “remédios antitruste”. Isso porque o Estado retira do particular a estrutura econômica auferida com a prática ilícita para (tentar) retomar o ambiente anticompetitivo. A lógica não é expropriatória, mas sim restaurativa: se um ladrão não pode ficar com o objeto furtado, por que o cartelista poderia ficar com as empresas e/ou com os ganhos obtidos com o cartel? Esse é um tema muitíssimo importante, extenso e merece um artigo inteiramente destinado à discussão sobre o alcance e o desenho de remédios antitruste aplicáveis pela autoridade responsável para punição administrativa de membros de acordos anticompetitivos.

Uma segunda saída, específica para licitações, é proibir que condenados por cartel participem de futuras licitações com o Poder Público. À luz do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, essa penalidade só possui a devida eficiência se considerar condenações tanto em esfera administrativa quanto em esfera judicial a fim de evitar que o infrator utilize o Poder Judiciário como mecanismo de se esquivar da pena administrativa. Outra penalidade a ser considerada é impedir que participantes de cartel constituam novas empresas para perpetuar cartéis. Por isso, é importante vedar que empresas possuam em seu quadro societário pessoas naturais já condenadas por infração à ordem econômica.

No que se refere à prisão de pessoas naturais, a persecução criminal é importante para que a pessoa natural seja um agente pensante, isto é, não conte sempre com a proteção da empresa no pagamento da multa administrativa, já que a punição por cartel pode recair diretamente sobre si¹⁷⁹. É muito idealista acreditar que haja uma sanção financeira “ótima”, capaz de desarticular cartéis e retomar a competitividade de um setor, pois é difícil cominar uma pena suficientemente substancial e superior aos ganhos do cartel¹⁸⁰. Existem relatos de cartéis internacionais que foram desenhados, mas não foram postos em prática pela existência de uma dura persecução criminal nos países em que a conduta seria estabelecida¹⁸¹.

¹⁷⁹ HAMMOND, Scott D. *Charting new waters in international cartel prosecutions*. 2006. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.pdf>>. Acesso em 15/12/2014.

¹⁸⁰ BEATON-WELLS, Caron; PARKER, Christine. *Justifying criminal sanctions for a cartel conduct: a hard case*. Oxford University Press, 2012. Disponível em: <<http://antitrust.oxfordjournals.org/content/early/2012/12/21/jaenfo.jns009.full>>. Acesso em 15/12/2014.

¹⁸¹ HAMMOND, Scott D. *Charting new waters in international cartel prosecutions*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.pdf>> Acesso em 15/12/2014.

No Brasil, o movimento de encarceramento dos cartelistas já começou. No cartel de licitações de coleta de lixo na região Sul¹⁸², o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decretou prisão preventiva, considerando que *“o risco que a soltura dos denunciados representa à ordem pública e econômica, pela natureza dos delitos e forma organizada de atuação dos envolvidos, com cartelização, em prejuízo ao erário público, que sugere a reiteração da conduta”*¹⁸³. O mesmo foi determinado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para as pessoas naturais participantes de cartel de combustíveis em Londrina/PR¹⁸⁴ com a seguinte constatação: *“a medida constritiva da liberdade dos pacientes repercutiu no comércio de combustíveis da localidade, revelando a Juíza da ação penal que a paz voltou a reinar entre os outros proprietários de Postos de Combustíveis e que os preços regrediram visivelmente”*¹⁸⁵. O cartel internacional de transporte de cargas aéreas¹⁸⁶ também teve sua persecução penal deflagrada em primeira instância e com uma nítida constatação: *“observa-se que o valor do prejuízo, neste caso, é infinitamente superior aos danos decorrentes de delitos patrimoniais comumente praticados pela imensa maioria daqueles que habitam as prisões do país”*¹⁸⁷. Existem, ainda, outras decisões judiciais proferidas nesse mesmo sentido em diversos casos, que também revelam que o Poder Judiciário já está pronto e consciente do seu importante papel de desmantelamento de cartéis.

Outra frente de batalha é a responsabilização civil das pessoas naturais e jurídicas que se aventuram em cartéis: o ressarcimento de danos. Essa é uma estratégia bastante difundida em outros países¹⁸⁸, porém pouco aproveitada no Brasil, seja porque os consumidores e as autoridades competentes ainda não se tocaram da possibilidade de cobrança dos ganhos ilícitos, seja porque os processos de cartel tramitam por tanto tempo que acabam atingidos pela prescrição ou pelo prolongamento proposital e infinito do litígio pelos advogados dos cartelistas.

¹⁸² Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.011853/2008-13, julgado em 05/02/2014.

¹⁸³ Habeas Corpus 70027780519, Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, 8ª Câmara Criminal, julgado em 28/01/2009, DJ 12/03/2009.

¹⁸⁴ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.001003/2000-41, julgado em 06/03/2013.

¹⁸⁵ Habeas Corpus 116.676-3, Relator Desembargador Carlos Hoffman, 2ª Câmara Criminal, julgado em 20/12/2001, DJ 04/02/2002.

¹⁸⁶ Vide decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02, julgado em 28/08/2013.

¹⁸⁷ Processo 1068/08, Juíza de Direito Fernanda Alonso de Almeida, julgado em 29/01/2014.

¹⁸⁸ BERNARD, Kent. *Making victims whole: A restitution approach to cartel damages*. Competition Law Journal Concurrences nº 1/2012.

O cartel é uma extorsão ilícita do consumidor, que tem suas escolhas limitadas pelos infratores¹⁸⁹. Essa restrição assume duas perspectivas: o impedimento de contratar em razão dos preços abusivos cobrados pelo cartelista ou o pagamento de um sobrepreço anormal diante do mercado anticompetitivo do qual o consumidor não tem meios de escapar. Nesse contexto, os pleitos de reparação de danos são salutares e devem ser parte de uma urgente mudança cultural na economia brasileira:

A exemplo do que ocorre nos EUA, a busca de recuperação dos danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais demonstra uma tendência que deve se fixar na Europa e no Brasil. As condutas anticompetitivas (como por exemplo, o cartel), além de serem ilícitos administrativos, são também ilícitos penais e civis (à medida que geram danos a terceiros em virtude da prática de atos ilícitos). No caso brasileiro, essa tendência decorre de uma mudança cultural, tendo em vista que a possibilidade jurídica de coleta dos danos já existe há tempos, i.e., há no ordenamento jurídico pátrio disposições normativas que legitimam a propositura de ações de indenização em âmbito civil¹⁹⁰.

A consciência do Poder Judiciário pela prisão de participantes de cartel parece não ter sido replicada na esfera cível: “os juízes, no Brasil, não têm cultura de aplicar indenizações minimamente suficientes a reparar os danos causados e, ao mesmo tempo, dissuadir futuras práticas ilícitas”¹⁹¹. E isso deve ser imediatamente revertido, pois as sanções precisam assumir a dupla esfera – financeira e penal¹⁹² – para que o efeito pedagógico da pena por cartel possa surtir efeito:

O segundo eixo de um programa eficiente de repressão a cartéis consiste na imposição rigorosa de sanções, tanto em relação à gradação da pena, quanto no tocante à parte sobre a qual recairá a punição. Ao concordarem em não competir, membros de cartéis conseguem fixar preços e contabilizar lucros substancialmente superiores do que conseguiriam ao disputarem parcelas de mercado com seus concorrentes. Para desencorajar o que é claramente uma prática comercial atraente, portanto, e cujos desafios para detecção são expressivos, a pena tem que ser suficientemente repelente, de modo a superar recompensas potenciais de participar de um cartel, e que não sejam meros custos rotineiros dos negócios de empresas. Igualmente importante é direcionar a pena aos indivíduos autores do ilícito¹⁹³.

É essencial, portanto, que os consumidores comecem o pedido de ressarcimento de danos por meio de ações privadas contra os participantes do cartel. O lastro probatório do dano não é complexo: basta comprovar que houve a aquisição de produtos cartelizados por

¹⁸⁹ LAHDE, Robert H. *A traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice*. Fordham Law Review, vol. 81, 2013.

¹⁹⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 279.

¹⁹¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281.

¹⁹² BAKER, Donald I. *The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging*. 2001. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr69&div=39&id=&page=>>>. Acesso em 30/01/2014; GINSBURG, Donald; WRIGHT, Joshua. *Antitrust Sanctions*. 2010. Competition Policy International, vol. 6, nº 2.

¹⁹³ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. *Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012, p. 227.

meio de notas fiscais ou ordens de serviço, emitidas por empresas condenadas por cartel. Daí, é buscar a via judicial para reaver a quantia paga indevidamente em virtude do ajuste entre concorrentes naquele mercado.

A mensuração do dano ao consumidor deve ser calculada ou arbitrada caso a caso. Segundo pesquisas empíricas de John Connor, a média de sobrepreço de cartéis é de 25%¹⁹⁴, enquanto a OCDE estima esse percentual em 20%¹⁹⁵, sem prejuízo de se encontrar percentuais muito superiores a esse, tal como no caso de cartel internacional de eletrodos de grafite, com sobrepreço próximo a 49%¹⁹⁶. O cálculo do preço a ser pago caso não houvesse cartel pode ser objeto de perícia econômica ou contábil, mas também pode ser objeto de reexame das provas reunidas na instrução, já que boa parte dos infratores fazem e registram esse cálculo em planilhas para ponderar o risco de continuidade na conduta.

Ante o exposto, o isolamento institucional não contribui para que o princípio constitucional da livre concorrência seja alcançado. Essas diversas abordagens de repressão a cartéis – pelo Judiciário, pela Administração e por quem foi prejudicado pelo cartel – só reforçam a inafastabilidade de utilização dos mais diversos instrumentos repressivos disponíveis. O Brasil deve assumir uma política integrada de combate a cartéis, fazendo com que autoridades policiais, Ministério Público, Procuradorias Estaduais, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Controladoria-Geral da União, Tribunais de Contas e quaisquer órgãos licitantes trabalhem juntos para extirpar esse mal da economia brasileira. Já que os infratores atuam de maneira coordenada para causar tantos danos, as autoridades, sem desconsiderar eventuais ilícitos acessórios que acompanham o cartel, também devem se juntar para reprimir essas práticas de três formas: (i) prisão de pessoas naturais que cometam cartel, (ii) imputação de severas multas, remédios antitruste e demais penalidades acessórios pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e (iii) promoção de ressarcimento de danos pelo Ministério Público, pelas Procuradorias Estaduais e pelos consumidores.

E por que essa política integrada pode ser melhorada com o combate a cartéis em licitações? A resposta a essa pergunta é simples. Os cartelistas não se sentem coagidos pela transparência e publicidade dos procedimentos licitatórios para atuar e, portanto, deixam inúmeros rastros e pistas para que as autoridades promovam a persecução administrativa,

¹⁹⁴ CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*. Disponível em: <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/19254/1/sp05co03.pdf>>. Acesso em 15/12/2014.

¹⁹⁵ OECD (2002). *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*. Disponível em: <<http://oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em 15/12/2014.

¹⁹⁶ YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries apud* MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 40.

cível e criminal sem excessivos gastos de investigação. Tendo em vista que o prejuízo ao Poder Público é também o prejuízo da coletividade, o erário deve ser um dos primeiros a ser resguardado de atividades danosas à concorrência.

6. Considerações finais

Demonstrou-se que cartéis são particularmente nocivos ao consumidor por extrair uma renda muito superior ao que deveria ser paga em condições competitivas. Expôs-se que o cartel é capaz de extrair muito mais renda que um simples furto porque tem como objeto bens e serviços disponíveis em um determinado mercado e é implementado por uma diversidade de agentes. Nesse sentido, apesar de não ser punido com tanto vigor quanto um furto, produz prejuízos mais severos e danos sociais mais relevantes.

Procurou-se abordar que os cartéis modernos não se preocupam exclusivamente com a fixação de preços entre concorrentes, uma vez que os infratores possuem diversas outras formas de obter ganhos supracompetitivos, tais como divisão de mercados, de clientes e supressão de oferta de melhores condições de fornecimento ou negociação.

Apontou-se que licitações tem sido uma nova frente de combate a cartéis devido aos mecanismos de transparência implementados pela legislação, bem como pela audácia de cartelistas na utilização de procedimentos públicos para auferir ganhos ilícitos. Os típicos mecanismos de camuflagem são adaptados aos certames e os prejuízos são divididos com toda a sociedade.

Ademais, ressaltou-se a importância de uma política integrada de combate a cartéis que envolva autoridades policiais, Ministério Público, Procuradorias Estaduais, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Controladoria-Geral da União, Tribunais de Contas e quaisquer órgãos licitantes. Isso porque um ilícito coordenado requer uma persecução coordenada em virtude da sofisticação do arranjo e das estratégias de extração de renda e de bem-estar do consumidor e do Poder Público. Nesse sentido, essa política pode ser incrementada a partir de um olhar mais cuidadoso com os procedimentos licitatórios no Brasil.

Por fim, destacou-se que o Poder Judiciário precisa de uma urgente mudança cultural para punição cível e penal de cartéis, seja pela imputação de prisões a pessoas naturais participantes de conluio, seja pelo deferimento de pedidos de reparação de danos a consumidores lesados pela sanha de sobrepreço derivada do ajuste ilícito entre concorrentes. Só assim é que as pessoas jurídicas e naturais começarão a repensar se vale a pena (ou não)

fazer cartel no Brasil e arriscar, em troca de ganhos com cartel, a liberdade das pessoas naturais e uma enxurrada de ações de ressarcimento de danos.

7. Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.

AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William E. *The impact of leniency and whistleblowing programs on cartels*. *International Journal of Industrial Organization*: vol. 24, 2006.

BAKER, Donald I. *The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging*. 2001. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr69&div=39&id=&page=>>. Acesso em 15/12/2014.

BEATON-WELLS, Caron; PARKER, Christine. *Justifying criminal sanctions for a cartel conduct: a hard case*. Oxford University Press, 2012. Disponível em: <<http://antitrust.oxfordjournals.org/content/early/2012/12/21/jaenfo.jns009.full>>. Acesso em 15/12/2014.

BERNARD, Kent. *Making victims whole: A restitution approach to cartel damages*. *Competition Law Journal Concurrences* n° 1/2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.004039/2001-68. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 22/05/2013. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.001826/2003-10. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 19/09/2007. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.006199/2009-07. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 10/12/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.006989/1997-43. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 15/06/2005. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 10/12/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.009118/1998-26. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 27/06/2001. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 10/12/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?a6_-38uSff0w6rlBdBW1VVbWwwvmOW7xmF6zCMe31m2q2QVj38gb7mFcRicY_8TdIMY4EiMLWPio9LWJWskbzQ,,>>. Julgado em 08/04/2015. Acesso em 22/04/2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-66. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 06/03/2013. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010362/2007-66. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 19/02/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70027780519. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027780519%26num_processo%3D70027780519%26codEmenta%3D2775201+cartel+pris%C3%A3o++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70027780519&comarca=Comarca%20de%20Palmeira%20das%20Miss%C3%B5es&dtJulg=28/01/2009&relator=Isabel%20de%20Borba%20Lucas&aba=juris>. Julgado em 28/01/2009. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 06/03/2013. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 28/08/2013. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 28/05/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.011853/2008-13. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a4849760a67c8e65bf51dc7dd7>>. Julgado em 05/02/2014. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 028.129/2012-1. Natureza: Relatório de Auditoria. Entidades: Serviço Social da Indústria/Departamento Nacional – Sesi/DN e Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial/Departamento Nacional – Senai/DN. Interessado: Senado Federal. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130315/AC_0526_08_13_P.doc>. Acesso em 15/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus nº 116676-3, 5ª Vara Criminal de Londrina/PR. Impetrante: Reginaldo Monteiro e outros. Desembargador-Relator Carlos Hoffmann. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1384408/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-116676-3>>. Julgado em 20/12/2001. Acesso em 15/12/2014.

CHOI, Jay Pil; GERLACH, Heiko. *Global cartels, leniency programs and international antitrust program*. International Journal of Industrial Organization: vol. 30, 2012.

COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renaud. *Cartels: the probability of getting caught in the European Union*. Cahiers de Recherche PRISM-Sourbonne, Março de 2008.

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

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GINSBURG, Donald; WRIGHT, Joshua. *Antitrust Sanctions*. 2010. Competition Policy International, vol. 6, nº 2, p. 3-39. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1705701>>. Acesso em 15/12/2014.

HAMMOND, Scott D. *Charting new waters in international cartel prosecutions*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.pdf>> Acesso em 15/12/2014.

HARRINGTON JR., Joseph E.; SKRZYPACZ, Andrzej. *Collusion under monitoring sales*. RAND Journal of Economics: vol. 38, nº 2, Verão de 2007.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: West Group Thomson, 2005.

HOWARD, Jeffrey H.; KASSERMAN, David. *Proof of damage in construction industry bid-rigging cases*. The Antitrust Bulletin: vol. 39, Verão de 1989.

LAHDE, Robert H. A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: *Efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice*. Fordham Law Review, vol. 81, 2013.

MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*. Cambridge: The MIT Press, 2012.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. *Bidding rings*. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992.

REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sívia Fagá de. *Defesa do consumidor e disciplina antitruste*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.

WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A. *Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions*. The Antitrust Bulletin: vol. 56, nº 2, Verão de 2011.

Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrecial: do Termo Inicial da Prescrição

Marcelo Rivera dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo discute o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da ação privada de ressarcimento civil por aquele que foi prejudicado em razão de conduta anticoncorrecial praticada por outrem, com fundamento no artigo 47 da Lei 12.529/2011. Esse tipo de ação é reconhecido internacionalmente como ferramenta importante para a dissuasão de futuras práticas anticoncorreciais, razão pela qual a análise do termo inicial para o prazo prescricional deve ser feita de forma a garantir o acesso ao Judiciário a todos aqueles que forem lesados pela conduta anticompetitiva. Desta feita, apresentam-se neste artigo duas propostas de interpretação mais abrangente do termo inicial do prazo prescricional da ação privada de ressarcimento: a primeira com fundamento jurisprudencial, sobre a definição do termo inicial da prescrição em casos de responsabilidade extracontratual; e a segunda com fundamento no artigo 200 do Código Civil, sobre fato que deva ser apurado no juízo criminal. Assim, essa abordagem visa a afastar análises restritivas da prescrição e viabilizar o manejo do *enforcement* privado no Brasil.

Palavras-chave: *Enforcement* privado, ação privada de ressarcimento civil, prescrição, causa impositiva, responsabilidade extracontratual, termo inicial.

ABSTRACT

This paper centers on the initial term of the prescription period (statute of limitation) in order to manage private litigation in antitrust enforcement, based on article 47 of Law 12.529/2011 (Antitrust Act). This statute sets a time limit to seek a legal right or action due to the passage of time and its use is internationally recognized as an important tool in antitrust enforcement. For the above mentioned reason, the analysis of the prescription time frame must be done so as to provide access to the Judiciary System for those harmed by an antitrust misconduct. Thus, this article presents two proposals for establishing the initial limits to the prescription period in private litigations - the first is based on case-law analysis concerning the initial term of the prescription period in non-contractual liability cases, while the second is based on the article 200 of the Brazilian Civil Code, which states that criminal charges shall be investigated in criminal court. Therefore, this approach aims to push away restrictive analysis of the prescription period and to encourage private litigations in Brazil

Key words: *Private litigation, prescription, statute of limitation, cases of exclusion, non-contractual liability, initial term of the prescription period.*

Classificação JEL: K1; K21; K41

¹ LLM em Direito Empresarial pela FGV. Especialista em Direito Processual Civil. Sócio Fundador da Brayer & Rivera Advocacia. Email: rivera.santos@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. *Enforcement* público e privado no Direito da Concorrência: necessidade de equilíbrio entre as ferramentas 3. Prescrição na ação privada de ressarcimento derivada de conduta anticoncorrencial. 3.1. Hipótese de investigação da conduta anticoncorrencial pelo CADE: da ciência inequívoca como termo inicial para a contagem do prazo prescricional por responsabilidade extracontratual 3.2. Hipótese de investigação da conduta anticoncorrencial que “deva ser” apurada no âmbito criminal: da sentença penal definitiva no juízo criminal como termo inicial para a contagem do prazo prescricional. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal do Brasil estabelece, em seu artigo 170, os princípios gerais da atividade econômica, entre eles o da livre concorrência², acrescentando ainda, em seu artigo 173, que a legislação infraconstitucional reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros³.

O surgimento da primeira legislação concorrencial no Brasil remonta a 1945, mas foi em 1962, a partir da edição da Lei 4.137, que o país ganhou um órgão responsável por zelar pela defesa da concorrência: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A Lei n. 8.884/94 foi o grande marco legislativo da histórica concorrencial brasileira, que enfim estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Recentemente esta lei foi revogada pela Lei n. 12.529/2011, diploma este que também dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e é a Lei de Defesa da Concorrência em vigor no Brasil.

O artigo 36⁴ da Lei 12.529/2011 dispõe sobre as infrações da ordem econômica, indicando que constituem infração, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma

²“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência;”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

³“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.(...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

⁴Art. 36 da Lei 12/529/2011. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; de dominar mercado relevante de bens ou serviços; de aumentar arbitrariamente os lucros; e de exercer de forma abusiva posição dominante.

O parágrafo 3º do artigo 36 da Lei 12.529/2011 apresenta lista exemplificativa dessas infrações da ordem econômica, sendo que seu inciso I exprime o que constitui um cartel⁵: acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma (i) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (ii) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; (iii) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; (iv) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

Nesse sentido, importante destacar que o cartel, além de ilícito administrativo, por infração da ordem econômica pela Lei 12.529/2011, é também crime, conforme artigo 4º, inciso II da Lei n. 8.137/90⁶. O tipo penal dispõe que constitui crime contra a ordem

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

⁵ O cartel pode ser entendido como acordo explícito ou tácito “entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.” Essa prática pode ser vertical ou horizontal. A prática horizontal consiste na “tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios.” Já as verticais, “são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).” Resolução n. 20 do CADE de 9 de junho de 1999.

⁶Importante destacar que a responsabilização do crime de cartel recai apenas em relação às pessoas físicas, não atingindo as pessoas jurídicas. Isso porque na lição de Julio Fabbrini Mirabete, “*sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente, ou associado a outros (co-autoria ou participação), pode ser sujeito ativo do crime (...)*”. Acrescentando ainda que “*A pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, quer se entenda ser ela ficção legal (Savigny, Ihering), realidade objetiva (Gierke, Zitelmann), realidade técnica (Planiol, Ripert) ou se adote a teoria institucionalista (Hauriou). (...)* Assim, só os responsáveis concretos pelos atos ilícitos (gerentes, diretores, etc.) são responsabilizados penalmente, inclusive pelas condutas criminosas praticadas contra a pessoa jurídica (art. 177 do CP).”. MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP. Volume 01. 7ª ed. Ed. Atlas. São Paulo. 1993. Pp. 119-120. Ana Paula Martinez indica haver discussão doutrinária a respeito da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crimes contra a ordem econômica, com base no artigo 173 parágrafo 5º da Constituição Federal. A autora, porém, entende que não cabe interpretação extensiva para a criação de responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes contra a ordem econômica exatamente porque o constituinte teria optado por não fazer referência a ela, ao contrário do que teria ocorrido com os crimes contra o

econômica formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. A pena prevista para o crime de cartel é de reclusão de 02 a 05 anos e multa.

Os demais incisos do artigo 36 da Lei 12.529/2011 (II a XIX)⁷ preveem outras hipóteses exemplificativas de condutas contra a concorrência, como a influência de conduta comercial uniforme, exclusividade, venda casada, recusa de contratar, fixação de preço de revenda, criação de dificuldades à atividade de concorrente, açambarcamento, etc.

Diante dessa lista de infrações contra a ordem econômica e com o fito de se ter mais um mecanismo para dissuadir a prática de infrações à ordem econômica, a Lei 12.529/2011 dispôs, em seu artigo 47, o direito de qualquer prejudicado, por si ou pelos legitimados referidos no Código de Defesa do Consumidor, de ingressar em juízo para, em defesa de seus

meio ambiente (artigo 225 parágrafo 3º da Constituição Federal). MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Ed. Singular, 2013. pp. 208-215.

⁷ Art. 36 § 3 da Lei 12/529/2011 As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrecionais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como receber **indenização pelas perdas e danos sofridos**, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que, por sua vez, não será suspenso em razão do ajuizamento da ação.

O ressarcimento civil, fundamento da ação do artigo supracitado, nada mais é do que o recebimento de indenização pelas perdas e danos sofridos em razão da prática de infração da ordem econômica. A configuração da responsabilidade de reparar o dano tem duas premissas no nosso ordenamento jurídico, segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira⁸, (i) “*não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação*”; e (ii) “*para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu. A identificação do dever jurídico violado, por sua vez, importará em determinar com rigor os atos que o obrigado deveria ter praticado e não praticou.*”.

Assim, esta ação judicial com fins de ressarcimento civil por danos decorrentes da prática de infrações da ordem econômica pode ser proposta, como se observou do dispositivo legal, pelo próprio prejudicado ou pelos seus legitimados referidos no Código de Defesa do Consumidor (Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta e associações que preencham os requisitos do art. 82 da Lei no 8.078/1990).

O objeto de análise deste artigo é a ação privada de ressarcimento civil proposta pelo prejudicado por si próprio, ou seja, pelo cidadão, conhecido como "enforcement privado". Especificamente, estudar-se-á o termo inicial da contagem do prazo prescricional dessas ações derivadas da prática de conduta anticoncorrencial.

Nossa análise do prazo prescricional sobre as ações de ressarcimento por danos decorrentes da prática de cartel e outros ilícitos anticompetitivos levará em consideração duas circunstâncias: (i) a busca pelo ressarcimento oriundo de uma responsabilidade extracontratual; e (ii) a busca do ressarcimento oriundo de um fato que deva ser apurado no juízo criminal. A abordagem das duas hipóteses levará em consideração a legislação pátria e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, mas também apresentará, ainda que brevemente, o que foi discutido e decidido no âmbito da Comissão Europeia, de modo que se visualize a

⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Coord. Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios. Arts. 927 a 965 – VOLUME XIII. Ed. Forense. Rio de Janeiro, RJ. 2004, p. 51.

atualidade e a importância do tema no combate a condutas anticompetitivas no cenário internacional.

2. *Enforcement* Público e Privado no Direito da Concorrência: Necessidade de Equilíbrio entre as Duas Ferramentas

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior⁹, existe uma discussão de grande atualidade sobre o papel agregador da força dissuasória do *enforcement* privado em face do *enforcement* público. Isso porque o autor entende que o *enforcement* privado confere força ao *enforcement* público, e que, juntos, ambos imprimem maior força à dissuasão de novas práticas de cartel. Ele acrescenta, ainda, que essa discussão aponta fortemente, sob o ângulo jurídico e em termos de segurança jurídica, para o direito ao acesso dos cidadãos a mecanismos legais eficazes que permitam a todas as vítimas serem plenamente indenizadas pelos danos sofridos decorrentes das ações anticoncorrecionais, mecanismo este disposto no art. 47, da Lei n. 12.529/2011.

Aduz o autor, também, que nos “*Estados Unidos o tema estaria provocando discussões no sentido de aprimorar os mecanismos usuais em private litigation que conduzam a uma descentralização do enforcement como instrumento anciliar e eficaz no fortalecimento da ação oficial no enfrentamento do poder econômico, sobretudo em sede de condutas cartelizadoras.*”¹⁰

Essa ideia já fora difundida por Michael D. Whiston¹¹, que indicou que as ações privadas e o *enforcement* público, concomitantemente, são mecanismos contra as condutas anticoncorrecionais utilizados na maioria dos países, como os Estados Unidos e os Estados Membros da União Europeia, contudo implementados das mais variadas formas e intensidade. Esclarece o autor que em alguns países se perceberia um uso maior do *enforcement* público, enquanto que em outros, prevaleceriam as ações privadas.

A análise feita por Whiston é no sentido de que, nos países cujo sistema é da “Common Law”, as ações privadas prevalecem, como nos Estados Unidos e na Inglaterra, enquanto que nos países cujo sistema é da “Civil Law”, o que prevalece é o *enforcement* público, como por exemplo, no Brasil e na maioria dos países que compõem a União

⁹ JUNIOR FERRAZ, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, Novembro 2013, pp. 11-31.

¹⁰ Op. cit. Pp 11 -31.

¹¹ WHINSTON, Michael D. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: a survey. WorkingPaper n. 335. December 2006. Stanford Law School.

Europeia. O autor aduz ainda que a utilização do *enforcement* privado nos Estados Unidos é tão forte que aponta para uma relação de 10 (dez) ações privadas para 01 (uma) ação pública. A utilização maciça dessa fermenta é vista pelo autor, portanto, como uma “arma” importante no combate ao cartel, na medida em que adiciona à equação econômica dos possíveis benefícios econômicos oriundos do cartel as incontáveis e possíveis ações privadas de ressarcimento, minando ou aumentando consideravelmente o risco dos cartelistas.

A Comissão Europeia (CE), por sua vez, tendo em vista a subutilização desse mecanismo de *enforcement* privado em face de condutas anticompetitivas em seu território – possivelmente por ser composta em sua maioria por países que adotam o sistema romano-germânico¹², publicou propostas, em 2005, 2008 e 2013, para incentivar as ações privadas contra as condutas anticoncorrenciais. Em 2005¹³ a Comissão Europeia (CE) elaborou o “Livro Verde”, onde formulou estudo/“cartilha” conferindo vários incentivos para disseminar a prática, uma vez que o ajuizamento das ações privadas, segundo o estudo, ajudaria a fomentar a competitividade entre as empresas e, por consequência, ter-se-iam maiores inovações, mais eficiência, aumentando, inclusive, a produção. Em 2008¹⁴ foi publicado o “Livro Branco”, sobre as ações de indenização por não cumprimento das regras comunitárias relativas ao direito antitruste. Seu objetivo principal foi “melhorar as condições legais de exercício por parte das vítimas do direito que lhes é conferido pelo Tratado de obterem reparação pelos danos sofridos em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitruste*”¹⁵. Recentemente, em 2013¹⁶, foi proposta uma Diretiva relativa a regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia,

¹²Pode-se afirmar que a maioria dos países da União Europeia adota o sistema romano-germânico já que apenas dois – Inglaterra e Irlanda – que adotam o sistema da Common Law e um – Islândia – adota um sistema misto.

¹³ COMISSÃO EUROPEIA. “Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules”.2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1422558372838&uri=CELEX:52005DC0672>> (último acesso em 29.01.2015).

¹⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco – sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. 2008. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>> (último acesso em 29.01.2015)

¹⁵COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco – sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. 2008. p. 3. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>> (último acesso em 29.01.2015)

¹⁶COMISSÃO EUROPEIA. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2013. Lançada em 2013, a Diretiva se tornou lei no dia 26 de novembro de 2014, e os Estados-Membros terão dois anos para implementar as propostas a suas legislações nacionais. COMISSÃO EUROPEIA. Directive of the European Parliament and of the council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States andof the European Union. 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf> (último acesso em 25/01/2015).

transformada em lei em novembro de 2014 pela Comissão Europeia, para assegurar o cumprimento dos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), garantindo que a concorrência não seja falseada no mercado interno e que as vítimas do cartel sejam integralmente reparadas pelos danos oriundos do cartel¹⁷.

O objetivo da Comissão Europeia, portanto, foi fomentar a participação dos cidadãos no combate aos crimes contra o mercado. Segundo a Comissão Europeia, uma das principais razões para a tomada de decisão para se fomentar as ações privadas de ressarcimento se deu em razão da impossibilidade de os “cartelistas” calcularem, com precisão, o benefício a ser conquistado pelo cartel que desejam praticar, na medida em que o número de ações privadas a serem ajuizadas seria desconhecido, o que pode multiplicar consideravelmente o montante das condenações, o que, por consequência, aumentaria em muito o risco da conduta anticompetitiva do cartel e a desincentivaria.

Nesse contexto, porém, a Comissão Europeia sinalizou quais seriam os principais entraves para a proposição das ações privadas, citando entre eles: (i) pouca participação dos grupos de defesa do consumidor na busca pela reparação dos danos; (ii) capacidade de o particular provar a conduta ilegal; (iii) o ônus da prova, que recai sobre o “autor” da ação privada; (iv) a divulgação das provas em juízo, bem como a pouca eficiência dos juízes no interrogatório das testemunhas; (v) a não vinculação da decisão da autoridade que combate os crimes de condutas anticoncorrecionais, com as decisões judiciais; (vi) a quantificação dos danos; (vii) a alegação de que os intermediários repassaram aos consumidores finais os prejuízos advindos da conduta; (viii) o tempo de tramitação do processo; (ix) o custos processuais; entre outros¹⁸.

Além dos entraves acima indicados, a Comissão Europeia aponta, na Diretiva para todos os Estados-Membros, datada de 2013, o **entreve relativo ao estabelecimento de prazos prescricionais para que as vítimas possam buscar no Judiciário o amparo das ações privadas de ressarcimento derivadas de atos anticoncorrecionais**, para conferir maior segurança jurídica para os envolvidos. Para tanto, propôs-se, na Diretiva, que as vítimas tenham ao menos 05 anos para ajuizarem a ação depois de tomarem conhecimento da infração, do dano causado e de quem foi o responsável pela infração. Propôs-se também que se impedisse que o prazo de prescrição começasse a correr antes do dia em que se cessou a

¹⁷Segundo a proposta aprovada em 2013, “*assegurar que as vítimas de infrações às regras de concorrência da UE possam obter uma reparação integral pelos danos sofridos*” é o segundo objetivo da Diretiva elaborada pela COMISSÃO EUROPEIA. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2013.

¹⁸COMISSÃO EUROPEIA. Green Paper – Damage actions for breach of the EC antitrust rules. 2005. pp. 12-14.

infração continuada ou repetida. E, por fim, propôs-se que na hipótese de uma autoridade da concorrência inicie um processo para investigar uma infração, o prazo de prescrição para intentar a ação privada seja suspenso até, pelo menos, um ano após a decisão definitiva do órgão administrativo.

Conforme se pode inferir, em linhas gerais, **a proposta adotada na Europa indica que as regras nacionais em matéria de início, duração, suspensão ou interrupção dos prazos de prescrição não deverão impedir indevidamente o início de uma ação de indenização.** Assim, o prazo de prescrição não deverá começar a correr antes (i) da cessação da infração, (ii) de o demandante conhecer ou se poder razoavelmente presumir que tem conhecimento do comportamento que constitui a infração e de que esta lhe causou danos, e (iii) de o demandante conhecer ou se poder razoavelmente presumir que tem conhecimento da identidade do infrator que causou esses danos. Nesse sentido, se estabeleceu que se pode razoavelmente presumir que um demandante tem esse conhecimento logo que seja publicada a decisão da autoridade da concorrência.

Ademais, os Estados-Membros foram autorizados a manter ou a introduzir os seus prazos de prescrição, desde que **a duração e a aplicação desses prazos prescricionais não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação integral, e desde que não seja comprometida a eficácia prática das disposições sobre os prazos de prescrição previstos na Diretiva.**

Observa-se, portanto, do breve exposto sobre a experiência europeia, que as dificuldades brasileiras para o *enforcement* privado não divergem muito das encontradas na Europa. Dentre as diversas dificuldades também encontradas no Brasil para a ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial, se estudará, no presente artigo, especificamente o entrave da prescrição, uma vez que a legislação brasileira, em especial o artigo 189 do Código Civil, combinado com o artigo 206, § 3º, V, prevêem que prescreve em 03 (três) anos a pretensão de reparação civil, cujo termo inicial para a contagem do prazo prescricional seria da data em que o direito fora violado.

3. Prescrição na Ação Privada de Ressarcimento Derivada de Conduta Anticoncorrencial

Pontes de Miranda define a prescrição como “(...) *a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou*

ação.”¹⁹. Nesse sentido, Antônio Luiz da Câmara Leal atribui à prescrição o efeito de extinguir a ação cabível pela negativa do exercício de ajuizá-la no tempo prefixado pela norma, visando ao combate da inércia pelo detentor do direito violado. Entende o autor que a prescrição supõe a *actio nata*, segundo a expressão romana, que para se considerar nascida depende da existência de um direito atual atribuído ao seu titular e de uma violação desse direito, que tem ela por fim remover.²⁰

Vê-se, portanto, que a prescrição incide contra aquele que deixou de exercer um direito que lhe assistia, pelo transcurso de um dado período de tempo, e a razão fundamental para a existência da prescrição é a de que situações conflituosas não podem durar indefinidamente²¹. Ou seja, a intenção da prescrição é trazer segurança jurídica, como uma regra de ordem, harmonia e paz, não se permitindo que demandas fiquem indefinidamente em aberto, conforme assinalado pelo Exmo. Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 908.599/PE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ do dia 17.12.2008²².

Com vistas a estipular os prazos em que as pretensões se encerrariam no Brasil, o Código Civil dispôs, em seus **artigos 205²³ e 206, o rol geral dos prazos prescricionais²⁴**. Em razão do tema proposto para o presente artigo, chama-se a atenção para o disposto no **artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil, que revela prescrever em 03 (três) anos a pretensão de reparação civil, in verbis: “Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil”**.

A prescrição, portanto, é de 3 (três) anos, mas a partir de qual termo inicial? Segundo **o artigo 189 do Código Civil²⁵, violado o direito, nasce para o titular a pretensão**. Isso significa que, cometido o ato ilícito, já se inicia o prazo prescricional para que o detentor do direito violado busque a reparação do dano. O termo inicial, portanto, seria da violação ao direito.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, Rio de Janeiro, Borsoi, t. VI, 1955, p. 100.

²⁰ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Da prescrição e da decadência, 2 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1959. P. 22-26; 35-36.

²¹ PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina e TOLEDO, Carlos José T. de. O impedimento da prescrição no aguardo da decisão do juízo criminal. Prescrição no Novo Código Civil – Uma análise interdisciplinar. São Paulo. 2005. Editora Saraiva. P. 113.

²² Foi o que escreveu o Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 908.599/PE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ do dia 17.12.2008.

²³ Art. 205 do Código Civil. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

²⁴ Não se quer dizer com isso que não se tem ou que não se possa ter em outros dispositivos legais a fixação de prazos prescricionais.

²⁵ Mais precisamente em relação ao artigo 189 do Código Civil. “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

No entanto, essa interpretação pode causar, como de fato causa, prejuízos àqueles que são lesionados em razão do cometimento de ato ilícito, pois **em algumas hipóteses específicas é possível que o prejudicado não saiba quando foi cometida a violação ao direito, nem quem cometeu o ilícito, bem como só venha a ter conhecimento da própria existência do ilícito cometido anos depois.** Esse é justamente o problema enfrentado pelos prejudicados por condutas anticompetitivas, em especial por cartel.

Sabe-se que o cartel, como prática delituosa, é de difícil comprovação. A dificuldade para se investigar ou tomar conhecimento da existência do acordo é severa até para os órgãos públicos especializados nessa tarefa, que deflagram processos administrativos, buscas e apreensões, etc., com o fito exclusivo de reunir provas substanciais para se concluir pela existência do acordo ilícito. Essas investigações podem demorar anos para serem concluídas, o que denota a extrema dificuldade que seria para um particular prejudicado fazê-lo. Essa constatação da dificuldade de comprovação do ilícito do cartel foi mencionada pelo próprio CADE, conforme constatado na Nota de Instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41,²⁶ relativo ao cartel dos trens e metrô, *in verbis*:

Cientes da ilicitude da conduta que estão cometendo e das repercussões administrativas, criminais e civis a que estão sujeitos, os membros de um cartel costumam ocultar as evidências de seus atos, o que torna a reunião de provas e indícios da conduta tarefa hercúlea. Reuniões, contatos, trocas de informações sobre preços e clientes, entre outros, são geralmente realizados com extrema discrição e sigilo, muitas vezes com a utilização de códigos e siglas, de forma a não deixar transparecer qualquer ilicitude. Cartéis são, sem dúvida, umas das condutas mais difíceis de ser investigada.

Se assim é dificultoso para a própria autoridade antitruste, qual não é a dificuldade de conhecimento sobre o cometimento do ilícito do cartel para os agentes privados que foram prejudicados pela conduta anticoncorrencial. Em vista dessa assimetria de informação sobre entre o conhecimento por parte dos agentes privados da existência do acordo anticompetitivo e sua prática pelos cartelistas, caso se interprete os artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil de forma literal, ter-se-ia um favorecimento àquele que praticou o ilícito, além de um severo desincentivo, no Brasil, para o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento decorrentes de conduta anticompetitiva, dado que o lesado pelo cartel pode demorar (e normalmente demora) anos para tomar conhecimento da existência do ilícito administrativo e criminal.

²⁶Nota de Instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41, disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/NT%20n%C2%BA%20081_PA%20n%C2%BA%2008700%20004617%202013-41_Instaura%C3%A7%C3%A3o%20de%20PA.pdf> (último acesso em 05.01.2014).

Ora, vejamos um exemplo. Um grupo de empresas pratica cartel, tendo a prática começado e terminado no próprio ano de 2003. Levando em consideração uma interpretação literal do disposto nos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil, via de regra o prazo para que os que foram lesados pelo cartel ajuizarem a ação privada de ressarcimento findaria em 2006.

Vejamos outro exemplo. Um grupo de empresas pratica cartel entre os anos 2008 a 2014²⁷ e, cientes da ilicitude do acordo, tomam todas as cautelas para que não sejam deixados registros da conduta anticompetitiva. Novamente levando em consideração uma interpretação literal do disposto nos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil, via de regra o prazo para que os que foram lesados pelo cartel ajuizarem a ação privada de ressarcimento findaria em 2017, pois se leva em consideração a data do último ato praticado, interrompendo-se a conduta ilícita.

Ocorre que, consoante os argumentos acima apresentados, tratam-se de prazos sobremaneira exíguos (e comprovadamente impraticáveis pela experiência processual de instrução dos casos) para que as autoridades competentes – CADE, na esfera administrativa, e Ministérios Públicos, na esfera criminal – iniciem, instruam, concluam e que a decisão final seja tornada pública, de modo a permitir o conhecimento do público em geral, em especial dos agentes privados lesados, do conhecimento da prática ilícita que dá ensejo ao seu direito de ressarcimento civil pelos danos decorrentes da conduta anticoncorrecional.

Ciente de que as leis não contêm palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*) e de que o artigo 47 da Lei 12.529/2011 prevê a indenização por perdas e danos por práticas que constituam infração à ordem econômica, entende-se ser necessária uma **interpretação sistemática**²⁸ dos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil. Assim, argumenta-se no presente artigo pela existência de dois sólidos argumentos para se estender o termo inicial da prescrição no *enforcement* privado. A utilização de tais argumentos favorecerá a utilização

²⁷ Ana Paula Martinez discute a consumação do crime contra a ordem econômica enquanto crime permanente, crime instantâneo ou crime continuado. No crime permanente, esclarece a autora, há crime único cuja consumação se prolonga no tempo segundo a vontade do sujeito ativo da conduta. Já no crime instantâneo, o tipo abarca conduta que ocorre e se finda em um determinado momento – os efeitos, contudo, podem ser irreversíveis, fora do controle do sujeito ativo, caso em que se estaria diante de um crime instantâneo com efeitos permanentes. Por fim, no crime continuado, haveria continuidade delitiva, de modo que vários crimes seriam consumados ligados pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de modo que os crimes subseqüentes são tidos como continuação do primeiro. MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Ed. Singular, 2013. pp. 215-218.

²⁸ A interpretação sistemática analisa normas jurídicas entre si. Pressupondo que o ordenamento é um todo unitário, sem incompatibilidades, permite escolher o significado da norma que seja coerente com o conjunto. Principalmente devem ser evitadas as contradições com normas superiores e com os princípios gerais do direito. O método sistemático impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo isolado, exigindo que todo o conjunto seja analisado simultaneamente à interpretação de qualquer texto normativo. O conjunto de normas deve ser analisado em sintonia com a Constituição e as demais normas jurídicas.

das ações privadas de ressarcimento civil decorrentes de conduta anticoncorrencial que, por sua vez, têm importante papel dissuasório à prática de novas condutas contra a concorrência, sem que, com esses dois argumentos, se afaste a segurança jurídica exigida pelo Exmo. Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 908.599/PE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ do dia 17.12.2008²⁹.

O primeiro argumento que aqui se propõe é que, via de regra, o termo de início da contagem do prazo prescricional seja da ciência inequívoca da existência do ilícito anticompetitivo, caracterizada pela publicização da decisão de julgamento da conduta anticoncorrencial investigada pelo Tribunal do CADE (III.1.). O segundo argumento, por sua vez, é aplicável em casos específicos que demandariam uma investigação de conduta anticoncorrencial a ser apurada no âmbito criminal, para que o termo de início da contagem do prazo prescricional seja da sentença penal definitiva no juízo criminal, por se ter uma causa de impedimento da prescrição. É o que passa a expor (III.2.).

3.1. Hipótese de Investigação da Conduta Anticoncorrencial pelo CADE: da Ciência Inequívoca como Termo Inicial para a Contagem do Prazo Prescricional por Responsabilidade Extracontratual

O primeiro argumento de interpretação sistemática dos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil aplicado às ações privadas de ressarcimento derivadas de conduta anticoncorrencial é aplicável a todos os casos em que se constatar a existência do ilícito administrativo concorrencial consubstanciado no artigo 36 da Lei 12.529/2011. Segundo a proposição, a definição de qual é o momento de início da contagem do prazo prescricional é da ciência inequívoca do ilícito anticoncorrencial, caracterizada pela publicização da decisão de julgamento da conduta anticoncorrencial investigada pelo Tribunal do CADE

Conforme supramencionado, o artigo 189 do Código Civil dispõe que, violado o direito, nasce para o titular a pretensão. O artigo 206, §3º, V do Código Civil, por sua vez, dispõe que o prazo para a ação de indenização é de 3 (três) anos. Ocorre que, **nos casos de cartel e de outras condutas anticompetitivas**, a violação do direito não se dá por uma violação de uma obrigação contratual³⁰, mas sim do cometimento de um ilícito. Trata-se de

²⁹ Foi o que escreveu o Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 908.599/PE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ do dia 17.12.2008.

³⁰ Como assevera Silvio de Salvo Venosa, “*a responsabilidade civil em geral parte, pois, de princípios fundamentais idênticos, quer esse dever de indenizar decorra do inadimplemento contratual, quer decorra de*

uma **hipótese de responsabilidade extracontratual, cujo dever de indenizar surge em virtude de lesão a um direito subjetivo, sem que entre o causador do dano e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite**. Assim, a prática de cartel e de outras condutas anticompetitivas gera um dever de indenizar aos lesados/prejudicados por violação de uma obrigação extracontratual, consistente na violação do direito subjetivo à livre concorrência.

Considerando que a eventual obrigação de indenizar decorre de responsabilidade extracontratual, o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento³¹ no sentido de que **o prazo prescricional, advindo de obrigações extracontratuais, se inicia da data em que se tiver conhecimento da violação do direito**. O Superior Tribunal de Justiça tem, nesse sentido, interpretado a Súmula 278 no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, se dá com a **ciência inequívoca do ato lesivo**. E, com essa interpretação tem dado interpretação mais ampla ao artigo 189 do Código Civil, aduzindo que **o termo inicial do prazo prescricional não se dá no momento da violação ao direito, mas da data do conhecimento do ato ou do fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de punir a vítima por uma negligência que não ocorrera, já que ela não tinha conhecimento do dano**.

Assim, verificando-se que o termo inicial do prazo prescricional para a ação de ressarcimento oriunda de uma responsabilidade extracontratual se dá no momento em que se teve ciência inequívoca do dano, bem como que uma eventual responsabilidade civil para a reparação de dano decorrente de ilícitos anticoncorrecionais é extracontratual, conclui-se que a ação de ressarcimento civil pela prática de cartel e outras condutas anticoncorrecionais terá o prazo prescricional iniciado apenas a partir do momento em que for possível a constatação da ciência inequívoca do ilícito pelo lesado.

Na definição desse momento de “ciência inequívoca”, é possível haver questionamentos de que o conhecimento do ilícito aconteceria quando da veiculação de notícias sobre cumprimentos de atos que visem à investigação da conduta anticompetitiva pelo CADE, tais como busca e apreensões, instauração de inquéritos administrativos, processos administrativos, etc. Entretanto, há de se constatar que, com tais notícias, não se pode dizer que há ciência inequívoca da prática do ilícito, como determina o Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o lesado pode não ter acesso pleno aos autos investigativos,

uma transgressão geral de conduta [responsabilidade extracontratual]”. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos*. 11ª ed. São Paulo. Atlas, 2011. P. 486.

³¹Vide os seguintes julgados: Resp n. 1.354.348/RJ; AgRg no AResp n. 399.077/DF; Resp. 816.131/SP; Resp n.346.489/RS. Vide também o teor da súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça.

além de não ter, antes do julgamento, a certeza do cometimento do ilícito. O lesado terá, então, tão somente uma suspeita, já que impera o princípio da presunção de inocência³². Desse modo, **é razoável entender-se que o lesado apenas tem conhecimento inequívoco da ocorrência da conduta anticompetitiva quando da publicização da decisão de julgamento da conduta anticoncorrencial investigada pelo Tribunal do CADE.**

Assim, retoma-se o exemplo utilizado anteriormente, de que fora cometido um cartel iniciado e terminado em 2003. Se o CADE tomar conhecimento da conduta em 2006, abrir procedimento preparatório, inquérito administrativo e processo administrativo, instruir e julgar o caso, condenando as empresas envolvidas e dando publicidade para a condenação do ato ilícito em 02/10/2009, a pretensão para a reparação do dano civil terá esta data como termo inicial da contagem do prazo prescricional para a ação privada de ressarcimento civil derivada da conduta anticoncorrencial (caso condenada pelo Tribunal do CADE). Isso porque apenas nesta data de publicização do julgamento do caso pelo CADE é que os lesados razoavelmente passam a ter ciência inequívoca da prática delituosa. A partir desse momento, portanto, começa-se a contar o prazo de prescrição, que se findaria em 02/10/2012, ou seja, em 03 anos, conforme artigo 206, §3º, V, do Código Civil.

Considerando o outro exemplo também dado acima, de conduta ilícita que se iniciou em 2008 e findou em 2014, se o CADE tomar conhecimento da conduta em 2017, abrir procedimento preparatório, inquérito administrativo e processo administrativo, instruir e julgar o caso, condenando os envolvidos e dando publicidade para a condenação do ilícito em 16/05/2019, a pretensão para a reparação do dano civil terá como início a data de julgamento do caso pelo CADE, pois foi o momento em que os lesados passaram a ter ciência inequívoca da prática delituosa. E é a partir desse momento que se começa a contar o prazo prescricional fixado pelo art. 206, §3º, V, do Código Civil, findando em 16/05/2022, após o transcurso dos 03 anos.

Diante do exposto, o primeiro argumento que se propõe neste artigo é que o termo inicial de contagem do prazo prescricional em casos de apuração da conduta anticompetitiva pelo CADE é contado a partir da pela ciência inequívoca do ilícito, caracterizado pela publicização do julgamento pelo Tribunal do Conselho. Isso porque, considerando que os casos de cartel e de outras condutas anticompetitivas permitem o ajuizamento de ação privada de ressarcimento civil oriundo de responsabilidade extracontratual, o termo inicial do prazo

³²Artigo 5º, inciso LVII, da [Constituição Federal](#), que preceitua que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*".

prescricional se dá, conforme posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça³³, com a ciência inequívoca, pelo lesado, do cometimento do ilícito a ser punido. A ciência inequívoca, por sua vez, se dá, nos casos de apuração de ilícitos concorrenciais, pelo julgamento do caso pelo Tribunal do CADE e pela sua conseqüente publicização do cometimento do ilícito administrativo.

3.2. Hipótese de investigação da conduta anticoncorrencial que “deva ser” apurada no âmbito criminal: da sentença penal definitiva no juízo criminal como termo inicial para a contagem do prazo prescricional

O segundo argumento de interpretação de interpretação sistemática dos artigos 189 c/c 206, §3º, V do Código Civil aplicado às ações privadas de ressarcimento derivadas de conduta anticoncorrencial é aplicável ao caso de existir uma investigação que deva ser apurada no âmbito criminal, sendo esta hipótese aplicável à prática de cartel, pois se trata de crime tipificado na Lei n. 8.137/90³⁴ Segundo a proposição, **existe uma causa de impedimento da prescrição em casos de condutas anticompetitivas que “devam ser” apuradas no juízo criminal, de modo que a contagem do prazo só começa a correr da sentença definitiva.**

De acordo com o artigo 200 do Código Civil, *in verbis*: "Art. 200. Quando a ação se originar de fato que **deva ser** apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva." (sem grifos nos originais). Trata-se, assim, de uma matéria relacionada aos efeitos da sentença penal no juízo cível, conforme classificado por Washington de Barros Monteiro³⁵. Em vista dessa classificação, deve-se analisar este artigo

³³Vide os seguintes julgados: Resp n. 1.354.348/RJ; AgRg no AResp n. 399.077/DF; Resp. 816.131/SP; Resp n.346.489/RS. Vide também o teor da súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça.

³⁴ Importante destacar que a responsabilização do crime de cartel recai apenas em relação às pessoas físicas, não atingindo as pessoas jurídicas. Isso porque na lição de Julio Fabbrini Mirabete, “*sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente, ou associado a outros (co-autoria ou participação), pode ser sujeito ativo do crime (...)*”. Acrescentando ainda que “*A pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, quer se entenda ser ela ficção legal (Savigny, Ihering), realidade objetiva (Gierke, Zitelmann), realidade técnica (Planiol, Ripert) ou se adote a teoria institucionalista (Hauriou). (...) Assim, só os responsáveis concretos pelos atos ilícitos (gerentes, diretores, etc.) são responsabilizados penalmente, inclusive pelas condutas criminosas praticadas contra a pessoa jurídica (art. 177 do CP)*”. MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP. Volume 01. 7ª ed. Ed. Atlas. São Paulo. 1993. Pp. 119-120. Ana Paula Martinez indica haver discussão doutrinária a respeito da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crimes contra a ordem econômica, com base no artigo 173 parágrafo 5º da Constituição Federal. A autora, porém, entende que não cabe interpretação extensiva para a criação de responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes contra a ordem econômica exatamente porque o constituinte teria optado por não fazer referência a ela, ao contrário do que teria ocorrido com os crimes contra o meio ambiente (artigo 225 parágrafo 3º da Constituição Federal). MARTINEZ, Ana Paula. **Represão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Ed. Singular, 2013. pp. 208-215.

³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Parte Geral. 39ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo. Ed. Saraiva. 2003. p. 345.

em conjunto com o artigo 91, I, do Código Penal³⁶, e com os artigos 63 a 68, do Código de Processo Penal³⁷.

O artigo 91, I, do Código Penal revela que um dos efeitos da condenação criminal é a reparação do dano civil, em razão do cometimento do crime, revelando ser a ação civil *ex delicto* (ou seja, ação civil reparatória de um crime). Os artigos 63 a 68 do Código de Processo Penal, por sua vez, revelam os contornos processuais da referida ação civil. Analisando esses artigos, Márcio Massao Nakamura, afirma que o parágrafo único do artigo 64, do Código de Processo Penal estabelece que o “*início do prazo para responsabilidade civil, que seria iniciado com o ato lesivo, é excepcionalmente iniciado com o trânsito em julgado da sentença criminal.*”³⁸

A inteligência dos artigos mencionados (91, I, do Código Penal e 63 a 68, do Código de Processo Penal) é, portanto, para que **a vítima não seja prejudicada ao buscar a reparação do dano – indenização – enquanto não for julgada a ação penal referente à mesma matéria**³⁹. Nestor Duarte acrescenta ainda que o “*que a lei confere como causa de suspensão é que o fato seja suscetível de apuração no juízo criminal, logo, se houver absolvição ou qualquer outro modo do encerramento de processo penal que não impeça a ação indenizatória, ainda assim o prazo prescricional estará suspenso.*”⁴⁰.

³⁶ “Art. 91 do Código Penal - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;”

³⁷ “Art.63 do Código de Processo Penal. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Art.64 do Código de Processo Penal. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.(Vide Lei nº 5.970, de 1973)Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art.65 do Código de Processo Penal. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art.66 do Código de Processo Penal. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art.67 do Código de Processo Penal. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I-o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II-a decisão que julgar extinta a punibilidade; III-a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Art.68 do Código de Processo Penal. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.”

³⁸ NAKAMURA, Marcio Massao. Revista Jurídica. Ano 62. Abril 2014. N. 438. Prescrição: Alguns Tópicos Relevantes. P. 76

³⁹ PELUSO, Cezar. Coord. Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência. 3 ed. rev. atual. Ed. Manole. Barueri, SP. 2009, p. 154.

⁴⁰ Op. cit. P. 154.

Nesse sentido também entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴¹, conforme julgamento do Recurso Especial n. 1.135.988/SP, em que o Ministro relator, Luis Felipe Salomão, integrante da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, consignou no seu voto que:

Nessa seara, o novo Código Civil previu dispositivo inédito em seu art. 200, reconhecendo causa impeditiva da prescrição, verbis: Quando ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. Verifica-se, pela norma, que enquanto não se apura o fato, com absoluta certeza, na esfera criminal, estará obstaculizado termo inicial do prazo prescricional da pretensão indenizatória da vítima.

No julgamento acima citado, tratava-se de um caso de acidente automobilístico em que a o marido da Autora/Recorrente falecera. O acidente ocorreu em 2003, mas a ação civil de reparação dos danos foi ajuizada em 2007. O Tribunal de origem aplicou a prescrição, mas o Superior Tribunal de Justiça reverteu a decisão, indicando que não ocorrera a prescrição, uma vez que a sentença definitiva da ação penal só transitara em julgado em 2006, pelo que, durante o período entre o acidente e a sentença penal definitiva, o prazo prescricional para a ação civil de ressarcimento não começara a correr. E, com isso em mente, considerando a data do ajuizamento da ação (2007), pouco mais de um ano após o trânsito em julgado da ação penal (2006), o STJ decidiu que o prazo trienal para a prescrição da reparação civil não teria findado, possibilitando assim o prosseguimento da ação.

Com essas considerações, o que se verifica é que, **diante de um fato que deva ser apurado no juízo criminal, o prazo prescricional para a respectiva ação de reparação civil sequer se inicia, por uma causa de impedimento.**

Neste contexto, há de se lembrar, como exposto anteriormente, que a Lei n. 8.137/90 estipulou no artigo 4º, inciso II, que o **cartel é um crime**, apenável com reclusão de 02 a 05 anos e multa, constituindo, portanto, em um **fato que deve ser apurado no juízo criminal**. Conseqüentemente, por interpretação analógica⁴², **o prazo prescricional para ação privada de ressarcimento decorrente de cartel correrá apenas a partir da sentença definitiva da ação penal**. Frise-se, ainda, que o artigo 200 do Código Civil determina que o prazo prescricional não correrá quando a ação se originar de fato que “deva ser” apurado no juízo

⁴¹ Chama-se atenção também para o fato que originou a ação de reparação civil no caso citado, na seguinte medida: o acidente que vitimou o marido da Autora da ação foi um fato que não demorou a se tornar por ela conhecido. E, sabendo da existência do fato que potencialmente pudesse ferir um direito da Autora, não haveria – em tese – causas que impedissem o ajuizamento da ação. Ocorre que, ainda assim, o prazo prescricional para a ação de reparação civil não se iniciou quando da pretensa violação do direito. O termo inicial da prescrição se deu com a sentença definitiva da ação penal, já que o fato que constitui o direito da Autora se origina de fato que deveria, como foi, ser apurado no juízo criminal.

⁴²“A analogia consiste em aplicar a um caso não previsto a norma que rege outro semelhante. (...). Não basta, porém, a semelhança dos casos ou situações. É necessário que exista a mesma razão para que o caso seja decidido de igual modo.”. MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 25 ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, SP. 2000. P. 381.

criminal. A expressão utilizada, portanto, é "*deva ser*"⁴³, indicando ser de responsabilidade do juízo criminal, ainda que em tese, a apuração da conduta, por se tratar de um crime.

E, nessa esteira, sendo o cartel um fato que *deve ser* apurado no juízo criminal, por força do art. 4º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, o termo inicial para contagem da prescrição para uma eventual ação civil de reparação de danos não correrá até que haja a prolação de uma sentença definitiva pelo juiz criminal em relação ao cartel. Assim, o que se verifica é que **o fato de o cartel ser classificado como crime faz com que a prescrição para um eventual ajuizamento de um *enforcement* privado não ter início antes do trânsito em julgado da sentença no juízo criminal.**

Considerando que a pena imposta para cartel pela Lei 8.137, em seu artigo 4º, inciso II, é de 02 a 05 anos, o prazo prescricional para a pretensão punitiva é de 12 anos, conforme o artigo 109⁴⁴, III, do Código Penal. Isso significa que o Ministério Público ou qualquer interessado pode oferecer a denúncia ou queixa – e esta ser recebida pelo juiz – em até 12 anos da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito (artigo 117, inciso I do Código Penal). Nesse caso, recebida a denúncia ou a queixa, o prazo prescricional para a ação civil sofre uma causa impeditiva, de forma que não se inicia a contagem do prazo, nos termos do artigo 200 do Código Civil que diz que "não correrá a prescrição". Do recebimento da denúncia, reinicia-se novo prazo prescricional de 12 anos (em que pese a contagem desse prazo ser feita *a posteriori* sobre a pena aplicável em concreto), prazo este existente até a data do julgamento definitivo pelo juiz criminal, que consiste em nova causa interruptiva da prescrição criminal. Assim, na data em que transitar em julgado sentença definitiva no juízo criminal referente à prática anticompetitiva de cartel, passa a inexistir causa impeditiva da prescrição civil, sendo este o termo inicial para a contagem do prazo prescricional para a ação privada de ressarcimento civil derivada da conduta anticoncorrencial de cartel.

De modo ilustrativo, o que se argumenta é que, diante do crime de cartel, se tem o seguinte: caso ocorra a prática do cartel, como no primeiro acima exemplo citado, iniciada e terminada em 2003, tendo a denuncia sido oferecida pelo Ministério Público e recebida a denúncia pelo juiz criminal em 2008, e tendo o juízo criminal proferido sentença que transitou

⁴³Como anotado por Nestor Duarte, a verificação da circunstância "*fato que deva ser apurado no juízo criminal*" só se dá com o recebimento da denúncia ou da queixa. Isso quer dizer que até o momento em que for recebida a denúncia ou a queixa, o prazo prescricional para a ação civil não começou a correr. PELUSO, Cezar. Coord. Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência. 3 ed. rev. atual. Ed. Manole. Barueri, SP. 2009, p. 154.

⁴⁴Art. 109 do Código Penal. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: ([Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010](#)).
III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

em julgado em 2011, o prazo prescricional para a ação de ressarcimento findará em 2014 (tendo sido o termo inicial da contagem do prazo prescricional para a ação privada de ressarcimento civil derivada da conduta anticompetitiva de cartel sido a sentença definitiva criminal). Isso porque, de 2003 a 2011 incidiu a hipótese de causa impeditiva da prescrição para a ação de reparação civil, conforme artigo 200 do Código Civil. No segundo exemplo supramencionado, no caso de um cartel que se iniciou em 2008 e cessou a prática em 2014, caso a denúncia seja oferecida pelo Ministério Público e recebida pelo juiz criminal em 2016, tendo o juízo criminal proferido uma sentença, transitada em julgado, em 2019, o prazo prescricional para ação de reparação civil findará em 2022, já que de 2016 a 2019 incidiu uma causa impeditiva para a prescrição.

Entende-se que, com essa interpretação, o prejudicado pela ação criminosa do cartel estaria mais bem resguardado para requerer, no juízo civil, a reparação do dano causado pela conduta anticoncorrecional, de modo a fortalecer esse importante papel dissuasório à prática de novas condutas contra a concorrência.

É imperioso destacar, por fim, que o julgado acima citado (Recurso Especial n. 1.135.988/SP, Ministro relator, Luis Felipe Salomão, integrante da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça) tratou de verificar se “*é possível a extensão de referida causa impeditiva da prescrição [existência de fato que deva ser apurado no juízo criminal] para além do suposto infrator, isto é, para as hipóteses de responsabilização de terceiro por fato de outrem (...)*”. A conclusão do STJ foi de que é possível essa extensão. Esse dado é importante na medida em que **as ações penais ajuizadas para apuração de cartel são movidas apenas contras as pessoas físicas, mas que podem afetar ações privadas de ressarcimento contra as pessoas jurídicas relacionadas com as pessoas físicas condenadas na ação penal.**

Isso porque, juntando-se o fato de que é possível a extensão da causa impeditiva da prescrição a outras pessoas que não figuram nas ações penais, bem como o fato de que as ações penais que tratam de cartéis só envolvem pessoas físicas, conclui-se que a causa impeditiva da prescrição pode abarcar, por exemplo, as pessoas jurídicas que eventualmente sejam alvo das ações de ressarcimento civil, em razão da prática do cartel apurada na ação penal movida contras as pessoas físicas que o cometeram. É o caso, por exemplo, de uma ação penal que condena José, proprietário de posto de gasolina A, e João, proprietário do posto de gasolina B, pela prática de cartel no mercado de revenda de combustíveis, praticada em 2000, cuja sentença transitou em julgado no ano de 2015.⁴⁵ A ação privada de ressarcimento,

⁴⁵ A conduta anticompetitiva de cartel possui prazo para a prescrição da pretensão punitiva de 12 anos, conforme artigo 109, III, do Código Penal c/c art. 4, inciso II da Lei 8.137/90. O recebimento da denúncia ou da queixa

ajuizada pelo prejudicado que abasteceu no posto de gasolina A, poderá ser ajuizada até 2018 tanto em face de José quanto em face do posto de gasolina A, ainda que este último não tenha sido alvo da ação penal que transitou em julgado em 2015, dada a possibilidade de extensão de efeitos.

Assim, o segundo argumento de interpretação proposto nesta Subseção III.2. possivelmente permite a extensão do termo inicial de contagem do prazo prescricional por um período mais longo do que aquele previsto na Subseção III.1, razão pela qual a sua aplicação tem premissas mais restritivas. Esta é aplicável apenas na hipótese de investigação que deva ocorrer no âmbito criminal, sendo seus efeitos verificados no termo inicial da contagem do prazo prescricional de ação privada de ressarcimento civil contra pessoas físicas ou contra pessoas jurídicas que tenham pessoas físicas investigadas no âmbito criminal por cartel, conforme extensão autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

É preciso, portanto, se ter em mente a distinção dos dois argumentos propostos neste artigo (III.1 e III.2.) para se estabelecer o termo inicial da contagem do prazo prescricional para o ajuizamento das ações de ressarcimentos em razão da prática de cartel e outras condutas anticompetitivas. O primeiro argumento indica que o momento de início da contagem do prazo prescricional é da ciência inequívoca do cometimento do ilícito anticoncorrencial, caracterizado pela publicização do julgamento do caso pelo Tribunal do CADE, sendo este argumento é aplicável a todos os ilícitos concorrenciais apurados pelo CADE. Já o segundo argumento indica que existe uma causa de impedimento da prescrição em casos de condutas anticompetitivas que “devam ser” apuradas no juízo criminal, de modo que a contagem do prazo só começa a correr da respectiva sentença definitiva. Esse argumento é aplicável ao caso de existir uma investigação que deva ser apurada no âmbito criminal, o que acontece, via de regra, em casos de investigação do crime de cartel contra pessoas físicas, mas cujos efeitos podem ser estendidos às pessoas jurídicas que empregavam as pessoas físicas investigadas.

interrompe a prescrição, conforme artigo 117, I, do Código Penal. Assim, começa a correr um novo prazo prescricional de 12 anos (desta vez, sob a pena em concreto) até o julgamento definitivo da Ação Penal. Apenas após tal julgamento é que se inicia o prazo prescricional para a ação privada de ressarcimento, conforme artigo 200 do Código Civil. No exemplo ora mencionado, se a conduta foi praticada em 2000, se teria até 2012 para ter o recebimento da denúncia pelo juízo criminal. Suponha, por exemplo, que a ação penal foi ajuizada em 2008 (interrompendo-se a prescrição da pretensão punitiva) e o julgamento definitivo se deu em 2015 (interrompendo-se novamente a prescrição da pretensão punitiva). Suponha também que a pena aplicada na foi a mínima, de modo que a pena em concreto não tornou prescrita a ação penal pelo íterim de tempo entre o recebimento da denúncia e o julgamento definitivo. Assim, o prejudicado tem até 3 anos, após 2015, para ajuizar sua ação privada de ressarcimento por danos decorrentes de cartel.

Em vista do que fora até aqui exposto, indaga-se qual seria o termo inicial de prescrição para o ajuizamento da ação de ressarcimento oriunda da prática de cartel, que após o julgamento pelo CADE foi apurado pelo juízo criminal. Pois bem, a hipótese que trata da causa impeditiva da prescrição, com fulcro no art. 200, do Código Civil, aponta para um prazo prescricional mais elástico, sobrepondo-se ao prazo prescricional incidente após o julgamento do CADE. Logo, não se deixa de entender que se teria, em tese, um prazo prescricional iniciado após o julgamento do CADE, mas o que se percebe é que o recebimento da denúncia consiste em existência de uma causa impeditiva que faz com que o prazo prescricional não se aperfeiçoe – nem sequer se inicie –, para o ajuizamento da ação de ressarcimento. Este apenas se iniciará quando da sentença definitiva do juízo criminal, o que protege as vítimas do crime praticado por facilitar o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento civil derivadas de cartel.

Isso não significa, por óbvio, que o cidadão prejudicado pela conduta anticompetitiva não possa ajuizar a ação de reparação de danos antes de iniciada a análise no juízo criminal. O que se argumenta neste artigo é sobre o termo inicial para a contagem do prazo prescricional, mas as interpretações propostas não são fatores que impedem o ajuizamento da ação de ressarcimento pelo prejudicado, pois se este achar conveniente fazê-lo, seja antes do julgamento da ação penal, seja antes do julgamento pelo CADE, este pode fazê-lo. O que se quer dizer, portanto, é que na hipótese de haver um processo no juízo criminal⁴⁶, o termo inicial de contagem da prescrição para a ação de ressarcimento decorrente de cartel só começa a correr a partir do pronunciamento do judiciário transitado em julgado. Em que pese isso, caso o CADE julgue como existente a prática de um cartel e esse fato seja investigado no juízo criminal, o lesado poderá, caso queira, desde a ciência de o julgamento pelo CADE (ou mesmo antes de ter tal ciência inequívoca) perpetrar sua ação de ressarcimento no juízo cível, não necessitando aguardar o pronunciamento de eventual sentença penal.

4. Conclusão

O *enforcement* privado é uma importante ferramenta para dissuasão da prática de cartel e de outras condutas anticompetitivas, uma vez que se insere na equação dos benefícios a serem conquistados como um fator de elevação do risco da conduta, já que o número de

⁴⁶ Ou, como consignado na ementa do julgamento do Recurso Especial n. 1.135.988/SP, é preciso que se tenha ao menos um inquérito policial para a apuração da conduta.

ações privadas de ressarcimento pelos danos causados é incalculável, aumentando sobremaneira o risco da prática da conduta anticompetitiva.

No Brasil, a prescrição da ação privada de ressarcimento é regida pelos artigos 189 c/c 206, §3º, V, do Código Civil, que determinam ser de 03 anos o prazo prescricional para a reparação do dano, contados a partir da violação do direito. **Caso se interprete de maneira literal estes dispositivos legais, a prescrição pode ser utilizada, no Brasil, como instrumento para blindar o ajuizamento das ações privadas de ressarcimento decorrentes de condutas anticompetitivas**, ao argumento de que a pretensão para o ressarcimento se origina no momento da lesão do direito. No entanto, como vimos, há pelo menos dois argumentos para permitir ao lesado que sua ação privada de ressarcimento decorrente de conduta anticompetitiva seja analisada pelo Judiciário. Um que aborda todas as condutas anticoncorrenciais analisadas pelo CADE e outro aplicável aos casos de cartel que são analisados também pelo juízo criminal. Em ambos os argumentos tem-se a possibilidade de justificar legalmente o prazo prescricional de modo a viabilizar o acesso dos cidadãos lesados pela conduta anticompetitiva ao ressarcimento de danos.

O primeiro argumento apontado no presente artigo é de que o termo inicial de contagem do prazo prescricional em casos de apuração da conduta anticompetitiva pelo CADE é contado a partir da pela ciência inequívoca do ilícito, caracterizado pela publicização do julgamento pelo Tribunal do Conselho. Pelo que foi exposto, o prazo prescricional de três anos, disposto no artigo 206, §3º, V, do Código Civil, só se inicia após a ciência inequívoca do cometimento do ilícito, por se tratar de ação privada de ressarcimento civil oriunda de responsabilidade extracontratual. Essa foi a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁷, com o objetivo de se evitar prejuízos àqueles que foram lesados, sem que sequer soubessem da lesão, o que comumente ocorre com a prática de condutas anticoncorrenciais.

O segundo argumento apontado no presente artigo é de que a sentença penal definitiva no juízo criminal é o termo inicial para contagem da prescrição na hipótese de investigação que “deva ser” apurada no âmbito criminal, aplicável aos casos de cartel, que constitui crime tipificado na Lei n. 8.137/90. Constata-se, nesse caso, a existência de causa de impedimento da prescrição consoante o disposto no artigo 200 do Código Civil, que indica não se iniciar o prazo prescricional relativo a fatos que devam ser apurados no juízo criminal até a sua sentença definitiva. Desta feita, as condutas anticoncorrenciais que devam ser apuradas no juízo criminal terão contra si um fato que impede o início da contagem do prazo prescricional,

⁴⁷Vide os seguintes julgados: Resp n. 1.354.348/RJ; AgRg no AResp n. 399.077/DF; Resp. 816.131/SP; Resp n.346.489/RS. Vide também o teor da súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça.

permitindo ao lesado aguardar a sentença definitiva da ação penal para ajuizar a sua ação de ressarcimento civil. Adiciona-se ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que estende a causa impeditiva da prescrição para além do titular da ação penal, ou seja, pode afetar as pessoas jurídicas empregadoras das pessoas físicas que foram condenadas pelo crime de cartel na ação penal.

Com estas duas proposições, entende-se que a vítima do cartel e de outras condutas anticompetitivas passa a ter condições seguras de buscar no Judiciário a reparação do dano causado por aquele que praticou o ilícito e, como consequência, a dissuadir as práticas anticoncorrecionais. Entende-se que estes argumentos, por sua vez, não violam a segurança jurídica que se pretende com a prescrição, pois se tem dois cenários claros e aplicáveis para se avaliar o prazo máximo que a demanda ficará em aberto.

Essa preocupação para não se impedir indevidamente o início de uma ação de indenização sob o argumento da prescrição é também uma preocupação, como exposto brevemente no presente artigo, da Comissão Europeia. Em recente Diretiva que se tornou lei em novembro de 2014, a Comissão Europeia indicou que o prazo de prescrição não pode começar a correr antes de o prejudicado tomar conhecimento da existência da infração, ponderando-se como razoável que o prejudicado toma conhecimento quando o órgão administrativo publica a decisão que condena a prática anticoncorrecional. Esse posicionamento, como apontado acima, é semelhante ao que se pretende seja no Brasil, tanto quando se trata de responsabilidade extracontratual, que demanda ciência inequívoca do cometimento do ilícito, quanto quando se trata de crime a ser investigado no âmbito criminal, que demanda a sentença definitiva do juiz criminal. Assim, a Comissão Europeia entendeu por bem determinar que se aguarde o julgamento da autoridade pública que analisa as condutas concorrenciais para começar a contar o prazo prescricional para o *enforcement* privado, além de estabelecer que os prazos prescricionais de cada Estado Membro não podem ser exíguos, a fim de impedir o ajuizamento da ação privada de ressarcimento.

A prescrição, contudo, não é o único desafio para o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento decorrentes de condutas anticompetitivas, já que a quantificação dos danos e o estabelecimento do nexo de causalidade entre a infração e os danos sofridos, por exemplo, requerem geralmente uma análise dos fatos e econômica complexa e surgem como fatores a dificultar o ajuizamento das ações de ressarcimento.

Ademais, para além das ações privadas de ressarcimento de danos, vislumbra-se espaço para discussão sobre outros tipos de ações – públicas ou privadas – que podem ser ajuizadas no judiciário como decorrência da constatação de um ilícito administrativo e penal

de cartel. É o caso, por exemplo, da discussão recente sobre a possibilidade de se demandar a dissolução das empresas praticantes do cartel⁴⁸, dentre outros desafios a se enfrentar adiante, que eventualmente podem ser objeto de análise em outro trabalho.

⁴⁸ Vide decisão do juiz Marcos Pimentel Tamassia, da 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, no caso do cartel dos trens e metrô. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,justica-quer-fatos-para-decidir-sobre-dissolucao-de-cartel-imp-,1612158>> (último acesso em 30 de janeiro de 2015).

5. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

_____. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

COMISSÃO EUROPEIA. Green Paper – Damage actions for breach of the EC antitrust rules. 2005.

_____. Livro Branco – sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. 2008.

_____. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2013.

_____. Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, n. 2, Novembro 2013.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Da prescrição e da decadência, 2 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1959.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Ed. Singular, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. Volume 01. 7ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 39ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NAKAMURA, Marcio Massao. *Prescrição: Alguns Tópicos Relevantes*. Ano 62. N. 438. *Revista Jurídica*, Abril 2014.

CADE. *Nota de Instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41*.

PELUSO, Cezar. *Coord. Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*. 3 ed. rev. atual. Barueri: Ed. Manole, 2009.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina e TOLEDO, Carlos José T. de. *O impedimento da prescrição no aguardo da decisão do juízo criminal. Prescrição no Novo Código Civil – Uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. VI. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1955.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. *Recurso Especial n. 908.599/PE*, publicado no *Diário da Justiça* de 17 de dezembro de 2008.

_____. 4ª Turma. *Recurso Especial n. 1.135.988/SP*, publicado no *Diário da Justiça* de 17 de outubro de 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Coord. Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios. Arts. 927 a 965 – VOLUME XIII. Ed. Forense. Rio de Janeiro, RJ. 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. 11ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

WHINSTON, Michael D. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: a survey. Working Paper n. 335. Stanford Law School, December 2006.

A Jurisprudência do CADE sobre a Base de Cálculo das Multas Administrativas Aplicadas por Infração à Ordem Econômica: o Critério do Ramo de Atividade

Mariam Tchepurnaya Daychoum²⁴⁵

RESUMO

Este estudo consiste numa avaliação quantitativa e qualitativa da aplicação, pelo CADE, do critério “ramo de atividade” para definição da base de cálculo das multas por infração à ordem econômica e contribuições em Termos de Compromisso de Cessação de Prática. A base de dados foi construída por meio de uma pesquisa de revisão jurisprudencial e algumas considerações foram tecidas a partir do resultado obtido.

Palavras-chave: Multa, Contribuição, Ramo de Atividade, Jurisprudência, CADE

ABSTRACT

This study addresses a quantitative and qualitative analysis of a database obtained from jurisprudential research. This review is of the application of legal standard “hive of activity” by CADE; the Brazilian Antitrust Authority. This standard is used to define the calculation basis for fines due infringement of the economic order, and contributions for subscribing Terms of Practice Cessation Commitments. However, its application is not clear, since the standard “hive of activity” is a legal creation, not verified in the ordinary enterprises accounts.

Key-words: fine – contribution – business activity – jurisprudence – CADE

Classificação JEL: K – K00 – K2 – K21

²⁴⁵ Bacharel em direito pela FGV Direito Rio, mestranda em políticas públicas pelo Instituto de Economia da UFRJ e pesquisadora bolsista do Centro de Pesquisa em Direito e Economia - CPDE/FGV Direito Rio. Email: mariam.daychoum@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Critério do Ramo de Atividade; 3. A Jurisprudência do CADE Sob a Nova Lei; 3.1. Análise Quantitativa; 3.2. Análise Qualitativa; 4. Considerações Finais; 5. Referências Jurisprudenciais; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

As infrações à ordem econômica constituem ilícitos administrativos e estão previstas no título V da Lei nº 12.529/2011, onde é esclarecido que tais condutas, quando configuradas, importam em responsabilidade solidária entre a empresa e seus administradores.

A lei prossegue dispondo que essas infrações se configuram objetivamente, isto é, independentemente de dolo ou culpa, sob a forma de quaisquer atos que tenham como objeto ou possam produzir os efeitos descritos no artigo 36, ainda que não efetivamente alcançados,²⁴⁶ quais sejam:

- (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.

O §3º desse mesmo artigo traz um rol exemplificativo de quais condutas podem configurar quaisquer uma das hipóteses listadas como infração à ordem econômica. A lista não é exaustiva.

O artigo 37 da Lei prevê as possíveis penas de multa, dividindo-as de acordo com o sujeito a ser penalizado. Para as empresas, a multa será de 0,1% a 20% do valor do faturamento obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, não devendo ser inferior à vantagem auferida pelo infrator, quando for possível estimá-la. Já a multa para os administradores ou responsáveis é uma fração (de 1% a 20%) daquela aplicada à empresa.

Assim, temos que as penas de multas dependem, direta ou indiretamente, para definição de sua base de cálculo, de um entendimento sobre o critério do ramo de atividade, previsto no artigo 37, inciso I, da Lei nº 12.529/2011.²⁴⁷

²⁴⁶ “No direito da concorrência, a materialidade do dano é desnecessária para configuração do ilícito administrativo. Assim, um ato pode ser sancionado como prejudicial à livre concorrência independentemente de haver produzido efeitos sobre o mercado. A mera potencialidade da ocorrência desse prejuízo é suficiente à caracterização do ilícito.” ARAGÃO, 2012, p. 235

²⁴⁷ Há também a possibilidade de se aplicar sanções de caráter não pecuniário, como: (i) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar na de licitações públicas (art. 38, II); (ii) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (art. 38, III); (iii) imposição de algumas obrigações de fazer para

O objeto do presente trabalho, então, surge da centralidade deste critério para a imposição de multas pelo CADE, consistindo o objetivo da pesquisa em verificar em que medida o novo parâmetro para definição da base de cálculo dessas multas é aplicado pela autarquia. Adicionalmente, buscar-se-á analisar como vem sendo processada esta aplicação.

A metodologia consiste em uma análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência da autarquia a partir da vigência da nova lei, englobando tanto os Processos Administrativos (PAs) que culminaram em aplicação de multa, quanto os Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCCs) que previram a realização de contribuição pecuniária ao Fundo Defesa de Direitos Difusos (FDDD).

A inclusão dos TCCs no universo de análise dá-se em virtude do §2º do artigo 85 da lei de 2011, o qual determina que o *quantum* da contribuição realizada em TCCs, que tenham por objeto a suposta realização de alguma das infrações previstas nos incisos I e II do §3º do artigo 36, não poderá ser inferior à multa mínima prevista no artigo 37. Ou seja, o critério do ramo de atividade é também relevante para a determinação dos valores a serem recolhidos ao FDDD como contribuição pecuniária em virtude de assinatura de TCC.

Portanto, este breve estudo contribui para a obtenção de uma visão panorâmica sobre como o CADE vem aplicando os novos parâmetros de determinação da base de cálculo para fins de aplicação de multas por infração à ordem econômica e contribuições pecuniárias em Termos de Compromisso de Cessação de Prática.

2. O Critério do Ramo de Atividade

Na vigência da Lei nº 8.884/1994, que precedeu a atual lei que rege as atividades do CADE, as multas por infração à ordem econômica aplicadas às empresas eram da ordem de 1% a 30% do faturamento bruto total no último exercício, enquanto aos administradores eram aplicadas multas que variavam entre 10% e 50% daquela aplicável à empresa, conforme dispunha o então artigo 23.

Vê-se, então, que a correlação entre as multas aplicadas às empresas e seus administradores já existia. Todavia, o critério para apuração da base de cálculo era o

obstar ou reverter o dano à ordem econômica (art. 38, V). Todavia, tais penalidades não constituem objeto de análise do presente trabalho.

faturamento bruto total e não o do ramo de atividade em que ocorreu a infração, como prediz a atual lei em vigor²⁴⁸.

Entretanto, os motivos que levaram à alteração desse critério são difíceis de ser identificados.

O Relatório do Deputado Ciro Gomes (2008), proferido no âmbito da Comissão Especial de Defesa da Concorrência, no curso da discussão do Projeto de Lei, que deu origem à nova lei do CADE (Lei nº 12.529/2011), defendia a adoção do critério do faturamento obtido no mercado relevante, para obtenção da base de cálculo para determinação das multas a serem aplicadas por infração à ordem econômica. O objetivo era “*ampliar ainda mais a conexão da base de cálculo com os ganhos auferidos*”²⁴⁹.

Todavia, houve alteração do critério inicialmente proposto. Segundo o Relatório de 2011 do Deputado Pedro Eugênio, em virtude da Emenda nº 21, feita ao Projeto de Lei pelo Senado, optou-se pela adoção da base de cálculo da multa com referência no faturamento bruto da empresa **no ramo de atividade** em que ocorreu a infração.

Na redação da Câmara, o intervalo de multas por infração era de 1% a 30% do faturamento do **mercado relevante** no último exercício. O Senado alterou os percentuais e a base de aplicação para entre 0,1% e 20% do faturamento no **ramo de atividade** empresarial em que ocorreu a infração.

No caso de multas aplicadas a pessoas físicas, administradores responsáveis pela infração, a multa da redação da Câmara é de 10 a 50% da multa aplicável à empresa. O Senado passou a esta multa para entre 1% a 20% da multa aplicada à empresa.²⁵⁰

Sobre a parte que interessa a este estudo, a determinação da base de cálculo, o Relator Deputado Pedro Eugênio pronunciou-se de forma a esclarecer que a alteração proposta inicialmente pela Câmara, para cálculo das multas com base no faturamento no mercado relevante, tinha como propósito estabelecer uma base menor, constituindo um critério “*mais proporcional*”, nas palavras do Deputado, ao dano gerado à concorrência. Ainda destacou que tal conceito é consagrado na defesa da concorrência o que, por sua linha de raciocínio, seria capaz de reduzir os excessos de discricionariedades do regulador, quando da definição da base de cálculo das multas.²⁵¹ Por fim, ponderou que a alteração feita pelo Senado para utilização

²⁴⁸ Embora o critério legal da base de cálculo para multas fosse o do faturamento bruto total, levantamento jurisprudencial realizado por PINTO (2010) mostra que a aplicação do critério não era exatamente precisa. O autor identificou que, em alguns casos, o CADE usou como base de cálculo o faturamento no mercado relevante, e não o total.

²⁴⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/569964.pdf> Acesso em: 23.04.15

²⁵⁰ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=928019&filename=PSS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004 Acesso em: 23.04.15

²⁵¹ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=928019&filename=PSS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004 Acesso em: 27.01.2015

do critério do “ramo de atividade” poderia gerar uma ampliação não desejada da base de incidência das multas, além de trazer um conceito estranho ao direito antitruste, o que poderia “gerar indesejável insegurança jurídica”. Parecendo-nos ser esta última ponderação a mais relevante.

Cabe esclarecer que tanto o faturamento no mercado relevante, quanto o ramo de atividade não se confundem com o faturamento bruto total da empresa, que era o critério previsto na lei de 1994, e que ambas alternativas impõem uma dificuldade comum referente à sua mensuração.

Todavia, no dia 05.10.2011, a Emenda nº 21 do Senado Federal foi aprovada pela Câmara, à exceção de uma pequena expressão que versava sobre assunto distinto do ora analisado. Segundo MARQUES DE CARVALHO,

Embora a alteração do critério do faturamento bruto por outro que supostamente aproximasse o cálculo da multa do escopo da infração tenha vindo ao encontro de uma demanda dos próprios agentes econômicos e da comunidade jurídica (a crítica era a de que não fazia sentido aplicar a multa sobre o faturamento do grupo quando, por exemplo, apenas uma das suas empresas tinha cometido infração em dado mercado específico) a redação final da lei nesse ponto tem sido alvo de críticas. O motivo seria a insegurança jurídica gerada pela adoção do conceito de “ramo de atividade” como novo parâmetro para aferir o faturamento, tendo em vista não se tratar de um conceito técnico do ponto de vista concorrencial.²⁵²

A grande crítica que pode ser colocada é a de que, além de se tratar de um conceito doutrinariamente desconhecido, a lei não trouxe qualquer definição do que seria ramo de atividade.

FARINA e TITO (2012) destacaram que além de uma redução global das multas do CADE sob a vigência da nova lei, tanto em virtude dos limites percentuais menores, quanto em virtude da base de cálculo ser o “ramo de atividade”, haveria uma maior dificuldade para liquidação dessas multas,

uma vez que não fica claro na Lei 12.529/2011 o entendimento do que seja “ramo de atividade”. Tanto por não haver correspondência contábil facilmente identificável nos demonstrativos da empresa ou do grupo, quanto por não corresponder ao já conhecido conceito de mercado relevante antitruste. (FARINA; TITO, 2012, p. 19)

Portanto, buscando conferir maior segurança jurídica à nova base de cálculo, o CADE editou a Resolução nº 03/2012, a qual traz em Anexo uma lista de ramos de atividades empresariais que instruem a aplicação do artigo 37 da lei.

²⁵² MARQUES DE CARVALHO; CRUZ LIMA, 2012, pp. 31 – 32

A lista da Resolução foi elaborada pelo CADE a partir da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, uma lista elaborada pelo IBGE.²⁵³ Enquanto que o Anexo da Resolução nº 03/2012 apresenta uma lista com 144 (cento e quarenta e quatro) distintos ramos de atividades, a CNAE oferece uma divisão de 21 (vinte e uma) grandes categorias que, por sua vez, são subdivididas em divisões, grupos e classes. Essa organização acaba por determinar uma lista expressivamente maior que aquela elaborada pelo CADE, além de apresentar um grau de especificidade muito superior que, provavelmente, não foi o pretendido pela autoridade antitruste. Essa diferença parece uma tentativa de se ter uma lista de ramos de atividades com maior adequação à realidade do direito antitruste, evitando problemas interpretativos e, ao mesmo tempo, determinando um grande grau de abrangência e, portanto, maior facilidade no momento da subsunção das atividades das empresas à Resolução nº 03/2012.

A Resolução ainda determina, no parágrafo único do artigo 1º, que “*caso a infração à ordem econômica tenha ocorrido em mais de um ramo de atividade empresarial, será considerada a soma dos faturamentos brutos obtidos em todos os ramos afetados*”.

Ademais, o artigo 2º da dispõe que

quando o representado não apresentar o valor do faturamento no(s) ramo(s) de atividade empresarial em que ocorreu a infração de forma completa, inequívoca e idônea, será considerado o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

3. A Jurisprudência do CADE Sob a Vigência da Nova Lei

Tendo em vista a novidade do conceito de “ramo de atividade” que a introdução na legislação trouxe e considerando a ausência, portanto, de clara definição quanto ao seu teor, o presente estudo objetiva analisar a jurisprudência do CADE no que se refere à aplicação desse critério para fins de obtenção da base de cálculo sobre a qual será calculada a multa em Processo Administrativo, ou a contribuição pecuniária em Termo de Compromisso de Cessação de Prática.

Para tanto, foram analisados todos os Processos Administrativos em que multas foram aplicadas de acordo com as regras da Lei nº 12.529/2011, assim como os Termos de Compromisso de Cessação que também aplicaram a regra da nova lei para fins de cálculo das

²⁵³ “A CNAE é a classificação oficialmente adotada pelo Sistema Estatístico Nacional na produção de estatísticas por tipo de atividade econômica, e pela Administração Pública, na identificação da atividade econômica em cadastros e registros de pessoa jurídica.” IBGE, 2007

contribuições. Foram descartados da amostra os casos em que, ainda que apreciados após a entrada em vigência da nova lei, foram considerados tão somente com fulcro na Lei nº 8.884/1994, de forma justificada.

Sobre o período de transição de aplicação de uma lei para outra e no que se refere à imposição de sanções, os casos iniciados durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 tiveram que ser analisados também à luz da Lei nº 12.529/2011, para que fosse verificado qual seria a norma mais favorável ao administrado, condenado por infração à ordem econômica, ou signatário de TCC.

Nesse sentido, o CADE adotou uma jurisprudência uníssona, capitaneada pela discussão realizada quando da apreciação do Processo Administrativo nº 08012.009834/2006-57²⁵⁴, em que o voto da Cons. Ana Frazão delineou a seguinte “fórmula” para apreciação desses casos:

(...) o cotejo entre a Lei 12.529/11 e a Lei 8.884/94 demonstra de forma clara que, salvo hipótese de sanção prevista no inciso II, do art. 37 da Lei 12.529/11 (que substituiu o inciso III, do art. 23 da Lei 8.884), os critérios estabelecidos pelo legislador no novo diploma antitruste são presumivelmente mais benéficos do que aqueles anteriormente previstos na Lei 8.884/94. **No que diz respeito à fixação de penas para as empresas, o art. 37, inc. I, da nova Lei 12.529/11 não apenas reduziu as alíquotas mínima e máxima previstas na Lei 8.884/94, como também diminuiu a base de cálculo da multa, que deixa de ser o faturamento total da empresa e passa a ser o faturamento obtido no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.**

Nem se diga que a nova Lei 12.529/11 seria mais rigorosa, ao deixar claro que a base de cálculo da multa é o faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado (Art. 37, I). Isso porque a anterior Lei 8.884/94 já falava, em seu art. 23, I, no faturamento bruto da empresa. (...) a nova Lei a 12.529/11, ao mencionar expressamente o faturamento da empresa, grupo ou conglomerado, não inovou propriamente no ordenamento jurídico; tão somente explicitou o que já se extraía da anterior Lei 8.884/94, ao prever como base de calculo o faturamento da empresa. (...)

Do exposto, no que toca à fixação das penas das infrações cometidas durante a vigência da Lei 8.884/94 e ainda pendentes de julgamento pelo CADE, **é possível se presumir com elevada dose de segurança que:** (i) Os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para a condenação de empresas são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados; (ii) Os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de administradores responsáveis por infrações à ordem econômica são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados; (iii) Os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de associações e entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial não são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, não há que se cogitar da sua aplicação.

Dessa forma, extraímos que, em princípio, a Lei nº 12.529/2011 é mais benéfica, no que tange à imposição de multas, às empresas e seus administradores, do que a Lei nº

²⁵⁴ Este caso não faz parte da base de dados analisada, já que não discutiu o critério do ramo de atividade por se tratar de caso de associação e não empresa e/ou seus administradores. O que interessa neste precedente é tão somente a discussão acerca da aplicação da lei mais benéfica.

8.884/1994. Além de as porcentagens serem mais baixas, a lei atual é também mais branda em relação à base de cálculo (faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu o ilícito), por ser mais restrita que aquela estabelecida na lei predecessora (faturamento bruto total da empresa).

Contudo, é preciso esclarecer “*que tal regra quanto a qual lei seria mais benéfica seria uma simples presunção, podendo-se provar que tal entendimento não se mostra verdadeiro em determinado caso concreto*”, conforme salientou o Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, em voto proferido no PA nº 08700.001846/2012-23.

Assim, considerando as questões até então contempladas, constituíram a base de análise para o presente artigo, os Processos Administrativos e Termos de Cessação de Conduta que: (i) aplicaram multa ou recolheram contribuição; e (ii) foram apreciados com base da Lei nº 12.529/2011, mesmo que tenham tido início sob as regras da Lei nº 8.884/1994.

3.1. Análise Quantitativa

Primeiramente, operou-se uma análise quantitativa da amostra recolhida, chegando-se à divisão a seguir apresentada.

(i) Processos Administrativos

Para obtenção da base de dados, foram considerados todos os processos administrativos que envolveram condutas praticadas por pessoas jurídicas e que foram apreciados entre 2012 (ano em que entrou em vigor a nova lei) e 2014.

Em virtude de a Lei nº 12.529/2011 utilizar como base de cálculo para multas aplicadas às pessoas físicas (administradores) o montante das multas aplicadas às pessoas jurídicas, foram incorporados à pesquisa quantitativa somente casos envolvendo pessoas jurídicas. Os casos de pessoas físicas que, eventualmente, discutiram o critério do ramo de atividade serão analisados na parte qualitativa do trabalho. Todavia, é preciso esclarecer que na maior parte da amostra, a análise das condutas das pessoas jurídicas e pessoas físicas foi realizada conjuntamente. Por isso, a base de dados desta parte do trabalho não sofreu uma redução significativa.

Desta forma, chegou-se a um universo de 13 (treze) processos administrativos julgados no ano de 2013 e 14 (quatorze) no ano de 2014, tendo sido analisados, portanto, um total de 27 (vinte e sete) processos.

Dentre esses:

- **8 (oito)** utilizaram como base de cálculo o faturamento no ramo de atividade em que se verificou a conduta;²⁵⁵
- **5 (cinco)** utilizaram o faturamento bruto total e justificaram por que não foi utilizado o faturamento no ramo de atividade (normalmente porque a empresa não tinha ou não disponibilizou a informação);²⁵⁶
- **5 (cinco)** utilizaram os dois critérios anteriores (faturamento no ramo de atividade e bruto total) em um mesmo processo, para pessoas jurídicas distintas;²⁵⁷ e
- **9 (nove)** utilizaram o faturamento bruto total, sem justificar porque não foi utilizado o faturamento no ramo de atividade.²⁵⁸

Assim, conclui-se que, dentro do universo de 27 (vinte e sete) processos administrativos, 9 (nove) desconsideraram a regra do ‘ramo de atividade’, utilizando como base de cálculo, para fins de determinação de multa em virtude de conduta lesiva à concorrência, o faturamento bruto total da pessoa jurídica. Esses 9 (nove) processos representam 33,4% do total analisado. Assim, em 66,6% dos casos, a regra da Lei nº 12.529/2011 para determinação da base de cálculo de multas foi considerada.

(ii) Termos de Compromisso de Cessação de Prática

Para a base de dados da pesquisa foram considerados todos os Termos de Compromisso de Cessação de Prática envolvendo pessoas jurídicas, importando em 7 (sete) TCCs firmados no ano de 2013 e 20 (vinte) em 2014, tendo sido analisados, portanto, um total de 27 (vinte e sete) Termos de Compromisso de Cessação de Prática.

Dentre esses:

- **9 (nove)** calcularam a contribuição com base no faturamento no ramo de atividade;²⁵⁹

²⁵⁵ Processos Administrativos n  08012.011027/2006-02; 08012.006272/2011-57; 08012.010362/2007-66; 08012.011142/2006-79; 08012.003873/2009-93; 08012.005928/2003-12; 08012.004472/2000-12; e 08012.011042/2005-6.

²⁵⁶ Processos Administrativos n  08012.004039/2001-68; 08012.011668/2007-30; 08012.003874/2009-38; 08012.012420/1999-61; e 08012.001794/2004-33.

²⁵⁷ Processos Administrativos n  08012.010215/2007-96; 08012.001003/2000-41; 08012.004573/2004-17; 08012.004365/2010-66; e 08012.011853/2008-13.

²⁵⁸ Processos Administrativos n  08012.001271/2001-44; 08012.006923/2002-18; 08012.004472/2000-12; 08012.010576/2009-02; 08012.001503/2006-79; 08012.009757/2009-88; 08000.009354/1997-82; 08012.008507/2004-16; e 08012.009611/2008-51.

- **10 (dez)** calcularam a contribuição com base no faturamento no ramo de atividade, mas de maneira proporcional;²⁶⁰
- **4 (quatro)** calcularam a contribuição com base no faturamento bruto total sem justificar o desuso do critério “ramo de atividade”;²⁶¹
- **1 (um)** calculou a contribuição com base no faturamento bruto total sem justificar, porém de forma mitigada, em virtude de o objeto da conduta ser mais restrito que o faturamento utilizado;²⁶² e
- **3 (três)** calcularam a contribuição com base em outra referência, que não o faturamento no ramo de atividade ou o faturamento bruto.²⁶³

Dessa forma, tem-se que em 19 (dezenove) casos de assinatura de Termos de Compromisso de Cessação de Prática foi aplicado o critério do faturamento no “ramo de atividade” como parâmetro para cálculo da contribuição pecuniária ao FDDD, o que representa 70,37% do universo da amostra. Os 29,63% restantes não consideraram o critério da nova lei, todavia por distintas razões. Dentre esses últimos, metade usou como base de cálculo o faturamento bruto, sem justificar a não aplicação do critério do faturamento no “ramo de atividade”.

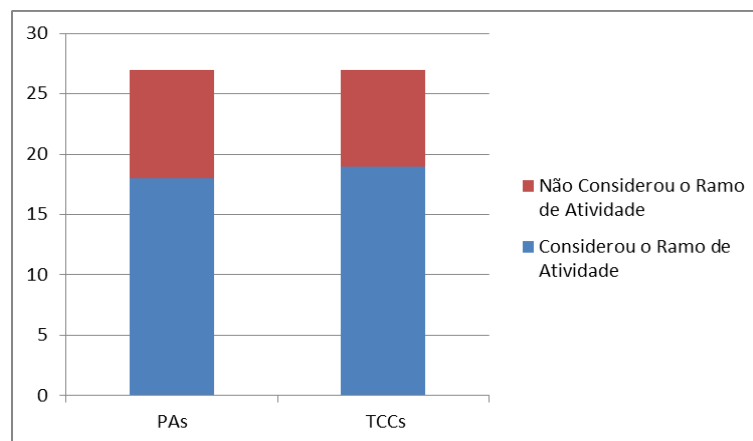


Gráfico 1 – Consideração do Critério de Faturamento no Ramo de Atividade

²⁵⁹ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.010220/2012-16; 08700.005399/2012-81; 08700.002074/2013-28; 08012.011836/2009-08; 08012.003931/2005-55; 08012.003931/2005-55; 08012.011980/2008-12; 08012.008871/2011-13; e 08012.005882/2008-38.

²⁶⁰ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.003931/2005-55; 8012.008821/2008-22; 08700.003192/2013-53; 08012.011980/2008-12; 08012.002812/2010-42; 08012.004280/2012-40; 08012.004280/2012-40; 08700.004496/2014-19; 08700.004627/2014-68; e 08700.005159/2014-49.

²⁶¹ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.005949/2012-62; 08012.010028/2009-74; 08012.002568/2005-51; e 08700.001718/2011-07.

²⁶² Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.008850/2008-94.

²⁶³ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.011043/2012-87; 08700.002028/2013-29; e 08700.006544/2012-41.

Quando reunida a base de dados, temos uma amostra total de 54 (cinquenta e quatro) casos, onde em 68,5% das vezes (37 casos), o CADE, seja pelo Tribunal, seja pela Superintendência Geral, aplicou o critério do “ramo de atividade”, e em 31,5% (17 casos) não aplicou o critério legalmente previsto, por motivos distintos, a ser avaliados na parte qualitativa deste trabalho. Todavia, é possível concluir, visualizando os números absolutos, que há uma considerável adesão ao critério legal, ainda que podendo ser apontados alguns resvales.

3.2. Análise Qualitativa

Esta segunda parte da análise consistiu em avaliar a forma como o CADE vem aplicando a norma, assim como os parâmetros e esforços argumentativos que vêm sendo realizados para a melhor aplicação do critério aos casos concretos.

(i) Processos Administrativos

Dos processos administrativos que utilizaram como base de cálculo o faturamento bruto, em 9 (nove) o CADE o fez sem apresentar uma justificativa. Dentre esses, 2 (dois)²⁶⁴ não aplicaram a Lei nº 12.529/11, aplicando a Lei nº 8.884/1994, sem discutir se a nova lei seria mais ou menos benéfica (ambos os processos foram julgados no início de 2013).

Dessa forma, para os outros 7 (sete) casos, podemos levantar duas hipóteses para a não aplicação o critério do ramo de atividade: (i) as partes não apresentaram ao CADE seus faturamentos nos respectivos ramos de atividade, mas tal fato não foi relatado no acórdão, sendo esta hipótese plausível dado o baixo índice de embargos de declaração; ou (ii) o CADE aplicou o parâmetro do faturamento bruto total por motivo outro que não o anteriormente sugerido, e foi omissivo ao não apresentar a motivação.

Nos casos em que o CADE explicitou porque estaria utilizando o faturamento bruto total da empresa para fins de base de cálculo do valor da multa, a justificativa foi a não disponibilização do faturamento no ramo de atividade pelas partes. Quando o caso em análise havia sido iniciado antes da vigência da lei atual, o não preenchimento dos requisitos

²⁶⁴ Processos Administrativos nº 08012.001271/2001-44 e nº 08012.006923/2002-18.

dispostos no inciso I do art. 37 da Lei nº 12.529/2011 determinou a aplicação de multa em UFIR, nos termos do art. 23, inciso III da Lei nº 8.884/1994.

Ao apreciar o Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96, o Conselheiro Relator Eduardo Pontual, em voto proferido em 2012, justificou o uso do critério faturamento bruto total da empresa da seguinte forma:

Destaco ainda que na determinação da base de cálculo sobre a qual incidiu a multa **me utilizei do faturamento bruto e não do faturamento no ramo da atividade, que, apesar de solicitado, não foi informado.** Como permissivo para este proceder, invoco o art. 2º da Resolução do CADE nº 3/2012.

Nos autos desse mesmo processo houve recurso, onde foi argumentado que no processo de cálculo da multa não se considerou “*o mercado relevante afetado pela prática e a magnitude do poder de mercado dos representados*”. O Conselheiro Relator, então, ponderou que o argumento carecia de fundamento já que “*ao se utilizar o faturamento dos representados no ramo de atividade tem-se síntese de ambos os referenciais para cálculo da multa*”.

Houve, ainda, a situação verificada no Processo Administrativo nº 08012.001794/2004-33 em que não se aplicou o art. 37, inciso I da Lei 12.529/2011 em virtude da inexistência do faturamento das empresas envolvidas. Portanto, no caso, as multas foram calculadas com base no faturamento estimado das empresas, obtido junto ao SEBRAE.

No Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, em sede de embargos, foi discutido com maior cuidado o ramo de atividade que deveria consistir a base de cálculo para imposição da multa.

Nesse processo, os embargantes argumentaram que,

o objetivo da legislação, ao indicar como base da multa o ‘ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração’, teria sido limitar a base de cálculo àquelas receitas que, de fato, possam ter sido afetadas pela conduta investigada, de forma que a Resolução nº 3/12 deveria ser utilizada apenas como ponto de partida.

Analisando os embargos, a Conselheira Ana Frazão esclareceu que no caso havia sido praticado “*um ilícito concorrencial em uma atividade subordinada à atividade principal*”, mas que de tal situação não poderia ser inferido que a multa devesse utilizar como base de cálculo o faturamento apenas na atividade “*secundária*”, devendo ser considerada apenas no momento de delimitação da pena, para fins de resguardo da proporcionalidade. E ainda ressaltou:

Registre-se ademais que a decisão está em consonância com o entendimento deste Conselho, de que, para fins de proporcionalidade, o ideal é que o julgador fixe alíquotas razoáveis, levando em consideração a proporção do mercado relevante afetado sobre o faturamento total, evitando alterar a base de cálculo prevista expressamente no art. 37, inciso I, da Lei 12.529/2011, que foi fixada em bases

objetivas, exatamente para evitar as intermináveis discussões relacionadas ao mercado relevante.

A Conselheira também esclareceu que em caso de concurso de agentes, o princípio da isonomia deverá ser assegurado por meio de alteração da alíquota e não da base de cálculo, visto que a Lei 12.529/2011 determina de forma expressa que as multas deverão ser calculadas com base no faturamento no ramo de atividade em que incorreu a infração. Dessa forma, afirma a Conselheira, não há *“nenhuma justificativa para que o CADE se afaste dessa previsão, sobretudo quando a proporcionalidade pode ser assegurada por meio da alteração das alíquotas”*.

(ii) Termos de Compromisso de Cessação de Prática

Dentre os TCCs que constituíram a amostra analisada, quatro calcularam a contribuição pecuniária com base no faturamento bruto total da empresa, sem justificar por que não se utilizou o parâmetro do “ramo de atividade”. Esses foram casos que, via de regra, faziam uma correlação entre a contribuição determinada ao requerente e a multa aplicada em outro processo, correlato ao do TCC.

Especificamente no TCC nº 08012.002568/2005-51, a Conselheira Ana Frazão, em seu voto, explicitou que nas negociações do Termo levou-se em consideração, para os fins de cálculo da contribuição, dentre outros fatores, o mercado relevante envolvido, ao invés do ramo de atividade.

Em apenas um caso (TCC nº 08012.008850/2008-94), o CADE calculou a contribuição pecuniária com base no faturamento bruto total da empresa, também sem justificar, mas de forma mitigada, por razão de proporcionalidade. Em seu voto, o Conselheiro Alessandro Octaviani elucidou que o caso trazia uma peculiaridade a ser considerada, qual seja, o faturamento da requerente de TCC englobava seus rendimentos em âmbito nacional, enquanto que a possível conduta teria ocorrido em apenas um estado da federação. Assim, o Conselheiro argumentou que eventual condenação deveria atentar a esta peculiaridade o que, por sua vez, determinou que a contribuição ao FDDD fosse calculada de forma proporcional.

A questão da proporcionalidade também foi verificada em vários casos que consideraram o faturamento no ramo de atividade para fins de cálculo da contribuição. Geralmente, para se chegar ao valor final a ser recolhido ao FDDD, a Superintendência Geral seguiu a seguinte fórmula:

[Base de Cálculo x Alíquota] - Desconto TCC

Todavia, e em virtude da proporcionalidade, foi encontrada na pesquisa também a seguinte fórmula:

[Base de Cálculo x Alíquota + Agravante de duração da conduta] – Desconto TCC

No TCC nº 08700.004496/2014-19 o Despacho do Presidente elucida que, para o cálculo da contribuição, a Superintendência Geral do CADE “*considerou o lapso temporal da prática, bem como o fato de que a empresa foi a primeira a propor a celebração de TCC, além de ter colaborado de maneira significativa com a instrução do Processo Administrativo*”.

Já no TCC nº 08012.004280/2012-40, também pelo Despacho do Presidente, foi possível verificar que, para o cálculo da contribuição pecuniária, a Superintendência Geral do CADE considerou

não apenas a participação dos proponentes na conduta, como também a boa-fé da empresa em apresentar a proposta de acordo antes de apresentar defesa, a sua situação econômica, a efetiva e a ampla colaboração propostas, e, ainda, que a empresa foi a primeira a apresentar um requerimento deste tipo no Processo.

No caso do TCC nº 08012.011980/2008-12 a questão da proporcionalidade fica ainda mais clara quando, na Nota Técnica nº 232/2014, a Superintendência Geral do CADE destaca que peculiaridades do caso “*fizeram com que não se utilizasse como base o faturamento obtido [no ramo de atividade] em 2008, ano anterior à instauração do processo, mas o faturamento obtido nos últimos 12 meses de participação da Requerente na conduta*”.

Em outro caso (TCC nº 08012.008821/2008-22), a Superintendência Geral (Nota Técnica nº 222/2014) adotou como base de cálculo o faturamento da requerente em vendas de medicamentos em geral para órgãos públicos, o que não é um ramo de atividade previsto na Resolução nº 03/2012, para fins de adequação do faturamento da requerente em termos proporcionais à potencial lesividade da conduta praticada.

Também interessante foi o caso do TCC nº 08700.010220/2012-1, onde em seu voto o Conselheiro Ricardo Ruiz sustentou que, apesar de a contribuição pecuniária ser um valor que se situe entre 0,1% e 20% do faturamento total no ramo de atividade, conforme determina a Lei nº 12.529/2011, naquele caso seria possível utilizar o faturamento obtido em outro ramo de atividade, que não aqueles previstos na Resolução nº 03/2012, uma vez que havia “*argumentos razoáveis para limitar os impactos do ilícito*” àquela atividade específica. Ou

seja, o Conselheiro aventou a possibilidade de se restringir o próprio ramo de atividade, para fins de se garantir a proporcionalidade da contribuição a ser realizada pela signatária de TCC.²⁶⁵

Em três casos de TCCs estudados, as contribuições foram calculadas com base em outra referência, que não o faturamento no ramo de atividade ou o faturamento bruto.

Nesses casos, foram considerados genericamente os seguintes fatores: (i) “valores atribuídos em casos anteriores de acordo de TCC”; (ii) “situação do Processo Administrativo”; e (iii) “ordem na propositura do acordo no Processo Administrativo”.

Além desses, especificamente no TCC nº 08700.011043/2012-87, foram consideradas as seguintes características: (i) “casos atuais e semelhantes de condenação pelo CADE”; e (ii) “extinção, caso adimplida as obrigações, do referido Processo Administrativo”. Já no TCC nº 08700.002028/2013-29, foram considerados especificamente os seguintes fatores: (i) a postura ativa da requerente em encerrar condutas anticoncorrenciais; e (ii) o fato de o faturamento da requerente no local em que se verificou a possível conduta corresponder a uma parcela diminuta do faturamento nacional da empresa.

No TCC nº 08700.006544/2012-41, as contribuições das requerentes foram calculadas com base uma no faturamento estimado e outra participação de mercado presumida, não restando claro o porquê da diferença de tratamento entre as requerentes.

Por fim, ressalta-se que em nenhum desses três casos foi encontrada qualquer justificativa para a não aplicação do art. 37, inciso I, da Lei nº 12.529/2011.

4. Considerações Finais

Neste trabalho foi apresentado que, com a promulgação da Lei nº 12.529/2011, o critério para obtenção da base de cálculo para fins de aplicação de multas por infração à ordem econômica foi alterado, tornando-se mais restrito. O que antes era calculado com base no faturamento bruto total da empresa, hoje é feito com base no faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu a infração.

²⁶⁵ É preciso, em relação a esta posição, destacar que coloca um argumento diametralmente oposto àquele trazido pela Conselheira Ana Frazão quando da análise dos embargos no Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-01, onde se afirmou que o entendimento do Conselho era o de que, o ideal seria que o julgador garantisse o princípio da proporcionalidade por meio da fixação de alíquotas razoáveis, evitando alterar a base de cálculo, fixada objetivamente pelo artigo 37, inciso I da Lei nº 12.529/2011 combinado com a Resolução do CADE nº 03/2012.

Na lei atual, há ainda a possibilidade de se calcular a multa com base no faturamento bruto total, mas apenas quando a empresa não disponibiliza o faturamento bruto no ramo de atividade, seja por que difícil ou impossível de se obter.

Foi também apontado que o faturamento no ramo de atividade não é um critério objetivo, como o era o faturamento total, e que, por isso, o CADE buscou tornar o critério mais seguro, editando a Resolução nº 03/2012.

Para fins de verificar como o CADE vem lidando com este critério, foi feito um levantamento jurisprudencial dos Processos Administrativos e Termos de Compromisso de Cessação de Prática apreciados pela autarquia. A partir da base de dados coletada, fez-se análise de duas naturezas: quantitativa e qualitativa.

Da análise quantitativa pode-se extrair que a taxa de consideração do critério “ramo de atividade” nos Termos de Compromisso de Cessação de Prática e nos Processos Administrativos foram muito próximas e, na consideração geral, o critério foi considerado em quase 70% dos casos, sendo a descon sideração mais expressiva nos casos julgados logo após a entrada em vigor da nova lei. O que denota a necessidade de uma fase de adaptação.

Da análise qualitativa foi possível extrair a informação de que, a maior parte dos casos em que o CADE não aplicou o critério do “ramo de atividade”, foi em virtude de a empresa não ter apresentado esta informação. O que, por sua vez, confirma a dificuldade de implementação do critério legal não apenas por parte da autarquia, mas também pelos administrados.

Além disso, verificou-se que há uma posição de que a proporcionalidade deve ser garantida, idealmente, por meio da fixação de alíquotas, considerando a lesividade da conduta, e não via alteração da base de cálculo, que foi objetivamente fixada no artigo 37 da Lei nº 12.529/2011.

Foi visto, também, foi conferida maior atenção à proporcionalidade nos casos de Termos de Compromisso de Cessação de Prática do que nos Processos Administrativos, determinando um maior número de casos em que houve aplicação do critério do “ramo de atividade” de forma mitigada. Assim, é possível concluir que a multa que seria imposta caso houvesse condenação em Processo Administrativo não é o único critério utilizado pelo CADE para fins de se estimar a contribuição pecuniária à ser recolhida ao FDDD por signatários de TCCs.

Por fim, foi possível verificar que nos TCCs houve emprego de bases de cálculo que correspondiam à apenas uma fração de algum ramo de atividade previsto na Resolução, isto é,

bases de cálculo mais restritas, o que não foi verificado quando da análise dos Processos Administrativos.

5. Referências Bibliográficas e Jurisprudenciais

Processo Administrativo nº 08000.009354/1997-82

Processo Administrativo nº 08012.012420/1999-61

Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12

Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41

Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44

Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68

Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18

Processo Administrativo nº 08012.005928/2003-12

Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16

Processo Administrativo nº 08012.004573/2004-17

Processo Administrativo nº 08012.001794/2004-33

Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61

Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02

Processo Administrativo nº 08012.009834/2006-57

Processo Administrativo nº 08012.001503/2006-79

Processo Administrativo nº 08012.011668/2007-30

Processo Administrativo nº 08012.010362/2007-66

Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79

Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96

Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13

Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51

Processo Administrativo nº 08012.010576/2009-02

Processo Administrativo nº 08012.003874/2009-38

Processo Administrativo nº 08012.009757/2009-88

Processo Administrativo nº 08012.003873/2009-93

Processo Administrativo nº 08012.004365/2010-66

Processo Administrativo nº 08012.006272/2011-57

Processo Administrativo nº 08700.001846/2012-23

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.002568/2005-51

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.003931/2005-55

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.011980/2008-12

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.008821/2008-22

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.005882/2008-38
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.008850/2008-94
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.011836/2009-08
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.010028/2009-74
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.002812/2010-42
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.001718/2011-07
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.008871/2011-13
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.010220/2012-16
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.004280/2012-40
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.006544/2012-41
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.005949/2012-62
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.005399/2012-81
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.011043/2012-87
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.002074/2013-28
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.002028/2013-29
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.003192/2013-53
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.004496/2014-19
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.005159/2014-49
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.004627/2014-68

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DEPUTADO CIRO GOMES, relator no Projeto de Lei nº 3937/2004 da Câmara dos Deputados. Relatório, 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/569964.pdf> Acesso em: 23.04.15

DEPUTADO PEDRO EUGENIO, relator no Projeto de Lei nº 6/2009 do Senado e 3937/2004 da Câmara dos Deputados. Relatório, 2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=928019&filename=PSS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004 Acesso em: 23.04.15

FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana. Desafios e consequências da nova lei de defesa da concorrência. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, nº 31, abr., 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE, *Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE*, versão 2.0., Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/classificacoes/cnae2.0/cnae2.0.pdf>
Acesso em: 08.03.2015

MARQUES DE CARVALHO, Vinicius; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A nova lei de defesa da concorrência brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. *Publicações da Escola da AGU: a nova lei do CADE*, ano IV, n. 19. Brasília: EAGU, 2012. pp. 7 – 34.

PINTO, Gabriel Moreira. A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência e de sua aplicação pelo CADE. Prêmio SEAE 2010, Tema Defesa da Concorrência. Brasília: SEAE, MJ, 2010.

Interação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: o Instituto de Patentes *Pipeline* e seu Impacto na Concorrência do Mercado de Antiretrovirais no Brasil

Paula Wardi Drumond Gouvea Lana²⁶⁶

RESUMO

O presente artigo discute a relação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência, focando na introdução do dispositivo de patentes *pipeline* no Brasil como consequência da adequação da legislação nacional ao novo regime de propriedade intelectual criado com a assinatura do acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio). Busca-se também evidenciar os efeitos desse novo mecanismo de proteção no mercado de medicamentos antirretrovirais, um dos mais afetados pelos direitos de exclusividade criados por esse novo dispositivo. Pretende-se, por fim, mostrar que tal dispositivo encontra-se em uma das dimensões conflitivas entre o Direito da Propriedade Intelectual e a defesa da concorrência, pois resulta em prejuízos ao uso eficiente de recursos públicos e à saúde pública no Brasil, em especial aos pacientes soropositivos.

Palavras-Chave: Propriedade intelectual. Defesa da concorrência. Patentes *pipeline*. Antirretrovirais.

ABSTRACT

This article discusses the interaction between Intellectual Property Law and Antitrust Law, focusing on the introduction of the pipeline patents mechanism in Brazil, as a consequence of the adaptation of national legislation to the new intellectual property regime created with the TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) signature. It also seeks to offer evidences of the effects of this new mechanism of protection in the antiretroviral market, one of the most affected by the exclusive rights created by this new instrument. The intention is, finally, to show that this mechanism is situated in one of the conflictive dimensions between the Intellectual Property Law and the defense of competition, resulting in losses in the efficient use of the public funds and in the public health in Brazil, especially for the HIV positive patients.

Key-words: Intellectual property. Defense of competition. *Pipeline* patents. Antiretrovirals.

Classificação JEL: K21; L12; L65; O34.

²⁶⁶ Graduanda em Relações Econômicas Internacionais na Universidade Federal de Minas Gerais, membro da Clínica de Práticas em Diplomacia Federativa e Cooperação Internacional - DIPLO Jr. - e participante da 35ª edição do PinCADE. Email: paula_wardi@hotmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Patentes *pipeline* e sua introdução no sistema jurídico brasileiro: 2.1. Breve histórico do Direito de Propriedade Intelectual brasileiro e introdução do instituto de patentes *pipeline* no país. 2.2. O teor do dispositivo de patentes *pipeline*. 3. As patentes *pipeline* e seus efeitos na concorrência do setor de medicamentos antirretrovirais no Brasil: 3.1. Os preços elevados dos medicamentos protegidos em comparação aos exercidos no restante do mercado mundial. 3.2. Restrições na oferta dos ARVs. 3.3. A falta de incentivos à inovação e ao desenvolvimento e a discordância com o objetivo final da defesa da concorrência. 4. Inconstitucionalidade, extensão dos prazos de proteção e *sham litigation*. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

À primeira vista, a interação entre o Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual pode ser vista como uma relação antagônica, considerando-se que o primeiro tem como objetivo promover, garantir e ampliar a concorrência enquanto o último visa incentivar a inovação por meio da criação de monopólios concedidos pelo Estado ao inovador.²⁶⁷ Esse foi o entendimento dominante até meados da década de 1990.

A mudança no pensamento veio com a nova compreensão dos objetivos normativos da defesa da concorrência, uma vez que estes passam a abranger políticas de incentivo que busquem promover a inovação como forma de estimular a diferenciação de produtos e a rivalidade entre as empresas.²⁶⁸ A partir de então, esses objetivos se tornam comuns aos da propriedade intelectual, e a relação entre as duas áreas passa a ser vista com harmônica e complementar. Isto é,

[...] trata-se de promover as condições competitivas e inovativas no ambiente econômico capazes de aumentar a sua eficiência, produzindo efeitos positivos ao bem-estar social, seja pela redução de custos e preços, incremento da qualidade dos produtos ou pela difusão de novos produtos, processos e formas de organização.²⁶⁹

²⁶⁷ CUEVA, R. V. B. A Proteção da Propriedade Intelectual e a Defesa da Concorrência nas Decisões do Cade. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 121-147, 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42462/Protecao_Propriedade_Intelectual_Ricardo_Vilas_Boas_Cueva.pdf?sequence=3>. Acesso em: 23 Fev. 2015.

²⁶⁸ MAIA, L. B. **A Propriedade Intelectual e o Impacto sobre os Não Proprietários**: Defesa da Concorrência. 2011. 10 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, PUC/Rio, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.pucRio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Livia_Maia.pdf>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

²⁶⁹ POSSAS, M; MELLO, M. **Regulação da Concorrência e Propriedade Intelectual: conflitos e convergências**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL PPED: PROMOVENDO RESPOSTAS ESTRATÉGICAS A INOVAÇÃO, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ideiad.com.br/seminariointernacional/arquivo16.pdf>. Acesso em: 28 Fev. 2015.

No entanto, existem algumas dimensões conflitivas na relação entre essas duas áreas:

Há casos, no entanto, de abuso do direito de propriedade intelectual. O incentivo à inovação pode encobrir estratégia anticoncorrencial. O objetivo se torna menos a proteção da inovação, mas a proteção contra os concorrentes. No caso do uso abusivo da propriedade industrial a sanção específica é a licença compulsória. Nesse ponto, a interação antes harmoniosa e complementar, torna-se conflituosa. O antitruste revela o remédio contra o uso abusivo do direito.²⁷⁰

Observa-se que o Direito da Propriedade Intelectual, como qualquer outro ramo da Ciência Jurídica, também está sujeito às normas de regulação da atividade privada. Entre elas, o Direito da Concorrência. No entanto, a propriedade intelectual só pode ser questionada pelo Direito Antitruste, se houver claras restrições à concorrência²⁷¹, ou seja, o caso deve sempre ser analisado com base na regra da razão e, assim, superar a antiga presunção de que a titularidade de uma patente cria automaticamente poder de mercado e que este seja, *per se*, contrário ao Direito Antitruste.²⁷² Na legislação nacional, os temas das patentes, das marcas e desenhos industriais são tratados pela Lei nº 9.279/96 – Lei da Propriedade Intelectual (LPI).

Tal lei, assim como os tratados internacionais, prevê hipóteses de licenciamento compulsório de patentes e dentre elas aquelas relacionadas a casos de condutas anticoncorrenciais, como mostrado no quadro 1 a seguir:

²⁷⁰ SILVA, L. N. e. Propriedade Intelectual e Direito Antitruste: A Velha e a Nova Economia em Disputa. **2º Curso de Introdução Ao Direito Americano**, Brasília, v. 2, n. 16, p. 143-170, abr. 2012. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/200857>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

²⁷¹ POSSAS, M; MELLO, M., *ibidem*.

²⁷² CUEVA, R. V. B., *ibidem*.

Caracterização da hipótese	Condições
a. Exercício abusivo de direito (art. 68, <i>caput</i>), devidamente comprovado (art. 73, § 2º)	Depende de requerimento de pessoa com legítimo interesse e capacitação técnica e econômica para a exploração (art. 68, § 2º).
b. Abuso de poder econômico <i>por meio de patentes</i> , cf. prévia decisão administrativa ou judicial (art. 68, <i>caput</i>), devidamente comprovado (art. 73, § 2º)	Depende de requerimento de pessoa com legítimo interesse e capacitação técnica e econômica para a exploração (art. 68, § 2º). Supõe decisão de âmbito administrativo do órgão antitruste (CADE)
c. Não exploração de seu objeto em território brasileiro (não fabricação de produto ou falta de uso de processo), exceto em casos: - de inviabilidade econômica (art. 68, §1º, I); - de desuso justificado por <i>razões legítimas</i> ou <i>obstáculo de ordem legal</i> , (art. 69); - de comprovação da realização de preparativos para exploração (art. 69)	Depende de requerimento de pessoa com legítimo interesse e capacitação técnica e econômica para a exploração (art. 68, § 2º); só pode ser requerida após 3 anos da concessão da patente (art. 68, § 5º).
d. Comercialização aquém das necessidades do mercado (art. 68, §1º, II).	Depende de requerimento de pessoa com legítimo interesse e capacitação técnica e econômica para a exploração (art. 68, § 2º); só pode ser requerida após 3 anos da concessão da patente (art. 68, § 5º).
e. Patentes dependentes que constituam substancial progresso em relação à anterior (art. 70)	Depende de pedido de interessado, detentor da patente dependente.
f. Emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente não atenda a essa necessidade (art. 71).	Pode ser concedida de ofício (independe de requerimento de interessado).

FIGURA 1 - Hipóteses de licença compulsória de patentes na Lei nº 9.279/96

Fonte: POSSAS; MELLO. 2009. Disponível em: <<http://www.ideiad.com.br/seminariointernacional/arquivo16.pdf>>. Acesso em: 28 Fev. 2015.

Dentre essas hipóteses, somente ‘b’ e ‘d’ tem relação, explícita e implícita, respectivamente, com o Direito Antitruste. Tanto o abuso de poder econômico quanto a comercialização aquém das necessidades do mercado, que pode ser entendida como uma restrição injustificada de oferta, são considerados condutas prejudiciais à concorrência, geralmente resultando em cobrança de preços acima daquele praticado em um mercado competitivo. Já o Acordo TRIPS, apesar de ter restringido as possibilidades de licenciamento compulsório de patentes, também defende seu uso em casos de condutas anticompetitivas. Em seu texto, estabelece que, quando a legislação nacional de um país signatário permite a exploração da patente sem autorização do seu titular, o uso será admitido com base no mérito

individual, desde que o usuário tenha tentado previamente obter autorização do titular. Uma das exceções, no entanto, ocorre quando:

[...] esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anticompetitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos.²⁷³

A discussão atual sobre o tema da Interação entre Direito da Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência evidencia uma perda relativa de importância das patentes como forma de proteger e explorar as inovações. Além das empresas estarem utilizando-se de outros tipos de proteção, como, por exemplo, o segredo industrial,²⁷⁴ em muitos tipos de indústria, a dinâmica inovativa ocorre tão rápido que certas tecnologias já se tornam ultrapassadas muito tempo antes de vencer o prazo de proteção da patente. Com isso, os ganhos são auferidos de outra forma, como na vantagem de ser o *first mover*, por exemplo. Essas novas indústrias estão inseridas na chamada nova economia que se relaciona com as ideias schumpeterianas de inovação e destruição criativa. Isso não se aplica, no entanto, a todos os setores industriais. No entanto, a indústria farmacêutica, foco desse trabalho, pertence ao que é chamado de velha economia. Isso não quer dizer que esse setor não tenha sido influenciado pelas novas tecnologias,²⁷⁵ mas sim que, em termos de propriedade intelectual, continuam tendo as patentes como necessárias à apropriação das receitas provenientes da inovação. Portanto, nesse ramo de atividades, políticas que afetem as questões patentárias tem grande importância, motivo pelo qual a inserção do mecanismo de patentes *pipeline* no Brasil e seu impacto nesse setor se tornaram tão discutidos atualmente.

Esse mecanismo foi inserido na legislação nacional pela Lei nº 9.279/96, que buscava adequar as questões de propriedade intelectual no Brasil aos termos estabelecidos pelo Acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), do qual o País havia se tornado signatário. Uma das adaptações necessárias era a ampliação do escopo de patenteabilidade a todos os campos tecnológicos. Dessa forma, as patentes *pipeline* surgiram como um mecanismo temporário que permitiu que se realizassem depósitos de patentes relacionadas aos campos tecnológicos aos quais ainda não se conferia proteção no

²⁷³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Promulgo A Ata Final Que Incorpora Os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.** Brasília, 30 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 28 Fev. 2015.

²⁷⁴ CUEVA, R. V. B., *ibidem*.

²⁷⁵ SILVA, L. N. e., *ibidem*.

Brasil. No sistema anterior, de vigência do Código da Propriedade Intelectual de 1971, estes campos se referiam aos processos e produtos alimentícios, químicos e farmacêuticos.

A consequência da introdução desse novo dispositivo foi a proteção de diversos produtos das referidas áreas, que passaram a ser vendidos por um único ofertante, com grande impacto principalmente na saúde pública. Isso porque, por meio do Programa de Medicamentos excepcionais, o governo brasileiro disponibiliza gratuitamente a população medicamentos que tem valor unitário muito alto ou que são direcionados ao tratamento de doenças crônicas que, pelo longo tempo de tratamento, resultariam em um alto valor gasto com medicamentos. Apesar de o programa abranger diversos tipos de doenças, foi no caso dos medicamentos para o tratamento da AIDS que se verificou o maior impacto, já que a maioria dos antirretrovirais (ARVs), antes produzidos nacionalmente, foi protegida por patentes *pipeline*. Com isso, o governo brasileiro se viu obrigado a adquiri-los de um único ofertante internacional, sofrendo prejuízos pelos altos preços cobrados por estes e, algumas vezes, pela oferta aquém da quantidade demandada.

O objetivo deste trabalho é criticar a concepção de harmonia existente entre os dois supracitados ramos no que tange à existência e regulação das patentes *pipeline* no ordenamento jurídico brasileiro, com seus consequentes impactos no âmbito concorrencial. Ponto a ser destacado é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quando instado a manifestar-se sobre a referente questão, bem como a repercussão do atraso de uma decisão de mérito. Busca-se ainda tratar do tema da extensão do prazo de proteção das patentes *pipeline* e a possível ampliação dos impactos na concorrência dos mercados de ARVs, além da possível existência de *sham litigation* no que diz respeito às decisões sobre essa questão.

De acordo com o Boletim Epidemiológico HIV-AIDS de 2014, estima-se que havia aproximadamente 734 mil pessoas infectadas pelo HIV no Brasil em 2014.²⁷⁶ Estima-se também que o Ministério da Saúde gaste mais de 80% de seu orçamento para a compra de ARVs para a aquisição de medicamentos patenteados e 20% para a compra de medicamentos fabricados por laboratórios nacionais.²⁷⁷ Considerando o grande número de pessoas que necessitam de tratamento e o alto valor gasto pelo governo brasileiro na compra dos ARVs protegidos, a discussão sobre a introdução das *pipeline* no Brasil, seus efeitos na concorrência

²⁷⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária de Vigilância em Saúde. **BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO HIV-AIDS**. Brasília: Premium, Ano 3, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2014/56677/boletim_2014_1_pdf_60254.pdf>. Acesso em: 6 Mar. 2015.

²⁷⁷ CHAVES, G. C.; VIEIRA, M. F.; REIS, R. Acesso a Medicamentos e Propriedade Intelectual no Brasil: Reflexões e Estratégias da Sociedade Civil. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 8, p. 170-198, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a09>>. Acesso em: 26 Fev. 2015.

e a possível inconstitucionalidade desse dispositivo legal se tornam de extrema importância, estando em jogo a possibilidade de manutenção e ampliação do tratamento aos pacientes soropositivos a partir das decisões tomadas sobre o tema.

Para o desenvolvimento da discussão, além da Introdução, o artigo foi estruturado em outras quatro seções. O tópico 2 foi dedicado a explicar como se deu a inserção do mecanismo *pipeline* na legislação nacional, por meio de um breve histórico da propriedade intelectual no Brasil, que culmina na Lei nº 9.279/96, e pela explicação do funcionamento desse mecanismo a partir dos parâmetros determinados por essa lei. O tópico 3 cuida dos efeitos, em si, das *pipeline* na concorrência, focando no mercado de medicamentos antirretrovirais. Esse tópico se subdivide em três pontos, nos quais são abordados, respectivamente, os efeitos no preço dos ARVs, na oferta destes e na inovação do setor. O tópico 4 traz a discussão atual que recai sobre o tema das patentes *pipeline*, tratando dos temas da inconstitucionalidade desse dispositivo legal, dos pedidos de extensão dos prazos de proteção e de uma possível existência de *sham litigation* nesse processo e detalhando os efeitos que as decisões sobre esses temas têm sobre a concorrência no mercado estudado. Por último, as conclusões do artigo.

2. Patentes *Pipeline* e Sua Introdução no Sistema Jurídico Brasileiro

2.1 Breve histórico do direito da propriedade intelectual brasileiro e a introdução do instituto de patentes *pipeline* no país

Os Direitos de Propriedade Intelectual tem seu primeiro momento de relevância no Brasil com a assinatura do Alvará de 05 de Janeiro de 1785, que proibiu o exercício de atividades que atendessem as necessidades básicas da população, como manufaturas de tecidos, fábricas de ferro e de construção naval. Desde então, as proteções se ampliaram e aprimoraram, até que a propriedade intelectual no Brasil passasse a ser entendida de modo parecido a como é vista atualmente. A mudança mais importante até então veio em 1883 com o Congresso Internacional de Paris para a proteção da propriedade intelectual, no qual o Brasil se tornou signatário da Convenção elaborada durante o encontro juntamente com diversos outros países.²⁷⁸ No final da Era Vargas, foi proibido o patenteamento de produtos

²⁷⁸ SANTOS, D; VELÁZQUEZ, V. H. T. A Propriedade Intelectual na Perspectiva Histórica do Direito Brasileiro e o Conhecimento Enquanto Moeda Mundial. **Cadernos de Direito**, Brasil, 2, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php>>

farmacêuticos. Em 1971, com o advento do Código de Propriedade Industrial, essa proibição passou a abranger também os processos farmacêuticos.

A criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1994, resultou na assinatura de diversos tratados internacionais, entre eles o TRIPS ou ADPIC (Acordo sobre os aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio da OMC), do qual o Brasil é signatário. O novo acordo expandiu o âmbito de patenteabilidade a todos os campos tecnológicos e criou um padrão mínimo de proteção. Além disso, estabeleceu disposições transitórias para que os países se adequassem ao novo regime mundial de propriedade intelectual.

Uma das adequações necessárias era a ampliação do direito de patente a todos os campos tecnológicos, como previsto no TRIPS. Para isso, o Acordo estabeleceu um período de dez anos para transição ao novo regime. No Brasil, isso significava voltar a incluir no escopo de patenteabilidade os produtos químicos e alimentícios e os produtos e processos farmacêuticos, que haviam sido proibidos de receber proteção nas décadas anteriores. No caso do setor farmacêutico, o TRIPS estabeleceu que:

[...] os países que fossem utilizar o referido período de transição deveriam criar um mecanismo interno para aceitar os pedidos de patentes nessas áreas a partir da entrada em vigor do TRIPS – 1º de janeiro de 1995. Tais pedidos somente seriam analisados no país depois de finalizado o período de transição, resguardando a data do depósito no país de origem e observando o período de anterioridade de um ano. Este mecanismo ficou conhecido como *mailbox* [...].²⁷⁹

Esse mecanismo foi utilizado em diversos países que não garantiam o direito de patente para todas as áreas como, por exemplo, a Índia, que alterou sua lei somente em 2005 e só então analisou os pedidos de patentes *mailbox*. Como mencionado, a adequação do Brasil às diretrizes do TRIPS se deu por meio da aprovação da Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), que entrou em vigor em 1997. No entanto, o legislativo brasileiro decidiu não utilizar todo o período de transição concedido pelo TRIPS. Além disso, também se diferenciou da maioria dos outros países ao implantar um mecanismo temporário que ultrapassava o dispositivo de *mailbox*, criando o instituto das patentes *pipeline*.

2.2 O teor do dispositivo de patentes *pipeline*

/direito/article/view/694/254>. Acesso em: 27 Fev. 2015.

²⁷⁹ HASENCLEVER, L. *et al.* O Instituto de Patentes *Pipeline* e o Acesso a Medicamentos: Aspectos Econômicos e Jurídicos Deletérios à Economia da Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 164-188, jul./out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212/15024>>. Acesso em: 3 Mar. 2015.

As patentes *pipeline* consistem num dispositivo temporário que permitiu que se realizassem depósitos de patentes relacionadas aos campos tecnológicos aos quais não se conferia proteção no sistema anterior de vigência do Código da Propriedade Intelectual de 1971, ou seja, processos e produtos farmacêuticos químicos e alimentícios. Esses produtos não poderiam estar sendo comercializados em nenhum mercado e nem poderia haver esforços reais para a sua exploração no país para que a patente fosse concedida.²⁸⁰ Vem daí o termo *pipeline*, que quer dizer tubulação, referindo-se aos produtos que ainda se encontram em fase de desenvolvimento, ou seja, estão na tubulação que liga a bancada de pesquisa ao comércio.²⁸¹

As *pipeline* foram incorporadas à legislação brasileira de acordo com os critérios estabelecidos pelos artigos 230 e 231 da LPI, sendo o texto o seguinte:

Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.

§ 1º O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei, e deverá indicar a data do primeiro depósito no exterior. [...].

§ 3º Respeitados os arts. 10 e 18 desta Lei, e uma vez atendidas as condições estabelecidas neste artigo e comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, será concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem.

§ 4º Fica assegurado à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido, contado da data do depósito no Brasil e limitado ao prazo previsto no art. 40, não se aplicando o disposto no seu parágrafo único.

§ 5º O depositante que tiver pedido de patente em andamento, relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, poderá apresentar novo pedido, no prazo e condições estabelecidos neste artigo, juntando prova de desistência do pedido em andamento.

Art. 231. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às matérias de que trata o artigo anterior, por nacional ou pessoa domiciliada no País, ficando assegurada a data de divulgação do invento, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido.

§ 1º O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei. [...].

²⁸⁰ *Idem, ibidem.*

²⁸¹ BARBOSA, D. B. **Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline**. 2006. 74 p. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/pipeline.pdf>>. Acesso em: 1º Mar. 2015.

§ 3º Fica assegurado à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção de 20 (vinte) anos contado da data da divulgação do invento, a partir do depósito no Brasil.

§ 4º O depositante que tiver pedido de patente em andamento, relativo às matérias de que trata o artigo anterior, poderá apresentar novo pedido, no prazo e condições estabelecidos neste artigo, juntando prova de desistência do pedido em andamento.²⁸²

Como se pode observar pelo texto, no caso de estrangeiros, o mecanismo baseava-se na simples análise formal da validade da patente em outro país signatário do TRIPS e sua posterior validação no Brasil. Por isso, essas patentes também são chamadas patentes de revalidação. Além disso, aquele que possuísse um depósito de pedido de patente em andamento, relacionado aos campos tecnológicos protegidos pelas *pipeline*, poderia apresentar novo pedido nos termos do novo mecanismo desde que desistisse do pedido anterior.

Já no caso dos nacionais ou pessoas domiciliadas no Brasil, o dispositivo das *pipelines* funcionava de maneira diferente. As matérias tratadas pela patente solicitada eram as mesmas consideradas para estrangeiros, assim como o requisito de que o objeto não houvesse sido colocado em nenhum mercado ou tivessem sido feitos esforços efetivos para sua exploração. O prazo de um ano contado da publicação da Lei nº 9.279/96 para depósito do pedido também deveria ser respeitado. No entanto, os pedidos nacionais, ao contrário daqueles realizados por estrangeiros, seriam processados nos termos da própria Lei de Propriedade Industrial, ou seja, seriam tratados como pedidos de patente convencionais, sendo submetidos à análise dos requisitos de patenteabilidade: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

A vigência da patente *pipeline* seria o prazo remanescente de proteção no país onde foi feito o primeiro depósito, considerando para isso a data do depósito no Brasil e respeitando o prazo máximo, de 20 anos para o caso de patente, previsto no art. 40.

²⁸² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. **Regula Direitos e Obrigações Relativos à Propriedade Industrial**. Brasília, 14 maio 1996.

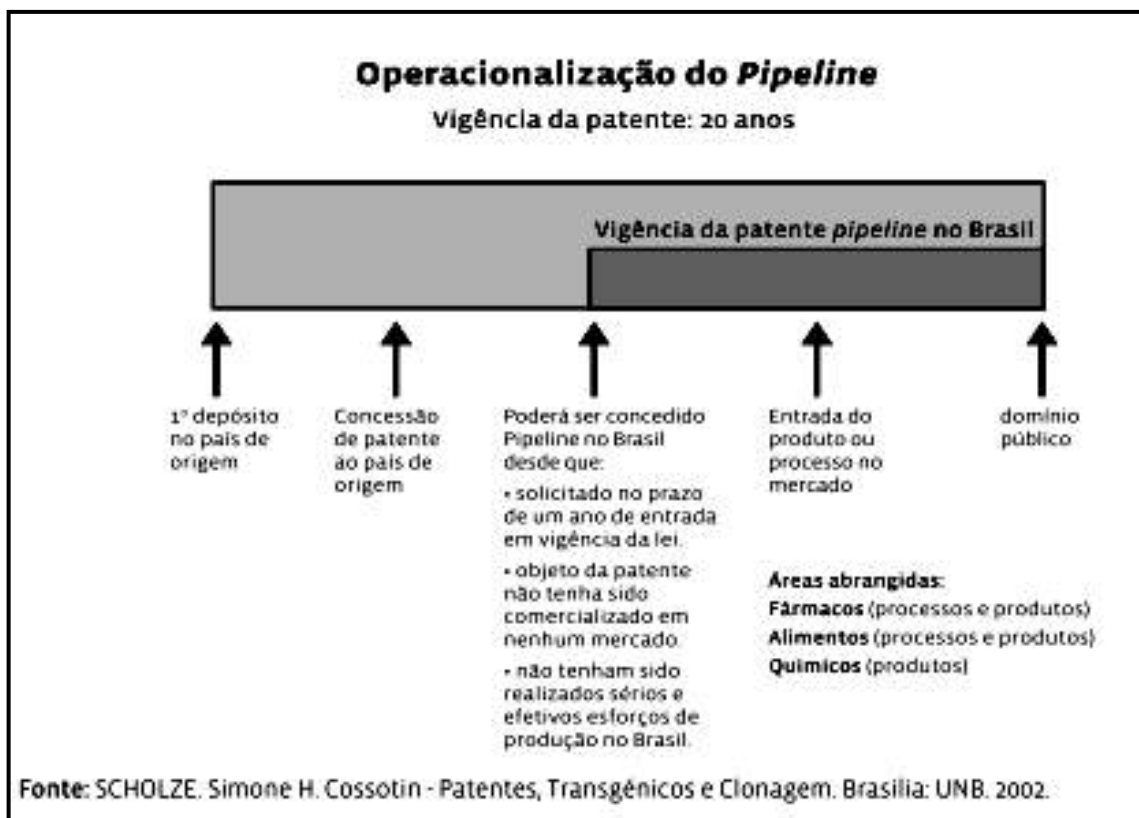


FIGURA 2 - Prazo de validade das patentes *pipeline* (estrangeiros)

Fonte: SCHOLZE, 2002.

Além disso, as patentes *pipeline* se diferenciam das patentes convencionais em outros diversos pontos, como mostrados abaixo:

PATENTES CONVENCIONAIS	PATENTES PIPELINE
A análise dos requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – é feita com base em critérios estabelecidos nacionalmente.	Não houve análise dos requisitos de patenteabilidade no Brasil. A revalidação dessas patentes no Brasil dependeu apenas da concessão no país onde foi feito o primeiro depósito.
O Brasil adotou o princípio da novidade absoluta, que determina que o invento a ser protegido por patente não pode ter sido divulgado em nenhuma parte do mundo. Portanto, as patentes no Brasil só podem ser concedidas quando a tecnologia for inédita.	O princípio da novidade absoluta não foi cumprido, pois a invenção já estava divulgada no exterior, mediante a publicação da invenção em revistas de propriedade industrial e outros meios.
Os pedidos de patente convencionais podem ser depositados a qualquer tempo. Posteriormente o INPI avaliará se formalmente e no exame de mérito o pedido poderá ou não ser concedido.	As patentes <i>pipeline</i> só puderam ser depositadas no período de 1 ano, entre maio de 1996 e 1997 e apenas passaram por análise formal.

FIGURA 3 - Principais diferenças entre patentes convencionais e patentes *pipeline*

Fonte: MIRANDA; SILVA; FERREIRA. 2009. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/_img/media/PergResp_PIPELINE_PT.pdf>. Acesso em: 3 Mar. 2015.

Um ponto importante a ser destacado sobre o instituto das patentes *pipeline* é que a introdução deste não era obrigatória para os países signatários do Acordo TRIPS. O acordo estabeleceu somente padrões mínimos de proteção e couberam às legislações nacionais e aos tratados de livre comércio assinados pelos países, fossem estes bilaterais ou multilaterais, auxiliar no fortalecimento do novo sistema de propriedade intelectual.²⁸³ No caso dos setores que ainda não eram protegidos anteriormente à assinatura do Acordo, este, como já mencionado, determinou um período de transição de cinco a dez anos que poderia ser utilizado pelos países, assim como estabeleceu o regime de *mailbox* que permitia a inclusão destes setores no escopo de patenteabilidade. Nesse regime, ao contrário das *pipeline*, os pedidos de patentes seriam submetidos à análise técnica feita pelos escritórios de patentes nacionais, sendo que estes poderiam ser recusados caso não cumprissem os requisitos de patenteabilidade. Dessa forma, pode-se concluir que a opção de não se beneficiar de todo o período de transição concedido pelo TRIPS e de introduzir o dispositivo de *pipeline* em detrimento do de *mailbox* foi uma opção do Legislativo brasileiro, que foi além das obrigações assumidas ao assinar o acordo. Essa decisão foi na realidade, resultado da pressão dos EUA, de outros países desenvolvidos e da indústria farmacêutica internacional.²⁸⁴

Dentro do período de um ano disponibilizado para o pedido da *pipeline*, 1182 depósitos desse tipo de patente foram realizados e aceitos pelo Brasil, sendo 45% provenientes dos EUA, 13% do Reino Unido, 10% da Alemanha, 9,6% do Japão e 7,7% da França.²⁸⁵ Essas patentes protegeram diversos produtos e processos e influenciaram, e influenciam até hoje, na concorrência do mercado no qual estão presentes, assim como na dinâmica inovativa e no desenvolvimento destes. No caso brasileiro, grande parte do impacto se deu no setor farmacêutico, já que, nesse caso, afetou não somente esse ramo de atividades em si, mas também gerou prejuízos nos gastos de recursos públicos. Isso porque, através do Programa de Medicamentos Excepcionais, o governo brasileiro disponibiliza gratuitamente a população medicamentos que tem valor unitário muito alto ou que são direcionados ao tratamento de doenças crônicas. A partir da implementação do mecanismo de patentes *pipeline*, vários dos medicamentos englobados por essa política foram alvo de proteção, passando a ser produzidos e disponibilizados por um único ofertante, o que muitas vezes gerou problemas de preços altos e restrições de oferta. Apesar de o programa abranger

²⁸³ MIRANDA, P. H. M. V.; SILVA, F. V. N. da; FERREIRA, A. M. C. **Perguntas e Respostas sobre Patentes Pipeline: Como Afetam a sua Saúde?** Rio de Janeiro: Abia, 2009. 20 p. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/_img/media/PergResp_PIPELINE_PT.pdf>. Acesso em: 3 Mar. 2015.

²⁸⁴ BARBOSA, D. B., *ibidem*.

²⁸⁵ MIRANDA, P. H. M. V.; SILVA, F. V. N. da; FERREIRA, A. M. C., *ibidem*.

diversos tipos de doenças, foi no caso dos medicamentos para o tratamento da AIDS que se verificou o maior impacto.

3. As Patentes Pipeline e seus Efeitos na Concorrência do Setor de Medicamentos Antirretrovirais no Brasil

A introdução das *pipelines* no Brasil causou grande impacto em áreas sensíveis para o interesse social e para o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, sendo a área da saúde uma das mais afetadas pelo novo dispositivo. A maior parte desse impacto foi direcionada ao Programa de Medicamentos Excepcionais, financiado pelo Ministério da saúde. Esse programa consiste na disponibilidade, com custos arcados pelo governo, de medicamentos que possuem valor unitário muito alto ou que, pelo fato de tratarem doenças crônicas, não podem ser pagos pela população. Diversos medicamentos que se encaixam nessa classificação, entre eles alguns dos responsáveis pelo tratamento de câncer, Alzheimer, Parkinson e esquizofrenia, foram protegidos pelo mecanismo *pipeline*.²⁸⁶ Ao serem considerados objetos de patente, esses produtos passaram a ser produzidos e vendidos por único ofertante, aquele titular da respectiva patente. Na maioria dos casos, a exclusividade da oferta resultou em diversas dificuldades de acesso a estes produtos pelo governo brasileiro, seja devido aos altos preços que o país começou a pagar pelos medicamentos, relativamente a que pagava pela produção nacional, seja por problemas na oferta resultantes de questões de contrato ou da falta de qualidade dos produtos.

O caso mais emblemático das dificuldades enfrentadas no acesso a medicamentos protegidos por *pipelines* foi o dos antirretrovirais (ARV). A Lei nº 9.313/96, promulgada na época da epidemia da AIDS no Brasil, fortaleceu o arcabouço já existente para a garantia de acesso a esse tipo de medicamento no âmbito do Programa Nacional de DST/AIDS. Antes da implantação do mecanismo de *pipeline*, o Governo adquiria esses medicamentos direto de produtores públicos ou privados nacionais, já que na época os produtos e processos farmacêuticos não podiam ser objetos de patentes, por preços mais baixos do que os exercidos no mercado internacional, o que trouxe um grande impacto social positivo, pois permitia maior segurança na aquisição, o acesso no longo prazo e também a possibilidade de abranger novos pacientes com o tratamento. Com a entrada em vigor da nova Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), no mesmo ano, dos 19 ARVs fornecidos pelo Ministério da

²⁸⁶ *Idem, ibidem.*

Saúde, 11 foram patenteados ou ficaram sujeitos à proteção patentária no Brasil, vários deles a partir do mecanismo de *pipeline*, o que obrigou o Governo a adquiri-los de empresas transnacionais.²⁸⁷

O orçamento total do Ministério da Saúde para a compra de medicamentos anti-retrovirais em 2007 foi de R\$ 984.000.000,00. Estima-se que mais de 80% deste valor é utilizado para a aquisição de 11 medicamentos patenteados e 20% para a compra de 7 medicamentos fabricados por laboratórios nacionais.²⁸⁸

Essa situação, portanto, dificulta a sustentabilidade e a universalidade do Programa Nacional, que é de extrema importância para a qualidade e para o maior tempo de vida dos pacientes soropositivos.

3.1. Os preços elevados dos medicamentos protegidos em comparação aos exercidos no restante do mercado mundial

Desde a introdução do instituto das *pipeline* e a proteção de diversos medicamentos antirretrovirais por esse dispositivo, o governo brasileiro passou a ter que adquirir vários desses medicamentos de um só produtor, aquele detentor da patente. A exclusividade da oferta desses medicamentos resultou na cobrança de preços muito mais altos do que aqueles que normalmente seriam cobrados no mercado internacional ou que antes eram realizados pelos produtores nacionais. A tabela a seguir mostra o valor médio pago pelo governo brasileiro por cinco ARVs diferentes e os preços mínimos praticados no mercado internacional, sendo esses provenientes de duas bases de dados: da Organização Mundial da Saúde (OMS) e dos Médicos Sem Fronteiras (MSF). Os gráficos que seguem mostram essa diferença em forma de percentual e separadamente para a OMS e a MSF, respectivamente:

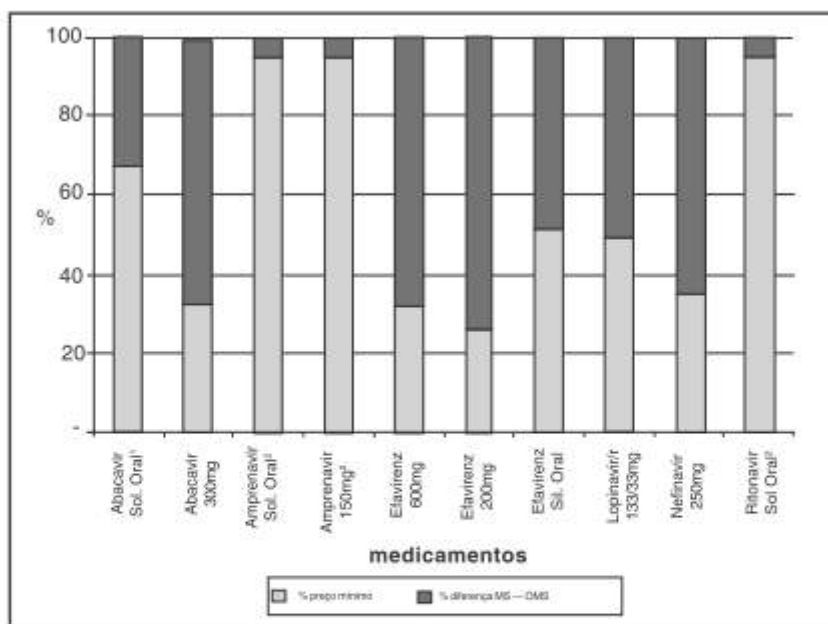
TABELA 1
Preços Mínimos Obtidos pela OMS e MSF dos ARVs selecionados (US\$) - 2006

²⁸⁷ HASENCLEVER, L. *et al.*, *ibidem*.

²⁸⁸ CHAVES, G. C; VIEIRA, M. F; REIS, R., *ibidem*.

Medicamento	Preço/ unidade ¹ (US\$)	Preço/ Mínimo OMS(2)	Δ (1) — (2)	Preço Mínimo MSF (3)	Δ (1) — (3)
Abacavir Sol.Oral	46,30	31,44	-	20,40	25,9
Abacavir 300mg	2,56	0,83	1,73	0,59	1,97
Amprenavir Sol.Oral	102,64	-	-	-	-
Amprenavir 150mg	0,85	-	-	-	-
Efavirenz 600mg	2,160	0,69	1,47	0,51	1,65
Efavirenz 200mg	1,06	0,28	0,78	0,19	0,87
Efavirenz sol.oral	32,80	16,92	15,88	12,42	20,38
Lopinavir/r 133/33mg	1,40	0,69	0,71	0,23	1,17
Nelfinavir 250mg	0,62	0,22	0,4	0,28	0,34
Ritonavir sol.oral	96,97	-	-	223,20	-126,23

Fonte: HASENCLEVER *et al.*, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212/15024>>. Acesso em: 3 Mar. 2015.



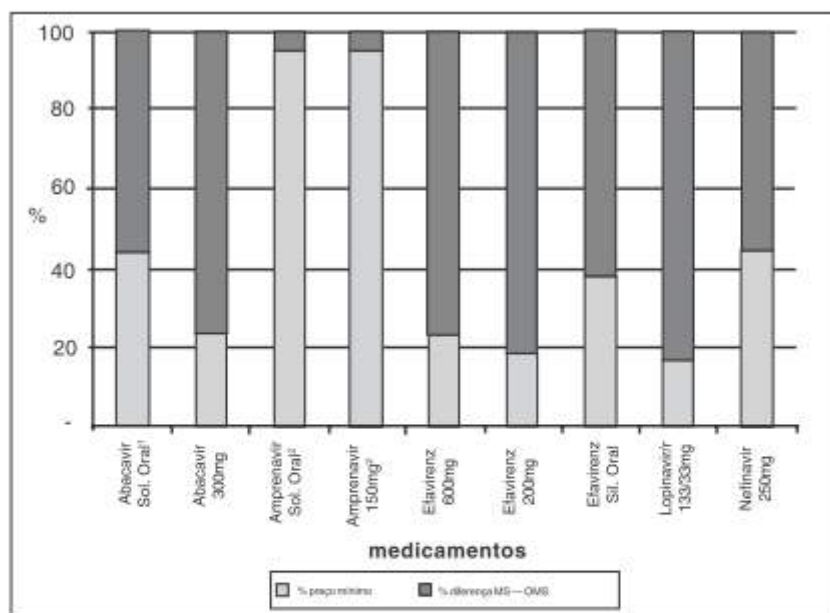
1 — Medicamento com cotação apenas para 2005

2 — Medicamentos sem cotação de preço para OMS, nesse caso, foi utilizado o royalties de 5% para cálculo do custo do instituto da patente *pipeline*.

Obs.: a — Para os medicamentos sem cotação de preço para OMS e/ou MSF, nesse caso, foi utilizado o royalties de 5% para cálculo do custo do instituto da patente *pipeline*; b — Conversão feita com base no dólar médio de 2006 (\$1,00 = R\$2,18); c — Cálculo feito com base no preço mais barato conseguido em junho de 2006 pela OMS

GRÁFICO 1 - Diferença paga como prêmio pelo instituto da patente *pipeline* por ARV selecionado com base no preço mínimo da OMS, 2001 – 2007 (%)

Fonte: HASENCLEVER *et al.*, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212/15024>>. Acesso em: 3 Mar. 2015.



1 — Medicamento com cotação apenas para 2005

2 — Medicamentos sem cotação de preço para OMS, nesse caso, foi utilizado o royalties de 5% para cálculo do custo do instituto da patente *pipeline*.

Obs.: a — Para os medicamentos sem cotação de preço para OMS e/ou MSF, nesse caso, foi utilizado o royalties de 5% para cálculo do custo do instituto da patente *pipeline*; b — Conversão feita com base no dólar médio de 2006 (\$1,00 = R\$2,18); c — Cálculo feito com base no preço mais barato conseguido em junho de 2006 pela OMS

GRÁFICO 2 - Diferença paga como prêmio pelo instituto da patente *pipeline* por ARV selecionado com base no preço mínimo da MSF, 2001 – 2007 (%)

Fonte: HASENCLEVER *et al.*, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212/15024>>. Acesso em: 3 Mar. 2015.

Um cálculo hipotético do prejuízo decorrente da introdução das patentes *pipeline* para o caso dos ARVs é feito a partir da diferença entre o preço pelo qual o governo adquire o medicamento e o preço mínimo encontrado no mercado mundial, multiplicado pela quantidade que é comprada pelo Brasil. O resultado mostra que, em termos brutos, o prejuízo foi de US\$ 420 milhões, se considerarmos os dados da OMS, e de US\$ 519 milhões em relação aos dados do MSF. Considerando que o cálculo abrange somente cinco medicamentos, assim como se restringe ao período de 2001 e 2007, e que o número de patentes *pipeline* concedidas foi de 1182, sendo que seus direitos de exclusividade estão sendo exercidos desde 1997, pode-se supor que esse prejuízo seja ainda maior, na ordem de bilhões de dólares.²⁸⁹

Utilizando da ameaça de licenciamento compulsório dos medicamentos, uma ameaça crível considerando a possibilidade de produção nacional, o Governo brasileiro tem tentado reduzir os preços cobrados pelos produtores de ARVs patenteados. No caso do lopinavir/ritonavir, o Governo chegou a declarar o interesse público do medicamento,

²⁸⁹ HASENCLEVER, L. *et al.*, *ibidem*.

processo que antecede a licença compulsória. No entanto, decidiu por firmar um acordo bilateral com o laboratório responsável, que consistia em cláusulas como a restrição do licenciamento compulsório e a fixação do preço do medicamento até 2011 com redução muito pequena no preço. A situação deixou claro o poder de barganha que o laboratório possuía por ser o único ofertante do referido medicamento.²⁹⁰

3.2. Restrições na oferta dos ARVs

O acesso aos ARVs protegidos por patentes *pipeline* foi dificultado não só pelos altos preços cobrados por este, mas também por muitos problemas que afetaram a oferta e fizeram que com que esta não fosse suficiente a quantidade demandada pelo governo brasileiro. Em 2007, por exemplo, o Ministério da Saúde se viu obrigado a orientar os profissionais da saúde a não prescrever o medicamento Abacavir 300 mg, já que por problemas de contrato criados pelo fornecedor, poderia haver atraso na entrega. Nesse mesmo ano, o Mesilato de Nelfinavir foi recolhido do mercado brasileiro pela empresa Roche devido a problemas na qualidade do produto. Esses medicamentos possuíam, respectivamente, quatro e três fabricantes de versões genéricas na época do acontecimento, dos quais a o Brasil não pôde adquirir o produto devido às restrições da patente *pipeline*. Em ambos os casos, foi sugerido pelo Governo a substituição do medicamento, o que causou consequências irreversíveis no tratamento de diversos pacientes.²⁹¹

3.3. A falta de incentivos à inovação e ao desenvolvimento e a discordância com o objetivo final da defesa da concorrência

Considerando o que já foi tratado anteriormente sobre a interação entre propriedade intelectual e concorrência, pode-se perceber que, no caso das patentes *pipeline*, a relação entre esses dois âmbitos do direito está longe de ser harmônica. Se a explicação para a complementaridade dessas duas áreas se encontra no fato de que ambas visam promover a inovação, então essa complementaridade não existe quando se trata das *pipeline*. Isso porque essas patentes não trazem contribuições ao setor tecnológico do país, pois protegem produtos que os investimentos em P&D já foram feitos há muito tempo, e por isso não precisam mais

²⁹⁰ *Idem, ibidem.*

²⁹¹ *Idem, ibidem.*

ser estimulados, e conhecimentos que já pertenciam ao domínio público, de forma que a difusão destes ou sua utilização para o desenvolvimento de outros produtos não trouxeram nenhuma vantagem e tampouco estimularam a inovação.²⁹²

Voltando ao tema já tratado das licenças compulsórias, verifica-se que há duas hipóteses nas quais pode haver o licenciamento que estão relacionadas ao direito antitruste: o abuso de poder econômico por meio da patente e a comercialização aquém das necessidades do mercado.²⁹³ Se essas duas situações são consideradas prejudiciais à concorrência, então se pode concluir que a *pipeline* também o é. Afinal, as empresas titulares dessas patentes utilizaram-se do direito de exclusividade por elas conferidos para cobrar preços muito acima daqueles praticados no restante do mercado internacional e para negociar acordos com o Governo de forma a garantir seus interesses. Além disso, por diversos motivos, as empresas não foram capazes de suprir a demanda do Governo por certo período de tempo, deixando a oferta aquém do necessário.

A mensuração da dimensão do prejuízo causado pela introdução das patentes *pipeline* deixa ainda mais clara a irracionalidade no uso dos recursos públicos. Isso porque, considerando os valores calculados anteriormente da diferença entre o preço pago pelo governo nos ARVs e aquele exercido no mercado internacional, mesmo que estes sejam hipotéticos, observa-se que eles equivalem a, respectivamente, 5,5 e 6,8 o valor gasto em P&D por ano na indústria farmacêutica brasileira e 3,6 e 4,4 vezes o valor de financiamento público à inovação destinado a inovação, de acordo com os editais do período 2003-2006.²⁹⁴

4. Inconstitucionalidade, Extensão dos Prazos de Proteção e *Sham Litigation*

Atualmente, a discussão sobre o tema das patentes *pipelines* reside em duas questões: a inconstitucionalidade desse dispositivo legal e os diversos pedidos de extensão do prazo de proteção que tem sido realizado. A Ação Direta de Inconstitucionalidade das patentes *pipeline* (ADIn 4.234) foi resultado do debate iniciado pela Federação Nacional dos Farmacêuticos (FENAFAR), pela Rede Brasileira de Integração dos Povos (REBRIP) e pela Agência Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA) junto a Procuradoria Geral da União (PGU) sobre o tema. Esta ajuizou a ADIn, no STF em 24 de abril de 2009, alegando que o dispositivo das

²⁹² *Idem, ibidem.*

²⁹³ POSSAS, M; MELLO, M., *ibidem.*

²⁹⁴ HASENCLEVER, L. *et al., ibidem.*

pipelines era contrário às disposições dos artigos 3º, I ao III; 5, XXII, XXIII, XXIV, XXIX, XXXII, XXXVI; 6º, 170, II, III e IV; 196 e 200, I e V, da Constituição da República.²⁹⁵

A análise da inconstitucionalidade do sistema instituído pelas patentes *pipeline* reside no questionamento acerca da ofensa ao princípio da novidade do objeto a ser patenteado, disposto implicitamente na Constituição Federal de 1988, a afronta aos direitos humanos e sociais mínimos, bem como na lesão ao direito adquirido pela coletividade, uma vez que ao adotar tal sistemática tornou-se possível o patenteamento no Brasil de produtos, substâncias e de processos que já estavam em domínio público em outros países. De tal sorte que houve um precedente legal para que a iniciativa privada pudesse apropriar-se de um bem coletivo, já em domínio público em outro país, passando a comercializá-lo no Brasil e praticando aqui preços incompatíveis com a nossa realidade econômica, bem como patentemente díspares se comparados a precificação dos mesmos fármacos em outros países.²⁹⁶

Quanto à questão da extensão do prazo de proteção das *pipelines*, pode-se dizer que esse tema ganhou força a partir do momento que diversas empresas estrangeiras obtiveram em seu próprio país à extensão da vigência da patente que foi revalidada no Brasil por esse dispositivo. Essas empresas entendem que a extensão do prazo no exterior deveria ser acompanhada também de uma extensão no prazo da *pipeline*. O grande número de casos de extensão do prazo de proteção que foi levado ao Judiciário nos últimos anos leva ao questionamento da possível existência de *sham litigation* ou abuso do direito de petição, já que, nessa área, a simples incerteza da decisão jurídica já se mostra suficiente para afastar os concorrentes.²⁹⁷

No entanto, se considerarmos a jurisprudência e a literatura tradicional americana, que parece ser a mais influente também no Brasil, duas características precisam estar presentes para a definição de uma conduta como litigância anticompetitiva: “a) a ação proposta é, por completo, carecedora de embasamento, sendo certo que nenhum litigante razoável poderia, de forma realista, esperar que sua pretensão fosse deferida; e b) que a ação proposta mascara um instrumento anticompetitivo”. Num caso polêmico como os da *pipelines*, no qual é quase impossível provar que uma empresa tenha probabilidade nula de vencer uma ação, torna-se muito mais difícil afirmar a existência de litigância competitiva.²⁹⁸

²⁹⁵ Petição Inicial da ADIn 4.234. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultar_processoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=12879>. Acesso em: 6 Mar. 2015.

²⁹⁶ VELÁZQUEZ, V. H. T.; OLIVEIRA, M. C. S. C. de. **A Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fe46a07a9ba5f05>>. Acesso em: 4 Mar. 2015.

²⁹⁷ MELLO NETO, A. M. **Propriedade Intelectual no Mercado de Medicamentos e Concorrência**. Brasília: SDE, 2009. 22 slides, color. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={37EE2593-8F37-42D5-94F0-8693CADD19C1}&ServiceInstUID;={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}](http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={37EE2593-8F37-42D5-94F0-8693CADD19C1}&ServiceInstUID;={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>)>. Acesso em: 3 Mar. 2015.

²⁹⁸ MORAIS, R. Direito e Economia da Litigância Anticompetitiva. **Conjuntura Jurídica**, v. 64, n. 11, Nov/2010.

Considerando, portanto, os efeitos anticoncorrenciais das patentes *pipeline* no setor de ARVs detalhados anteriormente, pode-se perceber que a posição tomada pelo STF em relação à ADINn 4.234, sendo esta a de ainda não ter tomado uma decisão definitiva de mérito, contribui para manter tais efeitos. Isso porque, caso os Ministros já tivessem entendido pela inconstitucionalidade do mecanismo, uma consequência possível seria a anulação de todas as patentes por ele concedidas, levando ao domínio público produtos e processos que hoje são protegidos por essas patentes. O entendimento é o mesmo para o caso da possível extensão dos prazos da *pipelines*. Caso se dê tal extensão, os produtos e processos relacionados aos ARVs serão protegidos durante mais tempo, mantendo a posição monopolística das empresas que os produzem e um provável aumento nos preços dos medicamentos. Se os prazos se mantivessem, em poucos anos todas essas empresas terão suas proteções expiradas e levadas a domínio público. Em ambos os casos, o fim da proteção provavelmente aumentaria a concorrência no setor de ARVs e diminuiria o preço pago por esses medicamentos.

5. Conclusão

Embora o entendimento atual sobre a relação entre Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual seja de que esta é de harmonia e complementaridade, devido ao objetivo comum a ambas de promover a inovação, ainda existem alguns pontos de possível conflito entre as duas. O caso das patentes *pipelines* é um dos exemplos nos quais o uso do direito de exclusividade criado pela patente é objeto de abuso dos titulares levando a efeitos negativos na concorrência, o que no Brasil pode ser percebido principalmente no mercado de antirretrovirais.

Apesar da introdução do dispositivo ter ocorrido em 1996, a discussão permanece atual. Isso porque algumas dessas patentes ainda estão em vigência e seus titulares têm tentando continuamente estender o prazo de proteção recebido. Além disso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.234, de 2009, permanece sem uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e ainda pode trazer diversas mudanças para o cenário dos produtos protegidos.

No caso dos Antirretrovirais, essas discussões atuais são ainda mais importantes. Considerando que a AIDS é uma doença sem cura e que o número de infectados pelo vírus da doença aumenta a cada dia, fica claro que o governo continuará por, pelo menos, alguns anos, tendo que adquirir medicamentos para tratamento dos pacientes soropositivos. Sendo assim, um aumento no prazo de proteção significará um gasto ainda maior de recursos públicos em

medicamentos, pois se continuará a adquiri-los pelos altos preços exercidos no mercado internacional. Já a decisão pela inconstitucionalidade do dispositivo seria capaz de interromper essa prática, possibilitando ao Governo adquirir os ARVs de qualquer ofertante e por um preço mais baixo. A resolução célere dessas questões se mostra, então, extremamente necessária, pois torna possível a ampliação e manutenção do fornecimento de ARVs pelo Governo, assim como de outros medicamentos, além de permitir o uso dos recursos públicos de forma mais eficiente, incentivar a inovação e a indústria farmacêutica nacional.

6. Referências Bibliográficas

BARBOSA, D. B. Inconstitucionalidade das Patentes *Pipeline*. 2006. 74 p. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/pipeline.pdf>>. Acesso em: 1º Mar. 2015.

BRANCHER, P. Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual: Da Inovação Tecnológica ao Abuso de Poder. São Paulo: Singular, 2010. 294 p.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Acordo permitirá maior integração entre propriedade intelectual e defesa da concorrência. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>.page/content/detail/id_conteudo/145349>. Acesso em: 27 Fev. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992. Promulga A Convenção de Paris Para A Proteção da Propriedade Industrial, Revista em Estocolmo A 14 de Julho de 1967. Brasília, 21 ago. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0635.htm>. Acesso em: 1º Mar. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo A Ata Final Que Incorpora Os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, 30 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 28 Fev. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula Direitos e Obrigações Relativos à Propriedade Industrial. Brasília, 14 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 1º Mar. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária de Vigilância em Saúde. BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO HIV-AIDS. Brasília: Premiun, Ano 3, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2014/56677/boletim_2014_1_pdf_60254.pdf>. Acesso em: 6 Mar. 2015.

CASCÃO, L. B. C. O Prazo de Validade das Patentes *Pipeline* - Remanescente de Proteção da Patente Originária e Limitador. 2009. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp135132.pdf>>. Acesso em: 4 Mar. 2015.

CHAVES, G. C; VIEIRA, M. F; REIS, R. Acesso a Medicamentos e Propriedade Intelectual no Brasil: Reflexões e Estratégias da Sociedade Civil. Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, n. 8, p. 170-198, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a09>>. Acesso em: 26 Fev. 2015.

CUEVA, R. V. B. A Proteção da Propriedade Intelectual e a Defesa da Concorrência nas Decisões do Cade. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 121-147, 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42462/Protecao_Propriedade_Intelectual_Ricardo_Vilas_Boas_Cueva.pdf?sequence=3>. Acesso em: 23 Fev. 2015.

FEDERAL TRADE COMMISSION - FTC/USA. Guidelines for Antitrust Enforcement over Intellectual Property. Abril, 1995.

HASENCLEVER, L. *et al.* O Instituto de Patentes *Pipeline* e o Acesso a Medicamentos: Aspectos Econômicos e Jurídicos Deletérios à Economia da Saúde. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 164-188, jul./out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212/15024>>. Acesso em: 3 Mar. 2015.

MAIA, L. B. A Propriedade Intelectual e o Impacto sobre os Não Proprietários: Defesa da Concorrência. 2011. 10 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, PUC/Rio, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.pucRio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Livia_Maia.pdf>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

MELLO NETO, A. M. Propriedade Intelectual no Mercado de Medicamentos e Concorrência. Brasília: SDE, 2009. 22 slides, color. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?Docume>>.

ntID={37EE2593-8F37-42D5-94F0-8693CADD19C1}&ServiceInstUID;={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>. Acesso em: 3 Mar. 2015.

MORAIS, R. P. S. de. Direito e Economia da Litigância Anticompetitiva. *Conjuntura Jurídica*, [S. I.], v. 64, n. 11, p.52-53, nov. 2010.

MIRANDA, P. H. M. V; SILVA, F. V. N. da; FERREIRA, A. M. C. Perguntas e Respostas sobre Patentes Pipeline: Como Afetam a sua Saúde? Rio de Janeiro: Abia, 2009. 20 p. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/_img/media/PergResp_PIPELINE_PT.pdf>. Acesso em: 3 Mar. 2015.

MORAIS, R. Direito e Economia da Litigância Anticompetitiva. *Conjuntura Jurídica*, v. 64, n. 11, Nov/2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, V. de P. A. de. Os Impactos Econômicos das Patentes *Pipeline*. 2013. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2013. Disponível em: <<http://uol01.unifor.br/oul/conteudosite/F1066343494/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 2 Mar. 2015.

PINTO, K. R. do V. F. Integração entre Propriedade Intelectual e Defesa da Concorrência: o Licenciamento de Patentes no Brasil. 2009. 206 f. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/teses/2009/TESE_Katia_R_V_Freitas_Pinto.pdf>. Acesso em: 27 Fev. 2015.

POSSAS, M; MELLO, M. Regulação da Concorrência e Propriedade Intelectual: conflitos e convergências. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL PPED: PROMOVENDO RESPOSTAS ESTRATÉGICAS A INOVAÇÃO, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ideiad.com.br/seminariointernacional/arquivo16.pdf>. Acesso em: 28 Fev. 2015.

SANTOS, D; VELÁZQUEZ, V. H. T. A Propriedade Intelectual na Perspectiva Histórica do Direito Brasileiro e o Conhecimento Enquanto Moeda Mundial. *Cadernos de Direito*, Brasil, 2, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/694/254>>. Acesso em: 27 Fev. 2015.

SILVA, L. N. e. Propriedade Intelectual e Direito Antitruste: A Velha e a Nova Economia em Disputa. 2º Curso de Introdução Ao Direito Americano, Brasília, v. 2, n. 16, p. 143-170, abr. 2012. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/200857>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

VELÁZQUEZ, V. H. T; OLIVEIRA, M. C. S. C. de. A Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fe46a07a9ba5f05>>. Acesso em: 4 Mar. 2015.

Regulação da mídia e Direito da Concorrência no Brasil: a Interface entre Democracia e Concorrência no Mercado Televisivo Brasileiro

Ana Paula Chudzinski Tavassi²⁹⁹

RESUMO

O artigo trata da proposta de regulação da mídia pelo enfoque concorrencial, buscando apresentar o mercado brasileiro de comunicação social, a partir da análise do nicho televisivo. O tema vem sendo discutido há anos no Brasil e, recentemente, foi reincluído na agenda do Governo Federal, de forma a suscitar o debate em duas principais esferas: a econômica e a política. Ainda que seja vasto o debate por cada uma dessas perspectivas, o artigo busca apontar para a interdependência de ambas discussões, trazendo o questionamento sobre a interface entre democracia e concorrência no mercado de comunicação social. A partir da identificação de um cenário de concentração tanto no mercado de televisão aberta quanto no de televisão por assinatura, o artigo explora as principais consequências de tal conformação mercadológica e as bases constitucionais, políticas e concorrenciais que poderiam embasar eventual regulação do setor, no sentido de sua democratização.

Palavras-Chave: Comunicação Social, Regulação da mídia, Direito da Concorrência, Democracia, Televisão, Radiodifusão.

ABSTRACT

The paper analyses the proposal of media regulation from the Competitive Law approach. From the point of view of television market, the article presents key aspects that point out the interdependence of Economic and the Political debates, specially concerning the convergence of the competition's warranty and the defense of a democratic system. Once identified a concentrated market both in open TV and paid-TV cases, the article explores the main consequences of such market framing as well as the constitutional, political and competitive basis that may endorse an eventual regulation of the sector, towards its democratization.

Keywords: Media regulation, Competition Law, Democracy, Television, Broadcasting.

Classificação JEL: K00 – K2 – K21; L00 – L5 – L51

²⁹⁹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Email: ana.tavassi@usp.br.

SUMÁRIO: 1 Introdução – Regulação da mídia: um debate a ser enfrentado pelo Direito da Concorrência; 2 Panorama do setor brasileiro de comunicação social: a concentração no mercado televisivo, 2.1 O mercado da TV aberta, 2.2 O mercado da TV por assinatura; 3 Uma introdução ao debate concorrencial, 3.1 Formação de barreiras à entrada, 3.2 Eficiência e bem estar : as consequências do oligopólio para a pluralidade e diversificação do mercado; 4 Regulação da mídia: constitucionalização do debate; 5 Conclusão – Democratização da mídia: uma interface entre Direito da Concorrência e implementação da democracia; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução - Regulação da mídia: um debate a ser enfrentado pelo Direito da Concorrência.

A concorrência no mercado de comunicação social – sobretudo nos mercados de radiodifusão e televisão – vem sendo, no último período, tema de interesse não apenas nacional como internacional. Em 2013, o Fórum Global de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) organizou uma rodada de discussões sobre questões concorrenciais nos mercados de televisão e radiodifusão³⁰⁰, tendo já anteriormente debatido, em 2011, os atos de concentração de empresas de telecomunicações latino-americanas³⁰¹ e, em 2001 e 1998, respectivamente, os temas da concorrência e da regulação nos setores de telecomunicações³⁰² e radiodifusão³⁰³. No cenário nacional, por sua vez, o debate tem se difundido na esfera política por meio das propostas insurgentes de regulação da mídia, ganhando espaço em fins de 2014 com a nomeação de Ricardo Berzoini para o Ministério das Comunicações do Governo Dilma³⁰⁴.

Compondo uma das principais bandeiras de luta de diversos movimentos sociais brasileiros – a da democratização da mídia – a regulação da mídia é uma proposta histórica

³⁰⁰ OECD Policy Round Tables. **Competition Issues in Television and Broadcasting**. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf>

³⁰¹ OECD 2011 American Competition Forum session: **Triple/Quadruple Play in Telecoms Media Mergers**. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2011%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>

³⁰² OECD Policy Round Tables. **Competition and Regulation Issues in Telecommunications**. 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/1834399.pdf>

³⁰³ OECD Policy Round Tables. **Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence**. 1998. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/1920359.pdf>

³⁰⁴ Já no início de seu mandato, o Ministro sinalizou o interesse político do governo em dar andamento à proposta de regulação da mídia: Regulação da mídia avançará, diz Berzoini. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, Poder, 03/01/2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/202541-regulacao-da-midia-avancara-diz-berzoini.shtml> .

dos setores progressistas da sociedade, os quais acreditam que o fortalecimento da democracia brasileira perpassa necessariamente pela diversificação de vozes nos meios de comunicação social. No entanto, não é sem resistência que a proposta se insere no jogo político atual, enfrentando duras críticas por parte da oposição, a qual alega que, no âmbito social e político, a regulação serviria ao cerceamento da liberdade de expressão.

O debate, contudo, não se encerra na esfera política, mas transborda para o âmbito concorrencial, uma vez que a eventual regulação estaria diretamente relacionada à adoção de elementos da política antitruste³⁰⁵. Nessa seara, são levantadas novas questões, entre as quais, necessidade de uma regulamentação, considerando a estrutura do mercado, e o questionamento sobre a suficiência ou não da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para lidar com a questão do ponto de vista concorrencial.

É nesse cenário, então, que o presente artigo se propõe – ainda que de forma bastante embrionária – a tentar compreender os debates sobre a proposta de regulamentação da mídia e esboçar um entendimento sobre a intersecção existente entre as perspectivas concorrenciais e políticas e a interface entre concorrência e democracia no caso da radiodifusão.

Tendo em vista a amplitude do tema, o artigo buscará abordar de forma sintética alguns dos pontos principais em discussão na atualidade, concentrando-se no mercado de televisão aberta e de televisão por assinatura, como exemplos da estruturação do setor de comunicação social. De início, será apresentado um panorama do mercado de comunicação social, visando delinear o diagnóstico de concentração do mercado televisivo; em seguida, será abordada a perspectiva concorrencial do tema; e, mais à frente a perspectiva constitucional sobre a possibilidade de regulamentação do setor, sempre sinalizando para as imbricações entre ambos os debates. Por fim, o intuito da conclusão será sistematizar a compreensão sobre a interface entre democracia e concorrência no caso da regulação da mídia, de forma a compreender a face política do direito da concorrência dentro do tema analisado.

2. Panorama do mercado brasileiro de comunicação social: a concentração no setor televisivo

Quando falamos de mercado de comunicação social brasileiro estamos, necessariamente, tratando de uma amplitude muito grande de meios e mercados, incluindo

³⁰⁵ BRANT, João. *Por que limitar a propriedade cruzada*. In **Observatório da Imprensa**, edição 627. 2011. Disponível em: http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/por_que_limitar_a_propriedade_cruzada

televisão – aberta e por assinatura, rádio, mídia impressa – jornais e revistas – e internet, de forma a tornar também extenso o debate. Isso considerado e tendo em vista o caráter introdutório desse artigo, optamos por focar no mercado televisivo, como forma de exemplificar algumas das características do setor. Cabe observar que a proposta nessa sessão, ou mesmo no artigo como um todo, não é definir mercado relevante ou quantificar o poder de mercado dos agentes atuantes, mas sim esboçar brevemente um panorama sobre a estrutura desses mercados e propor uma análise da concentração dos meios de comunicação no setor.

A primeira característica a ser pontuada é quanto à forma de exploração econômica da comunicação social no Brasil, a qual historicamente é realizada por agentes privados, sob o regime do livre mercado³⁰⁶. Ainda que inserido na lógica capitalista tal modelo seja comumente aceito sem maiores incômodos ou espantos, ele, sem dúvida, traz implicações centrais à configuração do mercado. Uma das principais e mais nítidas é a exposição e suscetibilidade do mercado durante seu período de formação e consolidação – por se estabelecer em regime de livre concorrência, sem qualquer regulação considerada estrutural – às tendências de concentração de capital e à centralização do controle deste³⁰⁷.

No caso brasileiro específico, conforme análise feita por Fábio Konder Comparato, a privatização dos meios de comunicação em massa é marcante no processo de exploração pela iniciativa privada. Segundo o professor, trata-se de um modelo surgido em meados do século 20, mas que se acentuou drasticamente no período da Ditadura Civil-Militar, uma vez que era aí “necessário estimular o consentimento popular para o exercício de dominação militar. Como as forças armadas não queriam por si mesmas construir um arcabouço de comunicação estatal, apostaram todas as fichas na Rede Globo”³⁰⁸.

Outra nítida implicação da forma de exploração capitalista, também apontada por Comparato, é a tendência oligárquica das relações estabelecidas. Em suas palavras:

O capitalismo, pela sua própria natureza, é um sistema oligárquico (governo da minoria), ou, se preferir, *timeocrático* (do étimo grego *timê* = avaliação, pagamento, preço), pois o funcionamento do sistema supõe a soberania dos detentores de capital na empresa e no mercado e a livre concorrência entre eles, o que conduz,

³⁰⁶ FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralism, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

³⁰⁷ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.832. “Essa expropriação [do capitalista] se consuma por meio do jogo das leis imanentes da própria produção capitalista, por meio da centralização dos capitais. Cada capitalista liquida muitos outros.”

³⁰⁸ MARANGONI, Gilberto. *Fábio Konder Comparato – “Não pode haver poder sem controle”*. In **Desafios do desenvolvimento (IPEA)**. Edição 67. Ano 8. 2011.

necessariamente à concentração ilimitada de capital e à centralização de seu controle.³⁰⁹

Nesse sentido, portanto, não é surpreendente a constatação, inclusive empírica, da concentração do mercado de comunicação social brasileiro – seja horizontal, vertical, pela formação de conglomerados ou em decorrência da propriedade cruzada dos veículos³¹⁰.

De forma a melhor compreender sua estruturação, o mercado de televisão brasileiro deve ser analisado por dois diferentes recortes: o da televisão aberta e o da televisão por assinatura, ainda que existam alguns grupos econômicos que atuem nos dois campos. Isso porque a legislação que regula uma e outra atividade são diferentes, bem como suas dinâmicas de funcionamento apresentam certas singularidades.

2.1 O mercado da TV aberta

Com o intuito de melhor compreender o mercado televisivo brasileiro, procederemos primeiramente à análise panorâmica da constituição do mercado de televisão aberta. Isso será feito por meio de quatro óticas: a da concentração vertical, a da concentração horizontal, a da formação de conglomerados e a da propriedade cruzada de veículos de comunicação social, coincidindo, portanto, com os quatro mecanismos de conformação e concentração do mercado de comunicação brasileiro mencionados acima.

No que se refere à concentração vertical³¹¹ do mercado de televisão aberta, é essencial a identificação dos diferentes atores da cadeia de produção e veiculação midiática, sendo eles: os grupos produtores, os programadores – responsáveis pelo empacotamento de programas – e os distribuidores³¹². O mais relevante nesse aspecto, contudo, é a variedade de arranjos que podem ser formados entre os participantes de cada fase do processo, fruto das diferentes possibilidades de integração vertical entre tais atores, que pode se dar:

(a) mediante operações no mercado (por exemplo, quando uma emissora de televisão adquire o direito de exibir um documentário produzido de maneira independente), (b) por meio da celebração de contratos de longo prazo (por exemplo, quando uma emissora de televisão adquire o direito de transmitir os jogos de diversas temporadas de um campeonato de futebol), e (c) por intermédio da integração das atividades na mesma estrutura organizacional (por exemplo, quando

³⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A democratização dos meios de comunicação de massa*. São Paulo: 2010. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/212-democratizacao-midia>

³¹⁰ FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

³¹¹ Concentração vertical é aquela que ocorre entre empresas situadas em diferentes fases da cadeia de produção de um determinado produto ou serviço.

³¹² OECD Policy Round Tables. **Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of convergence**. 1998.

uma emissora de televisão produz internamente a novela que transmitirá aos telespectadores.³¹³

Nesse sentido, pode-se observar que, se na organização mediante operações no mercado (a) ainda é perceptível o caráter relativamente autônomo dos grupos e empresas, articulando-se entre si por meio de operações negociais; na última forma apresentada – a integração de atividade em uma mesma estrutura organizacional (c) – tal autonomia deixa de existir, visto que toda a estrutura passa a estar subordinada aos interesses do mesmo grupo econômico. No caso brasileiro, um exemplo icônico de integração vertical das atividades em uma mesma estrutura é o da produção de telenovelas pela Globo: a empresa realiza as gravações em estúdio próprio e mantém sob contrato permanente autores, atores e toda a equipe de produção, cabendo também a ela a exibição do programa (nacional e internacionalmente) e realiza a divulgação em sua rede de televisão, em seus jornais, suas revistas e suas emissoras de rádio³¹⁴.

A principal consequência da integração vertical das atividades televisivas, sobretudo na forma da integração de atividades em uma mesma estrutura organizacional, é a exclusividade que se estabelece sobre determinados conteúdos. Esse acesso exclusivo a determinados ativos ou recursos³¹⁵, gera o que são chamadas de barreiras à entrada pelas vantagens absolutas de custos, que serão melhor exploradas adiante, dificultando a concorrência por parte de novos entrantes.

Já no que se refere à concentração horizontal³¹⁶, no mercado brasileiro de distribuição – ou radiodifusão – televisiva, é possível observar uma concentração de poder de mercado em cinco grandes redes: Rede Globo, SBT, Band, Record e Rede TV. São empresas que possuem grande quantidade tanto de emissoras “cabeças-de-rede” (emissoras geradoras de programação) quanto de emissoras afiliadas e retransmissoras, atingindo um alcance significativo de aparelhos no país, de acordo com a tabela comparativa apresentada por Venício A. de Lima³¹⁷:

Tabela 1 – Comparação entre as redes de TV aberta

³¹³ FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralism, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 60.

³¹⁴ LIMA, Venício A. de. *Política de comunicações no Brasil: novos e velhos atores*. XXI International Congress of the Latin American Studies Association. Chicago: 1998.

³¹⁵ FAGUNDES, Jorge. PONDÉ, João Luiz. *Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência: Notas Introdutórias*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrncia.pdf

³¹⁶ Pode ser caracterizada pela concentração entre empresas situadas na mesma posição da cadeia produtiva; é a concentração entre concorrentes.

³¹⁷ LIMA, Venício A. de. “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In: FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação*. Tese de Doutorado apresentada à FDUSP. São Paulo: 2009, p. 64.

Redes	Emissoras participação societária	Geradoras e afiliadas	Retransmissoras	Alcance total de aparelhos de TV	Audiência média todos os horários	Destinação verbas publicitárias
Rede Globo	32	113	1.276	99,96%	58%**	75%
SBT	10	97	542	78,60%	21%	-
Band	12	68	-	61,70%	5%	-
Record *	21	47	-	44,20%	10%	-
Rede TV	-	-	-	37,90%	-	-
CNT	-	24	-	5,50%	5%	-
Outras	-	-	-	-	1%	-

* inclui as redes Record, Mulher e Família.

** no horário nobre (18 às 22h) a Rede Globo alcança a média de 61% da audiência.

O que se observa a partir da tabela, então, é o reforço numérico à constatação de concentração em tal setor, visto que as quatro maiores redes (Rede Globo, SBT, Band e Record), juntas, detém mais de 90% da audiência média (todos os horários), sendo que a maior delas detém, sozinha, 58% da audiência média.

É intrigante que tal conformação mercadológica tenha sido possível mesmo frente às limitações legais existentes, como o artigo 12 do Decreto-lei 236 de 1967³¹⁸. Tal dispositivo

³¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei 236, de 28 de fevereiro de 1967.

Art 12. Cada entidade só poderá ter concessão ou permissão para executar serviço de radiodifusão, em todo o país, dentro dos seguintes limites:

D) Estações radiodifusoras de som:

a - Locais:

Ondas médias - 4

Frequência modulada - 6

b - Regionais:

Ondas médias - 3

Ondas tropicais - 3

sendo no máximo 2 por Estados

c - Nacionais:

Ondas médias - 2

Ondas curtas - 2

2) Estações radiodifusoras de som e imagem - 10 em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado.

§ 1º - Cada estação de ondas curtas poderá, fora das limitações estabelecidas no artigo, utilizar uma ou várias frequências, que lhe tenham sido consignadas em leque.

§ 2º - Não serão computadas para os efeitos do presente artigo, as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras.

§ 3º - Não poderão ter concessão ou permissão as entidades das quais faça parte acionista ou cotista que integre o quadro social de outras empresas executantes do serviço de radiodifusão, além dos limites fixados neste artigo. ([Vide Lei nº 10.610, de 2002](#))

§ 4º Os atuais concessionários e permissionários de serviços de radiodifusão, bem como os cotistas e acionistas dessas empresas, que não atendem às limitações estipuladas neste artigo, deverão a ele ir-se adaptando, na razão de vinte e cinco por cento (25%) do excesso ao ano, a contar de um ano da data da publicação desta lei. ([Redação dada pela Lei nº 5.397, de 1968](#))

§ 5º - Nenhuma pessoa poderá participar da direção de mais de uma empresa de radiodifusão, em localidades

legal determina que cada entidade só pode ter concessão ou permissão para executar serviços de radiodifusão de som e de imagem (televisão aberta) se respeitado o limite de dez estações em todo o território, sendo do máximo cinco em VHF e duas por Estado. No entanto, segundo Fernandes³¹⁹, o que se verifica na prática é um reduzido campo de aplicação para tal determinação. De acordo com o autor, (i) a própria lei ressalva do critério de limitação as estações receptoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras (art.12, parágrafo 2º) e (ii) o Ministério das Comunicações – órgão responsável pela fiscalização do setor de radiodifusão – “entende que o limite de concessões ou permissões de canais de radiodifusão é aplicável a cada pessoa física e não a um determinado grupo empresarial ou família”, abrindo espaço para diversas maneiras de contornar os limites do Decreto-lei, como o registro de concessões no nome de diferentes membros da mesma família ou, até mesmo, a utilização de “testas de ferro”³²⁰. Nesse sentido, o autor identifica outro mecanismo-chave para a conformação do mercado, em complemento ao que se refere à reduzida aplicação do artigo 12 do Decreto-lei 236: os contratos de afiliação.

Os contratos de afiliação são acordos firmados entre uma estação geradora de programação e entidades que exploram localmente um canal de televisão (as “afiliadas”), em que a contraprestação pelo fornecimento do conteúdo da programação é a exclusividade na exploração da publicidade no plano nacional³²¹. Dessa maneira, ao ver de Comparato, as redes nacionais de televisão formadas por uma emissora geradora de programação e diversas afiliadas são “grupos econômicos por subordinação fundados em controle externo”, uma vez que o contrato de afiliação submete os negócios das afiliadas à direção da emissora “cabeça-de-rede”, por vínculo contratual³²².

Com o intuito de analisar quantitativamente a concentração de emissoras afiliadas a determinadas redes, o Fórum Nacional pela Democratização da Mídia (FNDC) preparou a

diversas, em excesso aos limites estabelecidos neste artigo.

§ 6º - É vedada a transferência direta ou indireta da concessão ou permissão, sem prévia autorização do Governo Federal.

§ 7º - As empresas concessionárias ou permissionárias de serviço de radiodifusão não poderão estar subordinada a outras entidades que se constituem com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única, através de cadeias ou associações de qualquer espécie.

³¹⁹ FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralism, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p.65.

³²⁰ Idem.

³²¹ Idem. P. 66 e 67.

³²² Idem. P.67

tabela a seguir³²³, a qual reforça a tese da configuração de um oligopólio no setor de comunicação social televisiva brasileiro:

Tabela 2 – Emissoras de TV vinculadas às redes nacionais³²⁴

REDE	PRÓPRIAS	AFILIADAS	TOTAL
Globo	20	94	114
SBT	11	47	58
Record	6	31	37
Bandeirantes	9	25	34
Independentes	24	1	25
Cultura	1	13	14
TV Omega – Rede TV!	6	9	15
Radiobrás	4	8	12
RD e TV OM Ltda.	2	4	6
Rede 21	1	3	4
Rede Mulher	2	1	3
Abril	2	-	2
CBI	2	-	2
Canção Nova	2	-	2
Rede Família	2	-	2
RD e TV Alterosa	-	1	1
Rede Boas Novas	-	1	1
Vida	1	-	1
TOTAL	95	238	333

O que se observa nos dados apresentados é, mais uma vez, um conjunto de quatro ou cinco grandes redes que, juntas detém mais de 70% do total de emissoras no país – cerca de 72% se considerarmos Globo, SBT, Record e Bandeirantes, e cerca de 80% se incluirmos também a rede Independentes.

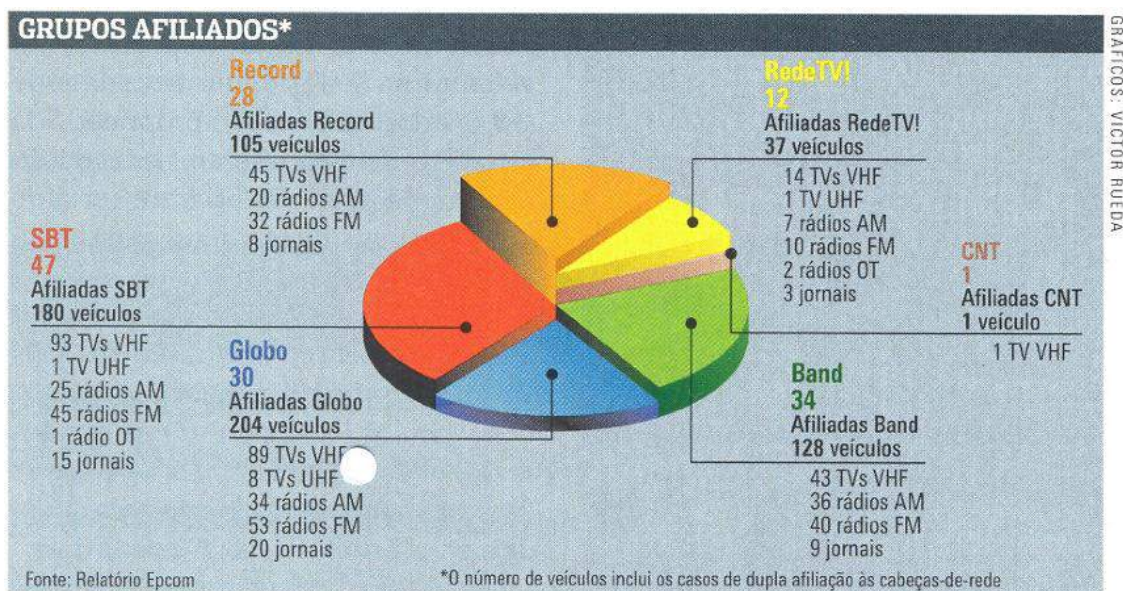
A terceira forma de concentração dos meios de comunicação, então, é a chamada *propriedade cruzada dos meios de comunicação* ou *concentração multimídia* que, como o próprio nome já indica, depende de uma análise para além dos limites do mercado de televisão em si e já permite identificar alguns grupos econômicos que atuam simultaneamente

³²³ Idem. P.68

³²⁴ FÓRUM NACIONAL PELA DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA. In: FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p.68.

em diversos setores, incluindo televisão aberta e fechada. A concentração multimídia é o controle, por um mesmo grupo de diferentes mídias, tais como televisão, rádio e jornais, prática para a qual não existem limites estabelecidos na legislação brasileira³²⁵.

Buscando explorar a estruturação das propriedades cruzadas, o Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação elaborou o relatório “Donos da Mídia”, no qual mapeou as ramificações das seis principais redes de televisão aberta brasileiras (Globo, SBT, Bandeirantes, Record, Rede TV! E CNT) em todo o território nacional, partindo da constatação de que a televisão aberta é eixo estruturador do mercado de mídia brasileiro³²⁶. Em suas pesquisas, o Instituto concluiu que, à época (2002), as seis principais redes de televisão aberta abrangiam um total de 667 veículos – entre emissoras de televisão, rádio e jornais – conforme o gráfico abaixo:



A última forma de concentração, enfim, a ser analisada depende também de um olhar mais abrangente, para além do setor de televisão aberta em si. Trata-se da formação de conglomerados (ou concentração multissetorial), na qual uma pessoa, empresa ou grupo exerce, simultaneamente, atividades em diferentes setores da economia³²⁷. Tendo em vista que são poucos os grupos atuantes no Brasil que podem ser identificados como casos de

³²⁵ BRANT, João. *Por que limitar a propriedade cruzada*. In **Observatório da Imprensa**, edição 627. 2011. Disponível em: http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/por_que_limitar_a_propriedade_cruzada

³²⁶ INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM COMUNICAÇÃO. *Quem são os donos*. In: Carta Capital, 06/03/2002. Disponível em: <http://donosdamidia.com.br/media/documentos/DonosCarta.pdf>

³²⁷ FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralism, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p.72.

conglomerados, cabe nesse ponto observar apenas que “a legislação brasileira não impõe limites específicos à formação de conglomerados envolvendo atividades de comunicação social (concentração multissetorial)”³²⁸.

Uma última observação sobre a estruturação do mercado de TV aberta é que, no que diz respeito ao mercado de televisão aberta brasileira, são poucas as análises institucionais realizadas até hoje, incluindo eventuais processos que tenham passado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), limitando significativamente as referências para uma análise mais aprofundada. No que se refere especificamente ao Cade, cabe notar que o Conselho pouco enfrentou a questão geral da radiodifusão e, no campo televisivo, teve sua atuação até então restrita ao mercado de televisão a cabo.

2.2 O mercado da TV por assinatura

O mercado da modalidade paga de televisão formou-se em decorrência do desenvolvimento da TV aberta, contando inclusive com a intensa participação dos grupos econômicos que lá atuavam³²⁹. Nesse sentido, a análise do mercado da TV por assinatura, ainda que este tenha certas dinâmicas próprias, se utilizará de alguns dos conceitos abordados na sessão anterior e buscará delinear as semelhanças entre as questões concorrenciais existentes em ambos mercados.

De acordo com as análises de Bolaño³³⁰ e Koleski³³¹, a televisão brasileira teve seu processo de desenvolvimento demarcado por três fases principais: a concorrencial, a oligopolista e a oligopolista convergente. Em um contexto de criação da chamada “sociedade do consumo”, característico da década de 1950, a televisão aberta se inseriu na expansão do modo de produção capitalista no Brasil³³² e, nesse período, a fase concorrencial teve por característica a concorrência entre pequenos grupos capitalistas, de atuação local. No entanto, já em 1965, “os fundamentos básicos do mercado concorrencial começa[ra]m a ruir [...] com a

³²⁸ Idem, p.74.

³²⁹ KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p.62.

³³⁰ BOLAÑO, Cesar Ricardo Siqueira. *Mercado brasileiro de televisão: Uma abordagem dinâmica*. Aracajú, 1986. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas.

³³¹ KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília.

³³² CAPARELLI, Sérgio. *Televisão e Capitalismo no Brasil*, 1982. In: KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p. 63.

entrada da Rede Globo no mercado”³³³, empresa que já atuava nos mercados do jornal e do rádio e que trazia significativo aporte de capital da então parceira estadunidense *Time-Life*, assim como um conjunto de técnicas de produção já comuns nos Estados Unidos³³⁴.

Em 1969, ficou marcada a transição para o que Bolaño e Koleski denominam “fase do oligopólio” da televisão brasileira (até então restrita ao mercado da televisão aberta), com a estreia do Jornal Nacional, primeiro programa em rede da Globo, o qual modificou a estrutura do mercado de televisão brasileiro, desenrolando-se durante as décadas seguintes. A Rede Globo se consolidou na liderança do mercado e a tendência hegemônica da Globo se manteve por todo o período seguinte, mesmo tendo sido levantadas algumas ameaças à sua posição por empresas que conseguiram se estruturar para competir em tal mercado – SBT, Bandeirantes, Record e a extinta Manchete³³⁵. A reestruturação seguinte do mercado ocorreu somente no anos 1990, com o início da *fase da multiplicidade da oferta*³³⁶, marcada pelo surgimento da televisão paga e da internet, sem, no entanto, que esmorecesse o caráter oligopolista do mercado de televisão aberta, como pudemos observar no item 2.1.

Foi somente em 1988 que começou a história da televisão paga no Brasil, com a regulamentação pelo Governo Federal do *Serviço Especial de Televisão por Assinatura*, seguido da regulamentação do serviço de *Distribuição de Sinais de Televisão – DISTV*, em 1989³³⁷. Em um primeiro momento, eram inúmeros os empresários independentes que se aventuravam no setor ainda em formação, o que, no entanto, não impedia que “os grandes capitais iniciassem, de forma ainda tímida, suas investidas no mercado de TV paga e começassem a moldar os padrões de concorrência que iriam predominar na década de 1990”, nas palavras de Koleski.

Em 1993 os grupos Globo e Abril optaram por aumentar seus investimentos no mercado da TV por assinatura e definiram mais claramente suas estratégias comerciais: “as operadoras definiram a tecnologia que seria utilizada para a distribuição de serviços [...]; iniciaram a compra de operações já existentes e se aliaram a sócios que poderiam aportar

³³³ KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p. 63.

³³⁴ Idem.

³³⁵ Idem, p.64.

³³⁶ BRITTOS, Valério Cruz. *Capitalismo contemporâneo, mercado brasileiro de televisão por assinatura e expansão transnacional*, 2001. In: KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p. 65.

³³⁷ KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p.65.

capital; reorganizaram sua estrutura, deixando mais claramente divididas as atividades de produção, programação e distribuição; e realizaram os primeiros contratos de licenciamento (ou franqueamento) que levaram as marcas Net e TVA para todo o Brasil”³³⁸. Dessa maneira, observou-se uma concentração de mercado pelos mesmos mecanismos descritos no item 2.1, em que se articularam concentrações vertical, horizontal e multimídia como estratégia de comercial.

O mercado, então, se desenvolveu sob a tônica do oligopólio, com a sedimentação do modelo de franquia e organização das empresas em um modelo de “Operadoras de Múltiplos Sistemas” (MSOs), ou seja, passam a deter redes de distribuição em múltiplas localidades³³⁹, dando-lhes vantagem de escala, ou vantagens absolutas de custos, utilizando a nomenclatura de Fagundes e Pondé³⁴⁰. Foi também nesse processo que os grupos econômicos passaram a buscar suporte em capital estrangeiro e a base de competição deixou de ser a local para ser a nacional³⁴¹.

Por último, e dando um salto no processo de desenvolvimento do mercado – que passou ainda por uma fase de “quase duopólio” e por um momento de crise, tudo entre 1995 e 2004³⁴² – chegou-se ao que Koleski denomina “fase do oligopólio convergente”. Essa nova fase tem por característica fundante o entrelaçamento de *players* de diversos setores de comunicação social na concorrência. O principal embricamento, talvez, seja o das empresas que até então exploravam o mercado de telefonia e aquelas que já haviam se estabelecido no mercado televisivo, de forma a modificar a composição dos agentes, incluindo também empresas como a Embratel e a Telmex.

Para uma melhor caracterização deste período do oligopólio convergente, é importante ressaltar que, seja pelo fato de começarem a usar a mesma rede de distribuição, seja pela venda em conjunto de serviços, seja pelas alianças estratégicas formalizadas entre as empresas dos dois setores, as inter-relações entre os mercados de TV paga e telecomunicações se tornaram especialmente visíveis a partir do segundo semestre de 2004, quando a Telmex comprou participação nos ativos de distribuição da Globo, movimento que foi seguido por associações como a da TVA com a Telefônica e da Way TV com o grupo Oi.³⁴³

³³⁸ Idem, p.72.

³³⁹ Idem, p.73.

³⁴⁰ FAGUNDES, Jorge. PONDÉ, João Luiz. *Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência: Notas Introdutórias*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrncia.pdf

³⁴¹ KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p.75.

³⁴² Para mais detalhes, ver KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p.75 a 93.

³⁴³ KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p.101.

É, assim, por meio de diferentes estratégias que o mercado da televisão por assinatura também tende, ao longo dos anos a uma maior concentração. A título de exemplo, é possível observar na tabela abaixo³⁴⁴ o aumento do *Market share* de um grupo econômico específico – o Net Brasil e suas afiliadas, simultaneamente à redução drástica da participação de operadores não filiados a nenhum dos grupos dominantes (“Independentes”).

Quadro “Grandes Grupos” – assinantes e market share

Fonte: Dados da PAY-TV Survey, organizados pelo autor

* O número de assinantes é uma estimativa sobre o market share.

	Afiliadas Net Brasil		TVA e NeoTV		Independentes	
	Assinantes*	Mkt share	Assinantes	mkt share	assinantes	Mkt share
1998	1.750.670	65%	754.135	28%	188.534	7%
1999	1.813.876	61%	475.771	16%	654.185	22%
2000	2.185.488	63%	555.045	16%	728.496	21%
2001	2.206.373	62%	604.973	17%	747.320	21%
2002	2.109.356	61%	553.274	16%	795.331	23%
2003	2.239.154	63%	817.469	23%	533.132	15%
2004	2.387.488	63%	871.622	23%	530.553	14%
2005	2.612.431	64%	938.843	23%	530.650	13%
2006	3.450.127	76%	998.721	22%	90.793	2%
2007	4.320.607	81%	800.112	15%	213.363	4%

Por último, e em caráter apenas ilustrativo, é importante identificar alguns atos de concentração e processos administrativos analisados pelo Tribunal do Conselho de Econômico de Defesa da Concorrência (Cade) que fizeram parte do processo de oligopolização do mercado de televisão por assinatura nos últimos anos. Podem aqui ser citados os casos DirecTV vs. TV Globo (2001); Sky/DirecTV (2006); NeoTV vs. Globosat (2006), Telmex/Net (2006), “Clube dos Treze” (2011) e Telefônica/TVA (2012).

3. Uma introdução ao debate concorrencial

Uma vez analisada, ainda que de forma preliminar, a estrutura do mercado televisivo (incluindo televisão aberta e por assinatura), torna-se premente a identificação de alguns temas concorrenciais norteadores dos debates apresentados. A percepção da concentração dos meios de comunicação social no mercado brasileiro vem despertando, no último período, sucessivos debates sobre a possibilidade de limitação da concentração da propriedade em tal setor, os quais tem se desenrolado sobre duas principais perspectivas: a econômica e a social/política³⁴⁵. Nesse sentido, e de forma a buscar uma sistematização das discussões em

³⁴⁴ Idem, p. 92.

³⁴⁵ BRANT, João. *Por que limitar a propriedade cruzada*. In **Observatório da Imprensa**, edição 627. 2011. Disponível em: http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/por_que_limitar_a_propriedade_cruzada

voga, o presente item será destinado aos principais argumentos diretamente relacionados ao Direito da Concorrência, ao que se seguirá, nos próximos pontos do artigo, as compreensões sobre o caráter constitucional e a intersecção entre a defesa da concorrência no setor de mídia social e a defesa política de implementação de um regime democrático de comunicação.

De acordo com os estudos apresentados na sessão anterior, fica bastante evidente a concentração no setor televisivo – seja aberto, seja pago. São poucos os *players* em cada um dos mercados e, assim, com grande poder de mercado, no caso da televisão aberta, possível de ser verificado na *Tabela 1 – Comparação entre as redes de TV aberta*, por meio da comparação entre as audiências, e, no caso da televisão por assinatura, verificado pela participação de mercado das principais empresas, conforme exposto no *Quadro “Grandes Grupos”- assinantes e Market share*. Ainda que os dados sejam somente até 2007, servem à abordagem preliminar a que se propõe o artigo, permitindo a discussão sobre as implicações dessa estrutura para a concorrência e as possibilidades de eventual regulação do setor. Serão, assim, analisadas duas das principais consequências da conformação do setor televisivo como um mercado concentrado: as barreiras à entrada de novos agentes e a diminuição da diversificação e pluralidade no mercado.

3.1 Barreiras à entrada

Como exposto anteriormente, tanto a integração vertical quanto a concentração diagonal (propriedade cruzada) são fatores de formação de barreiras à entrada, em decorrência das vantagens absolutas de custo que propiciam aos grupos econômicos³⁴⁶. No primeiro caso, a situação mais comum é a da oportunidade de exclusividade em determinadas programações: a integração vertical pode propiciar, por exemplo, a concentração em um mesmo grupo econômico de empresas programadoras e distribuidoras (operadoras), ou produtoras, programadoras e distribuidoras. A impossibilidade de acesso ao conteúdo por outros competidores, assim, geraria para o grupo integrado uma vantagem comparativa significativa³⁴⁷.

Outra manifestação da íntima relação da concentração com as barreiras à entrada se faz presente na formação das redes de TV aberta. Em sua dissertação, Kolesky defende que:

³⁴⁶ Sobre esse debate, ver também páginas 6 e 12.

³⁴⁷ KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p.49.

Quando emissoras se coligam na criação de uma rede nacional, elas passam a ter vantagens de, com uma mesma produção, atingirem um público muito maior, reduzindo o custo por telespectador. Da mesma forma, conseguem gerenciar uma venda conjunta de espaço publicitário – seja nacional ou regional. Assim, torna-se difícil a competição para grupos – ou coligação de grupos – que não disponham da mesma estrutura de rede nacional.³⁴⁸

Uma terceira barreira à entrada significativa é a convergência entre serviços, característica da fase atual do mercado de televisão à cabo – em que empresas de telefonia (fornecedoras, no Brasil, também dos serviços de internet banda larga) atuam conjuntamente às empresas de televisão. Nessa configuração, parte da chamada “convergência tecnológica”, tornou-se comum o *triple play*, em que serviços, aplicações e conteúdos de diferentes redes (telefonia fixa, banda larga e TV) são oferecidos como um serviço único³⁴⁹, dificultando a entrada no mercado de grupos que não tenham a possibilidade de oferecer todos esses serviços, para o que são, inclusive, necessários grande estrutura e aporte de capital.

Dessa maneira, observa-se que a concentração, seja no mercado da televisão aberta, seja no da televisão por assinatura, tende a impor barreiras à entrada de novos agentes econômicos por diversos mecanismos, perpetuando a concentração dos meios de comunicação nas mãos dos atuais grupos econômicos.

É nesse sentido que se pode compreender a validade da aceção genérica de concentração como prejudicial ao consumidor por gerar um controle de preços, de oferta e de qualidade³⁵⁰ para o caso do mercado de televisão. Isso porque, configurado uma estrutura de “poder de mercado significativo”, garantido pela formação das barreiras à entrada, o mercado televisivo também está submetido a tais possibilidades.

3.2 Eficiência e bem estar: as consequências do oligopólio para a pluralidade e diversificação do mercado.

Essa segunda perspectiva de análise carrega, em si, o início da convergência entre os debates concorrenciais (ou econômicos) e os sociais e políticos. Quando se faz uma análise concorrencial, um dos elementos a ser destrinchado é o do ganho de eficiência e bem estar que determinada conduta ou ato de concentração possa vir a causar, servindo também de critério para decidir sobre a reprovabilidade ou não da conduta ou concentração. No que se

³⁴⁸ Idem.

³⁴⁹ PRADO, Luiz Carlos Delorme. *Relatório. Audiência Pública – A convergência tecnológica e seus impactos concorrenciais. Procedimento Administrativo nº08700.001638/2007-67.*

³⁵⁰ BRANT, João. *Por que limitar a propriedade cruzada.* In **Observatório da Imprensa**, edição 627. 2011. Disponível em: http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/por_que_limitar_a_propriedade_cruzada

refere aos meios de comunicação social, no entanto, a eficiência e o bem estar não são quantificáveis somente por métodos econométricos, tornando necessária uma análise de mérito quanto à composição do serviço ofertado.

Enquanto, a priori, é possível compreender eficiência como avaliação dos custos da atividade de ser manter um canal de televisão ou os preços a serem praticados na venda de espaço publicitário, verifica-se que - se adotada uma perspectiva crítica à concentração - a análise do conteúdo ofertado também mostra-se imprescindível³⁵¹. Tanto na televisão aberta quanto na por assinatura, a concentração dos meios de produção, programação e distribuição significa um risco à variedade de conteúdo ofertado aos telespectadores. Dessa forma, são identificadas constrições à pluralidade e à diversidade no mercado televisivo como um todo.

Nas palavras de Veridiana Alimonti, em sua dissertação:

Embora sejam noções contíguas, *pluralidade* e *diversidade* não são sinônimas. No que tange à televisão, a pluralidade pode ser entendida como uma maneira de descrever a existência de mais canais nas mãos de mais pessoas. [...] Já a diversidade, se verifica seja entre os diferentes canais, seja dentro de um mesmo canal. Em relação ao conteúdo, sua definição tem três dimensões: variados formatos de programas, variadas ideias e pontos de vista e variadas características demográficas (raça, gênero, cultura, religiões, etc.)³⁵²

A autora Gillian Doyle, por sua vez, considera o pluralismo ainda sob duas perspectivas: o pluralismo político, alcançado pela diversidade de opiniões e pontos de vista representados na televisão, e o pluralismo cultural, que se refere à variedade de valores culturais presentes na sociedade e sua representação (ou não representação) pelos veículos de mídia³⁵³. A autora sustenta, ainda, que mesmo em um mercado competitivo a programação tende a ser padronizada, em decorrência do “fenômeno da *duplicagem competitiva*”, o que

³⁵¹ Em sua tese, André de Godoy Fernandes, propõe a divisão dos debates acadêmicos sobre a concentração dos meios de comunicação social em duas principais linhas argumentativas: “No debate acadêmico sobre a questão da concentração da mídia, encontramos, grosso modo, duas grandes perspectivas: (i) uma liberal, que, amparada por argumentos econômicos, tende a aceitar a concentração dos meios de comunicação social e considerar como relativos eventuais aspectos negativos dela decorrentes, e (ii) uma crítica, que entende a concentração da propriedade dos veículos de mídia como um risco para a democracia na medida em que reduz a pluralidade de informação.” FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 5.

³⁵² ALIMONTI, Veridiana. *Entre mercadoria e democracia nas políticas para televisão no Brasil: lições e fundamentos para uma regulação democrática e convergente*. São Paulo, 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

³⁵³ DOYLE, Gillian. *Media Ownership – the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European Media*, 2002. In: KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p. 48.

pode ser diretamente relacionado à exploração da radiodifusão como mercadoria em um regime de livre concorrência, pautado necessariamente pela lógica do lucro:

(...) na televisão aberta, dois concorrentes, em um mesmo horário, produzem conteúdos praticamente idênticos a partir do momento em que sabem que tipo de programação é mais aceita e pode gerar mais receita publicitária. Assim, o número de programas criados para satisfazer o gosto da maioria da audiência é muito maior do que os programas voltados para as minorias – criando assim um *output* relativamente homogêneo e que não pode ser chamado de pluralista (...)”³⁵⁴

Assim, é em decorrência da soma das limitações à entrada de novos agentes e do modelo de exploração do mercado televisivo – incluindo a restrição da pluralidade e diversidade – que se explica e se justifica a demanda dos movimentos sociais e grupos organizados para que seja ampliada a diversidade de vozes que tem espaço em tais meios. No entanto, cabe ressaltar, que só é possível vislumbrar tal possibilidade se considerada a possibilidade de limitar a propriedade de meios de comunicação, com o intuito de desconcentrar o mercado.

4. Regulação da mídia: constitucionalização do debate

Tendo em vista a hipótese de limitação à propriedade dos meios de comunicação, considerando o recorte do mercado televisivo, é essencial debater o tema pela perspectiva constitucional – seja em busca de uma autorização legal para eventual regulação da mídia, seja para compreender qual a visão adotada pelo legislador constituinte sobre o setor e sua inserção na dinâmica da democracia.

Como ponto de partida, devemos analisar o parágrafo 5º do artigo 220 da Constituição Federal de 1988, o qual determina que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.³⁵⁵

Em tal artigo, o legislador constituinte estabeleceu limites claros à propriedade dos meios de comunicação social: a vedação à formação de monopólios ou oligopólios, conferindo um tratamento especial à matéria. Na visão de Furquim, o entendimento do legislador foi que “a concorrência nos meios de comunicação social reveste-se de uma

³⁵⁴ DOYLE, Gillian. *Understanding Media Economics*, 2002. In: KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p. 51.

³⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

importância que vai além da esfera econômica, pois é a única forma de assegurar a pluralidade de opiniões e, em decorrência, o debate público de qualidade³⁵⁶. No entanto, é sensível a falta de legislação que regulamente e garanta o cumprimento da norma constitucional, visto que “as únicas regras que existem sobre isso são da década de 60 e tratam apenas de limites de propriedade (quantos canais podem estar na mão de uma mesma entidade), sem considerar fatores chave como audiência e investimento publicitário”³⁵⁷.

Mais além, ao tratar do tema da radiodifusão em seu livro *A ordem econômica na constituição de 1988*, Eros Grau toma por base também os artigos 221, 222 e 223 da Constituição Federal Brasileira, os quais disciplinam sobre os princípios da produção e programação das emissoras de rádio e televisão³⁵⁸, a propriedade das empresas de radiodifusão e a possibilidade de participação de capital estrangeiro³⁵⁹ e a outorga de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão³⁶⁰.

É a partir desses artigos que o autor caracteriza a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens como uma atividade de serviço público, isso porque, em sua visão, “além de

³⁵⁶ AZEVEDO, Paulo Furquim de. In: CADE. *Ato de Concentração nº08012.012152/2007-20*.

³⁵⁷ INTERVOZES. *As reais ameaças à liberdade de expressão no Brasil*. 2010. Disponível em: <http://intervozes.org.br/as-reais-ameacas-a-liberdade-de-expressao-no-brasil/>

³⁵⁸ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. CF/88.

³⁵⁹ Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002\)](#) § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002\)](#) § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002\)](#) § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002\)](#) § 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002\)](#) § 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002\)](#). CF/88.

³⁶⁰ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. § 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem. § 2º - A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. § 3º - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores. § 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5º - O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão. CF/88.

promover a universalização da identidade sociocultural brasileira, a comunicação social viabilizada pelas empresas de radiodifusão [...] é, em última instância, instrumental da concreção da soberania nacional³⁶¹. Dessa maneira, por ser atividade indispensável à consecução da coesão social, a radiodifusão deve ser compreendida como um serviço público e, portanto, tratada como tal³⁶².

Sobre o tratamento especial conferido ao setor no que se refere à vedação de monopólios e oligopólios no setor de radiodifusão e a qualificação desta como serviço público, Eros Grau vai além, problematizando ainda mais a questão:

*Monopólio é atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação de serviços públicos não é expressão senão de uma situação de privilégio.*³⁶³

Dessa maneira, tanto a motivação quanto a autorização de eventual regulação do setor de comunicação social encontra-se justificada com base na Constituição de 1988. Quanto à necessidade e cabimento, porém, fica restando esclarecimento sobre um argumento comumente levantado, qual seja, o da competência e possível suficiência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a garantia da concorrência no setor.

Nesse aspecto, cabe notar que a atuação do Cade, até o momento, se restringiu a casos no setor de televisão por assinatura, não existindo, portanto, análises sobre o mercado de televisão aberta. A ausência de tais estudos e julgamentos pode, de pronto, abrir questionamentos sobre a suficiência do órgão para a garantia da concorrência no setor como um todo.

No que se refere, então, ao mercado de televisão por assinatura, é importante notar que o Conselho apresentou, por um lado, uma atuação bastante positiva e diferenciada em relação ao modelo regulatório – defasado – existente no setor. Os julgados do órgão geraram um estudo mais aprofundado do mercado em questão, bem como puderam suprir algumas das lacunas deixadas pela legislação setorial³⁶⁴. Contudo, é preciso avaliar também que o Conselho não foi capaz de alterar a estrutura do mercado brasileiro de TV, no sentido de

³⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 134.

³⁶² Idem.

³⁶³ Idem, p.135. Grifos do autor.

³⁶⁴ KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília, p. 15.

garantir a competitividade ou reduzir o ritmo de sua concentração significativamente, como é possível constatar a partir dos dados expostos na sessão 2 do artigo.

Por último, e talvez uma das maiores limitações do órgão, está na restrição do seu escopo de análise aos aspectos econômicos, sendo que, como foi exposto no ítem anterior, uma das consequências mais perniciosas da concentração especificamente no setor de comunicação social é a restrição da diversidade e da pluralidade, que extrapolam as análises tradicionais de mercado propostas ao Cade.

5. Conclusão – Democratização da mídia: uma interface entre direito da concorrência e democracia.

A comunicação social – e sendo a televisão uma parte importante desse setor – é instrumento fundamental para a disputa da hegemonia cultural, uma vez que tem influência direta sobre a formação de consciência dos indivíduos e da coletividade. Trata-se, portanto, de ferramenta essencial para que as diferentes formas de olhar para a realidade se manifestem, podendo construir um ambiente plural e diversificado como anteriormente analisado.

Quando os movimentos sociais e demais entidades da sociedade civil organizada pautam a diversificação das vozes que se expressam por esse meio, eles estão debatendo os limites da propriedade dos meios de comunicação, estão debatendo a insuficiência dos mecanismos legais existentes e estão, sobretudo, debatendo as formas de concretização da democracia. Utilizando o termo empregado por Eros Grau, o que está sendo colocado em discussão é o privilégio exercido por alguns grupos econômicos que exploram o serviço público da comunicação social de forma oligopolista, restringindo os conteúdos e as visões políticas disponibilizadas à população.

Hoje, a televisão ainda é um dos principais meios de comunicação com a população: segundo dados da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República 98% da população brasileira assiste televisão (seja aberta, fechada ou ambas) em suas residências – como é possível ver no gráfico³⁶⁵ abaixo:

³⁶⁵ SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Pesquisa brasileira de mídia 2014. Hábitos de consumo de mídia pela população brasileira*. Brasília, 2014.

TV ABERTA E TV POR ASSINATURA

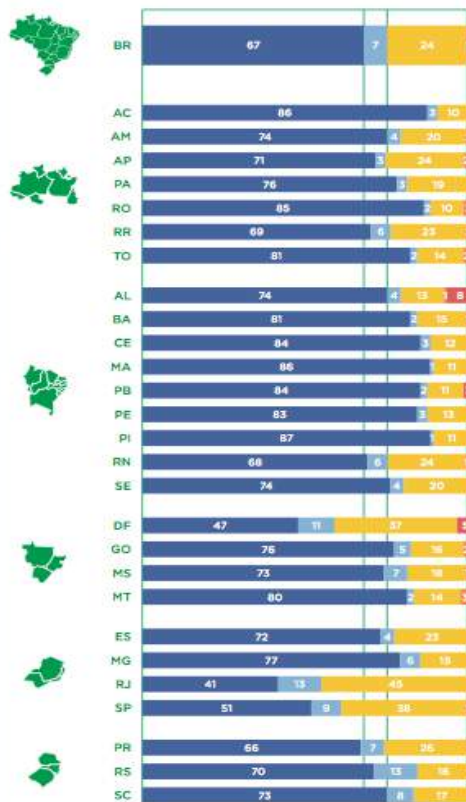
Pergunta - Em sua residência, o(a) sr(a), assiste TV aberta, TV paga ou ambas?

- SOMENTE TV ABERTA
- SOMENTE TV PAGA
- AMBAS, TV PAGA E TV ABERTA
- NÃO TEM TV EM CASA (ESP.)
- NÃO SABE/NÃO RESPONDEU



Valores apresentados em porcentagem (%).

Base: todos os entrevistados.



Essa cultura televisiva endossa a demanda por democratização dos serviços e expõe a claro o poder não somente econômico, mas também político das empresas que controlam o mercado. Nas palavras de Fernandes:

[...] a concentração de poder no setor de comunicação social é fenômeno indivisível, ao mesmo tempo, econômico e político.³⁶⁶

Tampouco é divisível o debate sobre a possibilidade de regulação – enquanto instrumento para uma maior democracia nas comunicações. É nesse sentido que o presente artigo buscou sistematizar os principais debates envolvidos em torno da concentração no mercado televisivo e as principais consequências de tal estrutura de mercado, no sentido de aproximar o debate econômico do debate político.

Nosso objetivo é, que ao fim desse estudo, esteja mais perceptível o duplo caráter assumido pela defesa da concorrência no campo das comunicações sociais: o econômico e o político e social, em outras palavras, a defesa de um mercado competitivo simultaneamente à

³⁶⁶ FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 58.

defesa da democracia, materializada na diversidade e pluralidade dos meios de comunicação, no caso, televisivos.

Dessa maneira, após identificar a concentração tanto no mercado de TV aberta quanto no de TV por assinatura, enquanto exemplos do amplo mercado de comunicação social; analisar as formas de concentração horizontal, vertical, diagonal e formação de conglomerados, assim como suas consequências tanto da perspectiva econômica-concorrencial, nos termos da formação de barreiras à entrada, quanto da perspectiva política-concorrencial, versando sobre a pluralidade e diversidade da mídia; e verificar os fundamentos constitucionais para a regulação do setor, fica evidente que uma regulamentação da mídia que promova uma multiplicação de vozes no espaço público tende a ser positiva para o Brasil e para a consolidação de nossa democracia.

A tentativa de separação, bastante comum, entre os debates econômico e político impede uma visão mais ampla dos aspectos e possibilidade relativos ao Direito da Concorrência aí envolvidos. É, assim, cada vez mais necessário que olhemos para a interface existente entre os debates econômicos políticos, o que perpassa necessariamente a interface entre Direito da Concorrência e democracia na estruturação da comunicação social.

7. Referências bibliográficas

ALIMONTI, Veridiana. *Entre mercadoria e democracia nas políticas para televisão no Brasil: lições e fundamentos para uma regulação democrática e convergente*. São Paulo, 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. In: CADE. *Ato de Concentração nº08012.012152/2007-20*.

BOLAÑO, Cesar Ricardo Siqueira. *Mercado brasileiro de televisão: Uma abordagem dinâmica*. Aracajú, 1986. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas.

BRANT, João. *Por que limitar a propriedade cruzada*. In **Observatório da Imprensa**, edição 627. 2011. Disponível em:

http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/por_que_limitar_a_propriedade_cruzada

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 236, de 28 de fevereiro de 1967.

BRITTOS, Valério Cruz. *Capitalismo contemporâneo, mercado brasileiro de televisão por assinatura e expansão transnacional*, 2001. In: KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília.

CAPARELLI, Sérgio. *Televisão e Capitalismo no Brasil*, 1982. In: KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília.

COMPARATO, Fábio Konder. *A democratização dos meios de comunicação de massa*”. In <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/212-democratizacao-midia>. São Paulo: 2010.

DOYLE, Gillian. *Media Ownership – the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European Media*, 2002. In: KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília.

DOYLE, Gillian. *Understanding Media Economics*, 2002. In: KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília.

FAGUNDES, Jorge. PONDÉ, João Luiz. *Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência: Notas Introdutórias*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrenca.pdf

FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação*. Tese de Doutorado apresentada à FDUSP. São Paulo: 2009.

FÓRUM NACIONAL PELA DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA. In: FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralism, Direito Concorrencial e Regulação*. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM COMUNICAÇÃO. *Quem são os donos*. In: Carta Capital, 06/03/2002. Disponível em: <http://donosdamidia.com.br/media/documentos/DonosCarta.pdf>

INTERVOZES. *As reais ameaças à liberdade de expressão no Brasil*. 2010. Disponível em: <http://intervozes.org.br/as-reais-ameacas-a-liberdade-de-expressao-no-brasil/>

KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira*. Brasília, 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade de Brasília.

LIMA, Venício A. De. “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*, p.100.

LIMA, Venício A. de. “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In: FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: Promoção do pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação*. Tese de Doutorado apresentada à FDUSP. São Paulo: 2009.

LIMA, Venício A. de. *Política de comunicações no Brasil: novos e velhos atores*. XXI International Congress of the Latin American Studies Association. Chicago: 1998.

MARANGONI, Gilberto. *Fábio Konder Comparato – “Não pode haver poder sem controle”*. In **Desafios do desenvolvimento (IPEA)**. Edição 67. Ano 8. 2011

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

OECD Policy Round Tables. **Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence**. 1998. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/1920359.pdf>

OECD Policy Round Tables. **Competition and Regulation Issues in Telecommunications**. 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/1834399.pdf>

OECD 2011 American Competition Forum session: **Triple/Quadruple Play in Telecoms Media Mergers**. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2011%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>

OECD Policy Round Tables. **Competition Issues in Television and Broadcasting**. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf>

PRADO, Luiz Carlos Delorme. *Relatório. Audiência Pública – A convergência tecnológica e seus impactos concorrenciais. Procedimento Administrativo nº08700.001638/2007-67.*

Regulação da mídia avançará, diz Berzoini. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, Poder, 03/01/2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/202541-regulacao-da-midia-avancara-diz-berzoini.shtml>.