

Vol. 4

Nº 2

2016 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 4 – novembro 2016 – 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

Saulo Casali

Vinicius Marques de Carvalho

William Kovacic

Coordenação Editorial

Paulo Burnier da Silveira

Noemy Cabeleira de Araújo Castro Melo

Pablo Reja Sánchez

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

Apresentaçãoiii

I – Controle de Estruturas

Aeroportos competem? Revisão da Literatura e Opções Regulatórias Brasileiras 5

A Operação Societária de Drop Down como Remédio Antitruste no Controle dos Atos de Concentração 45

O Carve-out Agreement como instrumento (in) capaz de elidir a configuração do Gun Jumping 79

II – Controle de Condutas

Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogos 99

Standards como eventual limite à concorrência: breve consideração acerca do cartel do cimento no Brasil..... 121

O Novo CPC Entrou em Vigor. E Agora? Considerações Iniciais sobre a Aplicação Subsidiária e Supletiva do CPC/2015 ao Processo Antitruste Sancionador..... 140

III – Regulação e Direito Comparado

Neutralidade de Redes entre Regulação e Concorrência: Uma Análise da Literatura Especializada a Partir da Teoria Das Múltiplas Funcionalidades do Direito 161

Defesa da concorrência na Nova Lei dos Portos 183

A Defesa da Concorrência na República Argentina 210

Apresentação

É com muito prazer que apresentamos a segunda edição da Revista de Defesa da Concorrência no ano de 2016. Composto novamente de nove artigos e organizados em três seções, a intenção deste número é discutir temas atuais, com questões relevantes para o controle de condutas e para o controle de estruturas, além de interfaces regulatórios e de direito comparado.

Na seção intitulada “Controle de Estruturas”, contamos com três artigos, o primeiro deles abordando a competição entre aeroportos e aspectos relacionados à abertura do setor com grandes consequências para o mercado. O segundo artigo aborda as repercussões societárias e econômicas, decorrentes da operação de *drop down* como remédio antitruste no controle dos atos de concentração. Por fim, um terceiro trabalho analisa o instrumento denominado *Carve-out Agreement*, com base em recente julgado do CADE em que afasta o seu uso para fins de eliminação ou mesmo mitigação de penalidades relativas à infração de *gun jumping* no Brasil.

Na seção “Controle de Condutas”, aborda-se inicialmente os incentivos, com base na Teoria dos Jogos, da atual política de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) do CADE em casos de cartel. Em seguida, outro trabalho endereça a questão dos *standards* de qualidade, ou normas de padrão, como mecanismo de eventual barreira à entrada e limitação da concorrência. Por último, um terceiro artigo analisa as repercussões do novo Código de Processo Civil no terreno antitruste, sobretudo em sua dimensão de processo administrativo sancionador, para imposição de sanções por infração à ordem econômica.

Na última seção desta edição, denominada “Regulação e Direito Comparado”, contamos primeiramente com um excelente artigo sobre neutralidade em rede, que inclui digressões teóricas e interface com o Marco Civil da Internet. Um segundo artigo trata da regulação concorrencial no setor portuário, objeto constante de escrutínio por parte do CADE. E, finalmente, um terceiro estudo apresenta um olhar comparado sobre o atual momento do antitruste na Argentina, incluindo uma proposta de reforma que amplia as competências da autoridade da concorrência, incrementando sua independência e autonomia em termos de desenho institucional.

Desejamos a todos uma ótima leitura, na expectativa de que esta edição sirva novamente como fomento de importantes temas concorrenciais no país.

Márcio de Oliveira Jr.
Presidente interino do CADE

Aeroportos competem? Revisão da Literatura e Opções Regulatórias Brasileiras

Caio Cordeiro de Resende¹
Ricardo Sampaio da Silva Fonseca ²
Thiago Costa Monteiro Caldeira³

RESUMO

O setor aeroportuário é, tradicionalmente, considerado exemplo típico de monopólio natural, no qual a existência de economias de escala e de rede dificultam a competição. Essa visão vem sendo desafiada, particularmente a partir de 1980, quando teve início o movimento de privatização de aeroportos. Recentemente, indicativos de existência de competição entre aeroportos têm levado diversos países a adotar formas mais leves de regulação, conferindo ao setor tratamento semelhante a outros setores da economia, nos quais se assume que a competição é a regra e o abuso de poder de mercado, a exceção. Identificamos, assim, uma transição entre modelos focados em regulação *a priori* para modelos que privilegiam a regulação *a posteriori* (quando necessária). Este artigo revisa a literatura sobre privatização, competição e regulação de aeroportos, com vistas a analisar em que condições a competição entre aeroportos existe e quais são os modelos de regulação mais adequados a cada caso.

Palavras-chave: Aeroportos; Privatização; Competição; Regulação.

ABSTRACT

The airport sector is traditionally considered a typical example of natural monopoly in which the existence of scale and network economies hinder competition. This view has been challenged, particularly since 1980, when the airport privatization movement began. Recently, many countries are adopting light-handed forms of regulation based on evidences of competition between airports. In other words, countries are managing the airport sector like most sectors of the economy in which it is assumed that competition is the rule and the abuse of market power is the exception. Therefore we identified a transition from models based on “*a priori* regulation” to models that favor “*a posteriori* regulation” (only when necessary). This article reviews the literature on privatization, competition and regulation of airports, in order to examine under what conditions the competition among airports exists and what are the most appropriate regulatory models in each case.

Keywords: Airports; Privatization; Competition; Regulation.

Classificação JEL: L51; L93

¹ Mestre em Economia do Setor Público pela Universidade de Brasília (2012), e doutorando em Economia pela mesma Universidade. Atualmente, é Consultor Legislativo de Políticas Microeconômicas no Senado Federal e Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Administração Pública - Políticas Públicas e Gestão Governamental do IDP.

² Graduado em Ciências Econômicas e com Mestrado em Economia, faz parte da carreira de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) do Governo Federal. Atua principalmente nas áreas de regulação econômica e economia do setor público e atualmente é Coordenador de Acompanhamento de Mercado da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

³ Mestre em Regulação e Gestão de Negócios pelo Departamento de Economia da Universidade de Brasília. Graduado em Economia (2005) e Direito (2013). É Especialista em Regulação de Serviços Públicos da Agência Nacional de Energia Elétrica. Atualmente, exerce o cargo de Coordenador Geral de Políticas Regulatórias da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Revisão da Literatura; 2.1. A Competição entre Aeroportos; 2.1.1. A competição entre aeroportos – Modelos de Competição Espacial; 2.1.2 A competição entre aeroportos – Modelos de Escolha Discreta; 2.1.3. A competição entre aeroportos – Análise de Perda Crítica; 2.1.4. A influência das receitas comerciais na decisão de precificação; 2.2; Regulação de Aeroportos; 3. Opções Regulatórias Brasileiras; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A privatização de aeroportos é um fenômeno relativamente recente. Até meados da década de 1980, a grande maioria dos aeroportos no mundo eram construídos e operados por entes estatais (federais ou locais).

A década de 1980 foi marcada por dois acontecimentos que contribuíram para a mudança desse panorama. O primeiro foi a desregulamentação no mercado de empresas aéreas que, ao estimular a competição no setor e eliminar reservas de mercado, forçou as empresas a aumentar a eficiência de suas operações, o que incluía a negociação com operadores aeroportuários visando diminuir as tarifas e aumentar a qualidade do serviço (Barrett, 2000; Starkie, 2010). Além disso, a diminuição significativa dos preços que acompanhou a desregulamentação levou a um forte crescimento da demanda, o que exigiu um aumento de oferta do setor aeroportuário em uma velocidade que, em muitos casos, mostrava-se incompatível com a capacidade de investimento do setor público.

O segundo foi a realização, em 1987, da primeira privatização de aeroportos no mundo, com a venda conjunta de sete aeroportos britânicos durante o Governo Thatcher – três na região de Londres (Heathrow, Gatwick e Stansted), além de Glasgow, Edinburgh, Aberdeen e Prestwick⁴. Seguindo a tendência britânica, vários países – como, por exemplo, Austrália, Argentina, Chile e México - optaram, ao longo das últimas décadas, por privatizar seus principais aeroportos

No Brasil, o movimento de privatização teve início em meados de 2011. O primeiro aeroporto federal concedido à iniciativa privada foi o Aeroporto Internacional de São Gonçalo

⁴ Inicialmente, a BAA foi privatizada com os seguintes aeroportos: Heathrow, Gatwick, Stansted, Glasgow, Edinburgh, Aberdeen e Prestwick. Posteriormente, a empresa adquiriu o aeroporto de Southampton (1990) e desfez-se do aeroporto de Prestwick (1992).

do Amarante (ASGA)⁵, distante 40km de Natal, no Rio Grande do Norte, cujo leilão foi realizado em 22 de agosto de 2011⁶. Ainda em meados de 2011⁷, teve início o processo de concessão de três dos maiores aeroportos do país: o Aeroporto Internacional de Brasília/DF, o Aeroporto Internacional de Viracopos/SP e o Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, que foram submetidos a um leilão simultâneo em 06/02/2012. Finalmente, em novembro de 2013, foram concedidos o Aeroporto Internacional de Confins e o Aeroporto Internacional do Galeão. Isso significa que mais de 45% do tráfego aéreo de passageiros doméstico e quase 100% do tráfego aéreo de passageiros internacionais ocorre, atualmente, em aeroportos operados pela iniciativa privada.

A transferência de aeroportos ao redor do mundo para a operação privada trouxe consigo importante discussão a respeito da regulação desses ativos. Tradicionalmente considerados monopólios naturais, o receio de que aeroportos possam abusar de seu poder de mercado fez com que praticamente todas as privatizações fossem acompanhadas de algum tipo de regulação tarifária. Como destacam Viscusi *et al* (2005), a existência de monopólio natural é o argumento mais importante e amplamente aceito para a regulação econômica por parte do Estado.

Assim, em tese, pode-se dizer que a decisão por regular aeroportos vai ao encontro das recomendações da literatura em economia da regulação e da concorrência. Esta não é, contudo, omissa a respeito dos custos intrínsecos à atividade regulatória: se, por um lado, pode-se gerar aumento de bem-estar social ao se limitar o potencial de abuso de poder de mercado de uma firma monopolista, por outro, quanto mais intrusiva a regulação, maior o potencial de distorção dos incentivos da firma - o que tende a gerar perdas de bem-estar - e maior o custo associado à própria atividade regulatória.

Nesse sentido, vários autores⁸ têm argumentado que as privatizações de aeroportos ao redor do mundo não vêm atingindo parte dos objetivos esperados devido a distorção dos incentivos gerada por uma regulação excessivamente pesada (*heavy regulation*). Tem-se sugerido, conseqüentemente, que, por conta da evolução recente do setor aeroportuário (particularmente no que tange à competição intramodal e a importância das receitas comerciais,

⁵ Houve casos pouco conhecidos de transferência de pequenos aeroportos estaduais e municipais à iniciativa privada, como o aeroporto de Cabo Frio, no Rio de Janeiro, o de Fernando de Noronha, em Pernambuco, o de Porto Seguro, na Bahia, e o de Bonito, em Mato Grosso do Sul.

⁶ Tratou-se de um projeto *greenfield*, com vistas a substituir o aeroporto de Natal (Aeroporto Internacional Augusto Severo).

⁷ A inclusão desses aeroportos no Plano Nacional de Desestatização, que se pode considerar o marco inicial de um processo de concessão no Brasil, data de 21 de julho de 2011 (Decreto nº 7.531/2011).

⁸ Ver, por exemplo, Beesley (1999), Condie (2000), Forsyth (1997, 2003); Littlechild (2010), Starkie (2001, 2002, 2005) e Productivity Commission (2002).

como veremos a seguir), a regulação *ex ante* de aeroportos traria mais custos que benefícios, podendo ser substituída, em alguns casos, por formas mais leves de regulação ou, até mesmo, pela desregulação.

O presente artigo visa revisar a literatura recente em regulação e competição entre aeroportos e responder - ou indicar os caminhos para a resposta – para as seguintes perguntas: (1) Existe competição entre aeroportos? Se sim, em que condições? (2) Quais os modelos de regulação que têm sido utilizados nos países em que os aeroportos foram concedidos à iniciativa privada? A regulação pesada (*heavy regulation*) de aeroportos operados pela iniciativa privada é sempre necessária? (3) Qual a escolha realizada no Brasil? Em que justificativas ela foi amparada?

2. Revisão da Literatura

Sob o ponto de vista do regulador, uma das tarefas mais importantes é a determinação de quão intensa é a competição entre aeroportos no seu *core business*: processamento de voos e de passageiros. Se a competição inexistir ou for relativamente fraca, a demanda tanto das empresas aéreas quanto dos passageiros por cada aeroporto tenderá a ser mais inelástica e a regulação direta será recomendável como forma de evitar perdas de bem-estar resultantes da exploração do poder de mercado. Por outro lado, caso seja constatada a existência de um grau significativo de competição entre os agentes, a regulação direta pode ser desnecessária ou mesmo contraproducente. Nesse caso, a desregulação ou a adoção de modelos mais leves de regulação *ex post*⁹ devem ser consideradas alternativas factíveis pelo regulador. Sendo assim, iniciaremos nossa revisão buscando responder as seguintes questões: existe competição entre aeroportos? Se sim, em que condições?

2.1. A competição entre aeroportos

No âmbito da economia neoclássica, o fundamento para intervenção regulatória do Estado na economia (ou seja, para a atuação em sua função alocativa) encontra-se na existência das chamadas “falhas de mercado”, ou seja, na presença de características particulares em

⁹ Muitos autores entendem a desregulação do setor justamente como a adoção de uma regulação leve *ex post* (*light-handed regulation*). Conforme destacam Oum et al.: “*Besides ex-ante regulation (ROR, price-cap), there is also ex-post regulation (conduct regulation). It is important to point out that those economists who argue for deregulation usually have the former in mind and are not proposing that conduct regulation be abolished also*” (Oum et al., 2004:220).

determinados setores que impediriam o funcionamento eficiente do mercado livre. Conforme destaca Richard Musgrave, reconhecido representante da economia do setor público:

“O mecanismo de preço de mercado assegura uma alocação ótima de recursos desde que sejam satisfeitas certas condições. Estas são razoavelmente satisfeitas em vastas áreas da atividade econômica, de modo que o grosso da função de alocação pode ser deixado às forças do mercado. Nestas áreas, a política governamental não precisa preocupar-se com questões de alocação. Entretanto, há ocasiões em que as forças de mercado não conseguem assegurar resultados ótimos. Apresenta-se-nos, então, o problema de como a política do governo pode intervir, a fim de que haja uma alocação de recursos mais eficiente” (Musgrave, 1976).

Segundo Bator (1958), uma falha de mercado é “*the failure of a more or less idealized system of price-market institutions to sustain ‘desirable’ activities or to estop ‘undesirable’ activities*”. Em termos mais técnicos, uma falha de mercado ocorre quando uma das premissas do modelo de mercado perfeitamente competitivo¹⁰ não é atendida, o que tende a gerar uma alocação ineficiente de recursos pelo mercado livre. Uma das falhas mais comuns é a existência de poder de mercado, que, no seu extremo, manifesta-se na presença dos chamados “monopólios naturais”.

A visão de aeroportos como exemplos típicos de monopólios naturais era bastante comum no início do movimento de privatização de aeroportos na década de 1980. Beesley e Littlechild (1989) consideravam o setor aeroportuário como um daqueles como “menor potencial competitivo”. Essa percepção vem se alterando gradualmente. Vários trabalhos recentes defendem que, em determinados casos, a competição entre aeroportos pode ser significativa (ACI, 1999; Forsyth et al., 2010; Starkie, 2002; Tretheway e Kincaid, 2005)¹¹. Com base nesses trabalhos, pode-se identificar os seguintes nichos de competição aeroportuária: i) competição para servir um mercado local compartilhado; ii) competição por tráfego de conexão; iii) competição por tráfego de carga; iv) competição por destino; v) competição por contratos com empresas aéreas; vi) competição por serviços não aeronáuticos (lojas, praças de alimentação, etc.); e iv) competição com outros modais de transporte.

Dentre essas, a competição por um mercado local compartilhado é, sem dúvidas, a forma mais relevante. A premissa básica é que haja uma área de captação comum entre dois ou mais

¹⁰ Em uma série de trabalhos publicados nas décadas de 1950 e 1960, os economistas K. J. Arrow e G. Debreu formalizaram o conceito de mercado perfeitamente competitivo. Para mais informações, vide Arrow e Debreu (1954).

¹¹ Interessante notar que o próprio Littlechild parece ter mudado de opinião, o que pode ser visto, por exemplo, em Littlechild (2008), no qual o autor elogia a adoção de formas mais leves de regulação (regulação por monitoramento) para o setor aeroportuário.

aeroportos (Starkie, 2002). Ou seja, o fator mais importante para a determinação da existência dessa competição é a proximidade (Forsyth, 2006). Como a distância influencia tanto o tempo quanto o custo de acesso, sua importância varia segundo o passageiro. Viajantes de negócios tendem a dar mais valor ao tempo de acesso e, por consequência, para esses passageiros o potencial de substituição entre aeroportos tende a ser menor (menor elasticidade de substituição). Por outro lado, passageiros de lazer, por apresentarem maior elasticidade-preço da demanda, estão dispostos a aceitar mais tempo no trajeto ao aeroporto e, portanto, tendem a ser mais suscetíveis à competição entre aeroportos (*Productivity Commission*, 2002).

A literatura empírica sobre a influência de competição por mercado local compartilhado na determinação das tarifas aeroportuárias, em uma amostra com diversos aeroportos, é bastante restrita. Identificamos apenas três estudos que adotam essa abordagem: Dender (2007) Bel e Fageda (2010) e Bilotkach et al. (2010).

Dender (2007) buscou analisar empiricamente os determinantes da precificação em aeroportos americanos, adotando como variáveis explanatórias o grau de competição entre empresas aéreas, o status de *hub* de um aeroporto, o percentual de tráfego internacional, a competição entre aeroportos próximos e a existência de restrição na alocação de slots. O autor encontrou evidências de que as receitas de atividades aeronáuticas são menores na presença de competição entre aeroportos em uma mesma área geográfica, o que indica que a existência de competição entre aeroportos resulta em uma diminuição dos preços. Bel e Fageda (2010) também encontraram um impacto negativo e estatisticamente significativo da presença de competição entre aeroportos próximos na fixação das tarifas. Por outro lado, Bilotkach et al. (2010) não encontraram uma relação significativa entre a presença de competição e a determinação de tarifas nos aeroportos analisados.

Bel e Fageda (2010) aplicam um modelo de estimação de variáveis instrumentais a uma amostra de 100 aeroportos da União Europeia, Suíça e Noruega, com informações sobre o tráfego de passageiro em 2007. Os autores encontraram um impacto negativo e estatisticamente significativo da presença de competição entre aeroportos próximos na fixação das tarifas.

Bilotkach et al. (2010), por sua vez, utilizaram o método econométrico dados em painéis com efeitos fixos em uma amostra de 61 aeroportos europeus entre 1990-2007. Assim, enquanto Bel e Fageda (2010) analisam diferenças de precificação entre aeroportos com diferentes características, Bilotkach et al. (2010) focam nas variações intra-aeroportos ao longo do tempo. A metodologia distinta gerou resultados opostos: Bilotkach et al. (2010) não encontraram uma

relação significativa entre a presença de competição e a determinação de tarifas nos aeroportos analisados.

Deve-se ressaltar que analisar a competição entre aeroportos por mercado local compartilhado significa, em larga medida, avaliar a predisposição e capacidade dos passageiros de escolherem entre diferentes aeroportos localizados em uma mesma região. Não é sem razão, portanto, que a maioria das análises sobre o tema envolvam “estudos de caso” sobre um ou mais aeroportos localizados em uma determinada região. Para fins didáticos, podemos categorizar os estudos que adotam essa abordagem em dois tipos: modelos de competição espacial e modelos de escolha discreta.

2.1.1. A competição entre aeroportos – Modelos de Competição Espacial

Os modelos de competição espacial são geralmente baseados no conceito de “área de captação” (*catchment areas*). Esta pode ser definida, em termos simples, como a área geográfica que abrange os passageiros potenciais de um aeroporto. A análise de áreas de captação está diretamente associada à discussão sobre o mercado relevante geográfico dos aeroportos. Ainda que os dois termos não sejam necessariamente sinônimos¹², a análise de áreas de captação fornece uma indicação sobre os padrões de distribuição geográfica da demanda entre aeroportos localizados em uma mesma região. Na prática, dada a dificuldade de definição do mercado relevante geográfico, o que se observa é que as áreas de captação são geralmente utilizadas como uma “*proxy*” para a definição desse mercado (CAA, 2006; *Competition Commission*, 2009; Muller et al, 2010). Estas áreas, como veremos, podem ser definidas tanto em termos estritamente geográficos, quanto em termos de tempo ou custo de acesso a determinado aeroporto. O tamanho das áreas de captação, bem como a sobreposição entre elas, são considerados indicativos do grau e do potencial de competição entre aeroportos.

No tocante à definição do mercado relevante produto, a abordagem mais comum é defini-lo em termos de um mercado único de “serviços aeronáuticos” ou “transporte aéreo”, sendo o produto/serviço oferecido por cada aeroporto a “infraestrutura para pousos, decolagens e processamento de passageiros” (MMC, 1996; CAA, 2006; *Competition Commission*, 2009)¹³

¹² Vide CAA (2011:5).

¹³ A exceção é Muller et al (2010), que optaram por subdividir o mercado relevante sob o ponto de vista do produto em quatro mercados: i) provisão de infraestrutura para passageiros em voos de origem/destino, ii) para passageiros em voos de conexão, iii) para voos cargueiros e iv) para voos de instrução.

¹⁴. A inclusão de atividades não aeronáuticas (comerciais) no mercado relevante não é usual, uma vez que ela não afeta significativamente a demanda por serviços aeronáuticos, configurando, assim, um mercado à parte.

A abordagem de competição espacial é bastante utilizada por órgãos governamentais, principalmente autoridades de defesa da concorrência e agências reguladoras. Entre as mais recentes, destacam-se a análise da CAA (2006) e da *Competition Commission* (2009) acerca do poder de mercado de Stansted e dos aeroportos da BAA, respectivamente, e a de Muller et al (2010) sobre o poder de mercado do aeroporto de Schiphol, localizado em Amsterdã. Há, ainda, estudos conduzidos pela *Productivity Commission* (2002, 2006, 2011) australiana que, contudo, por utilizarem uma abordagem de análise de poder de mercado estritamente qualitativa, não serão analisadas nessa revisão. Destacam-se, por fim, algumas publicações com o viés teórico da CAA (2010, 2011) que, ao discutir as diferentes formas de se analisar a existência de competição aeroportuária, tratam das maneiras de se definir área de captação e mercado relevante no setor aeroportuário.

Em CAA (2006), o órgão regulador optou por endereçar a questão do poder de mercado do aeroporto de Stansted determinando as áreas de captação dos aeroportos de Heathrow, Gatwick, Stansted e Luton por meio da construção de isócronas ao redor de cada aeroporto. Uma isócrona pode ser definida para diferentes períodos de tempo. A área no seu interior determina as regiões a partir das quais é possível chegar em um aeroporto em determinado período de tempo. Essa determinação depende da disposição do passageiro a aceitar jornadas mais ou menos demoradas de acesso ao aeroporto, que pode ser determinada por meio de uma pesquisa de origem dos passageiros de cada aeroporto. Dessa forma, diferentes isócronas podem ser definidas para diferentes tipos de passageiros (negócios ou turismo, voo doméstico ou internacional, voo com mais ou menos de duas horas, entre outros). A CAA (2006) definiu dois tipos: duas horas de acesso para passageiros de lazer e uma hora de acesso para passageiros a

¹⁴ Em verdade, deve-se notar que a definição do mercado relevante no setor aeroportuário tem se dado de forma bastante genérica, tanto sob o ponto de vista do produto quanto geográfico. Ao discutir o caso do Aeroporto Internacional de Birmingham, por exemplo, a Comissão Europeia afirmou que “ (...) *for the purpose of the present case, the exact definition of the relevant product market for airport management and operation can be left open since the concentration will not lead to the creation or strengthening of a dominant position on any of the alternative markets considered. (...) from a competitive point of view in terms of dominance, the question of the exact geographic market can be left open as, in any of the alternative geographic markets, the concentration will not lead to the creation or strengthening of a dominant position which would significantly impede effective competition in the Community or in the EEA or any substantial part of that area.*” (EC, 1997:4). Já a *Competition Commission* britânica, na análise do potencial de competição entre aeroportos da BAA, afirmou que: “*As already noted, our guidelines state that market definition is not an end in itself. In the light of the factors outlined above, at this stage we see no advantage in defining rigid geographic markets for airports*” (Competition Commission, 2009:36). Muller et al (2010:66), por sua vez, afirmam que uma definição muito rígida do mercado relevante provavelmente “*mislead the assessment of market power*”.

negócios. As isócronas foram, então, traçadas em um mapa de forma a determinar as áreas de captação de cada aeroporto e as sobreposições existentes. Quanto maior a sobreposição, em tese, maior o potencial de competição entre aeroportos.

Essas isócronas foram, então, superpostas em um mapa com a distribuição histórica dos passageiros de cada aeroporto segundo sua origem, de forma a determinar se os períodos de tempo refletem ou não a realidade. Para os passageiros de lazer, as isócronas abrangeram de 80% a 90% dos passageiros de cada aeroporto, indicando alto grau de aderência. Já para os passageiros de negócios, as isócronas mostraram-se uma estimativa conservadora, principalmente para o aeroporto de Stansted, no qual parte significativa dos passageiros de negócios provinham de áreas situadas fora da isócrona (ou seja, tinham como ponto de partida localidades situadas a mais de 1 hora de distância do aeroporto).

A análise de isócronas feita em CAA (2006) foi um dos argumentos que levou CAA (2007) a propor a desregulação do aeroporto de Stansted. Isso porque, segundo essa análise, Stansted enfrentava pressões competitivas não somente de aeroportos de Londres, localizados a uma hora de distância (Heathrow, Gatwick, Luton e London City), como também de três outros aeroportos localizados a duas horas de distância (Birmingham, Coventry e East Midlands). Stansted não desfrutaria, assim, de significativo poder de mercado¹⁵. Logo, a regulação seria desnecessária¹⁶.

Em *Competition Commission* (2009), na análise de competição entre os aeroportos da BAA localizados na região de Londres (Gatwick, Stansted e Heathrow), o órgão de concorrência britânico adotou uma variação desse método. A Comissão dividiu a região de Londres em diferentes distritos e, então, definiu que determinado distrito encontrava-se na área de captação de um aeroporto se pelo menos 20% dos passageiros daquele distrito o utilizavam (nesse caso, o aeroporto tinha “presença significativa” no distrito). Em seguida, a Comissão considerou a proporção dos passageiros de cada aeroporto que se encontravam nos distritos onde havia sobreposição de áreas de captação com os demais aeroportos, de modo a determinar qual a proporção de passageiros de cada aeroporto estava submetida a algum grau de contestabilidade. A conclusão do estudo é que os aeroportos da BAA (Heathrow, Stansted e Gatwick) apresentavam potencial de competição entre si e, por essa razão, impôs-se à BAA a obrigação de venda dos aeroportos de Gatwick e Stansted.

¹⁵ Essa conclusão foi fortemente criticada por Frontier Economics (2007), com base em um modelo de escolha discreta, como veremos a seguir.

¹⁶ A desregulamentação proposta foi feita a título de recomendação ao Secretário de Estado que, contudo, não a acatou. Na prática, o aeroporto de Stansted não deixou de ser regulado.

Interessante notar como a variação da metodologia de definição das áreas de captação levou a CAA (2007:136) e a *Competition Commission* (2009:18) a conclusões distintas, por exemplo, com relação à definição do mercado relevante geográfico de Stansted. Enquanto a última definiu os aeroportos de Londres (Heathrow, Gatwick, Stansted, Luton e London City), de Southampton e Bournemouth como um único mercado, a primeira adotou uma definição ainda mais ampla, que engloba também os aeroportos de East Midlands, Birmingham e Bristol, localizados a duas horas do aeroporto. Essa diferença levou a conclusões discrepantes com relação ao poder de mercado de Stansted: para CAA (2007), o poder de mercado é limitado; para *Competition Commission* (2009), significativo.

Em Muller et al (2010), os autores têm como objetivo analisar o poder de mercado do Aeroporto de Schiphol, em Amsterdã. Para isso, inicialmente, definiu-se o mercado relevante geográfico do aeroporto por meio da demarcação de sua área de captação com auxílio de isócronas. Os autores dividem o mercado relevante produto em quatro mercados (origem-destino, conexão, carga e voos de instrução). Focaremos nossa atenção no primeiro e mais importante deles. Para passageiros origem-destino, as isócronas foram traçadas tendo por base a distância de 100 quilômetros e 1 hora de viagem para os voos de curta distância e 300 quilômetros para voos de longa distância (internacionais). Dentro da área de captação de Schiphol, foram localizados 9 aeroportos (Brussels, Dusseldorf, Eindhoven, Enschede, Rotterdam, Groningen, Maastricht, Charleroi e Weeze). Schiphol é de longe o maior deles, tendo operado, em 2008, 47 milhões de passageiros, quase três vezes o total operado pelo segundo e terceiro lugares da lista (Brussels e Dusseldorf, que operaram aproximadamente 18 milhões). Os demais operaram menos de 5 milhões de passageiros. Além disso, em uma comparação dos destinos servidos por cada aeroporto, os autores concluem que a exposição do aeroporto de Schiphol em relação aos demais é baixa e alterou muito pouco com o passar dos anos. A título de exemplo, Schiphol operou um número muito superior de destinos, 231, comparado com o segundo maior, Brussels, que operou 169. Assim, apesar da definição da área de captação indicar grande potencial competitivo, na prática, constatou-se que o potencial de competição é bastante limitado e, conseqüentemente, que o aeroporto de Schiphol detém um alto grau de poder de mercado¹⁷.

No tocante aos trabalhos acadêmicos sobre competição espacial entre aeroportos, um dos mais conhecidos é Starkie (2010). Nesse trabalho, o autor parte da definição de área de

¹⁷ Para chegar a essa conclusão, os autores realizam, ainda, uma análise do custo de mudança das empresas aéreas (considerado muito elevado) e da competição intermodal (que consideram fraca), cujo escopo foge à análise desse trabalho. Além disso, os autores realizam uma análise de perda crítica, que avaliaremos na seção seguinte.

captação em CAA (2006) – tempo de acesso de duas horas para passageiros de lazer e entre uma hora e uma hora e meia para passageiros de negócios – para analisar o potencial de competição de 21 aeroportos britânicos com movimentação superior a 400 mil passageiros por ano em 2005/6. O autor encontrou apenas 1 aeroporto (Norwich) que ficava a mais de 2 horas de qualquer outro aeroporto e, como tal, não apresentava nenhum potencial de competição. Todos os demais ficavam a menos de 1 hora e meia de pelo menos um outro aeroporto, o que, na visão do autor, sugere um potencial de substituição¹⁸.

Outros trabalhos dignos de nota no campo da competição espacial foram Strobach (2010), Malina (2010) e Hancioglu (2008)¹⁹.

Embora Niemeier e Frohlich (2011) enxerguem grande potencial de utilização de modelos de economia espacial para analisar a competição entre aeroportos, não nos parece que esses modelos possam ir muito além do que já foram, ou seja, indicar a provável existência de potencial de competição entre aeroportos com alguma área de captação em comum, sem conseguir, no entanto, abordar diretamente a real existência de competição. Os resultados desses modelos devem ser vistos com bastante cautela, uma vez que, por sempre partirem de premissas relativamente arbitrárias para a definição das áreas de captação, eles pouco dizem sobre se, de fato, os passageiros enxergam os aeroportos analisados como bens substitutos. Por

¹⁸ Starkie (2010) identifica, ainda, como um dos principais tipos de competição entre aeroportos o que intitula “competição por contratos”. Segundo o autor, no período pós-liberalização do mercado europeu de transporte aéreo, um novo e inesperado tipo de competição surgiu entre os aeroportos do continente: a competição para atração de empresas de baixo custo (*Low Cost Carriers* - LCC). Esse movimento, por um lado, aumentou a concorrência entre aeroportos e, por outro, aumentou o poder de barganha das empresas aéreas. O principal instrumento de manifestação dessa competição foi a assinatura de contratos de longo prazo entre aeroportos e LCCs. Esses contratos vão muito além de um simples acordo de preços: regulam também a qualidade dos serviços prestados (por exemplo, tempo máximo de espera em filas ou tempo mínimo de turnaround), a divisão dos custos de marketing ou ainda compromissos detalhados de investimentos futuros pelo aeroporto. Segundo Starkie, as tarifas acertadas pelas empresas aéreas nesses contratos são, em média, muito inferiores às tarifas regularmente cobradas pelos aeroportos, o que demonstraria um aumento significativo do poder de barganha das empresas aéreas em relação aos aeroportos, que antes se pensava serem “monopolistas naturais”.

¹⁹ Em Strobach (2010), o autor construiu uma espécie de índice de competição espacial entre aeroportos alemães usando uma série de variáveis (acesso ao aeroporto, frequência dos voos, tarifas, impostos incidentes sobre a tarifa, experiência com o aeroporto, tipo de aeronave, tamanho de aeronave e atrasos/pontualidade). Com base nesse índice, o autor conclui que aproximadamente metade dos 35 aeroportos analisados enfrentam algum grau de competição de outros aeroportos (entre eles Dusseldorf e Cologne/Bonn) e metade não (entre eles, Berlim, Frankfurt e Stuttgart). Malina (2010), por sua vez, sugeriu a adoção de um “coeficiente de substituição” entre aeroportos calculado com base na proporção de habitantes da área de captação de um aeroporto que consideram outro como bom substituto, definida segundo o tempo de acesso. Quanto maior o valor do coeficiente, mais efetiva a competição. Segundo os cálculos do autor, na mesma amostra de 35 aeroportos alemães, 15 deles operam em um contexto no qual a competição intramodal é significativa. Nesses aeroportos, para Malina, a regulação econômica é supérflua, devendo ser abandonada. Hancioglu (2008) aplica o coeficiente de Malina para analisar a competição entre os aeroportos de Dusseldorf e Colonia/Bonn e conclui que ambos tem uma área de captação relevante em comum e um alto coeficiente de substituição, o que o leva a recomendar a desregulação do aeroporto de Colonia/Bonn. Já para o aeroporto de Dusseldorf, o autor afirma não estar seguro sobre se a regulação é desnecessária, uma vez que o perfil de empresas aéreas/tráfego do aeroporto – empresas tradicionais e voos internacionais – indica uma demanda mais inelástica.

esse motivo, acreditamos ser fundamental que esse tipo de estudo seja complementado por uma análise sobre a predisposição real dos passageiros de substituírem um aeroporto por outro, o que pode ser feito, como veremos, por meio de modelos de escolha discreta.

Deve-se notar, entretanto, que a principal fraqueza dos modelos de competição espacial pode se tornar uma vantagem quando analisamos a competição entre aeroportos em um contexto de mudanças regulatórias e/ou institucionais. No caso brasileiro, por exemplo, se tomarmos dados anteriores à 2011 (antes da concessão para a iniciativa privada), um modelo de escolha discreta pode apontar para a inexistência de competição. Contudo, essa inexistência é, de certa forma, natural, tendo em vista que os grandes aeroportos do país eram operados por uma única empresa pública: a Infraero. Logo, afirmar que a competição entre, por exemplo, os três principais aeroportos da região metropolitana de São Paulo, inexistente, com base em dados anteriores à privatização diz pouco a respeito do cenário pós-privatização. Nesse caso, o ideal é que um modelo de escolha discreta seja complementado por um modelo de competição espacial, de forma a permitir ao analista ao menos especular sobre a possibilidade de desenvolvimento futuro de um ambiente competitivo.

2.1.2. A competição entre aeroportos – Modelos de Escolha Discreta

Os modelos de escolha discreta baseiam-se na teoria microeconômica para analisar o comportamento de indivíduos maximizadores de utilidade. Especificamente aplicados ao setor aeroportuário, esses modelos buscam estimar o efeito marginal de diferentes variáveis (tempo/custo de acesso, frequência dos voos, preço da passagem, entre outros) na probabilidade média de escolha por um indivíduo de um determinado aeroporto em uma região com múltiplas opções. Busca-se, em outras palavras, avaliar a probabilidade de que passageiro escolha o aeroporto A, B ou C, dada as diferentes variáveis incluídas no modelo (ex. distância, preço, frequência de voos, etc.)

Dentre os modelos de escolha discreta aplicados ao setor aeroportuário, destacam-se os estudos na área da Baía de São Francisco (Pels et al., 2003; Basar e Bhat, 2004; Ishii et. Al, 2009), na região de Londres (Hess e Polak, 2006; Frontier Economics, 2007), na China (Loo, 2008; Jiang-Tao, 2008), na região de Roma/Nápoles na Itália (De Luca, 2012) e na própria região metropolitana de São Paulo (Moreno, 2002).

Pels et al. (2003) utilizaram um modelo logit aninhado para modelar a escolha conjunta da companhia aérea e do aeroporto na região da Baía de São Francisco, servida pelos aeroportos San Francisco International, Oakland International e San Jose Norman Mineta. Ao analisar as

variáveis tarifa, frequência, tempo e custo de acesso ao aeroporto, os autores concluíram que o tempo de acesso ao aeroporto é a variável explicativa mais relevante. Custo de acesso e tarifas apresentaram importância relativamente pequenas. Ishii et al (2009), por sua vez, incluíram a companhia aérea como variável explicativa em um modelo logit condicional ponderado. Os autores modelaram a escolha de dois grupos de passageiros conforme o propósito da viagem: negócios ou lazer. Para ambos, Ishii et al (2009) apontaram como variáveis mais relevantes o tempo de acesso ao aeroporto e de espera no aeroporto, frequência dos voos, disponibilidade de combinações aeroporto-empresa aérea e a possibilidade de chegar cedo no destino. O modelo logit multinomial de Basar e Bhat (2004) reforça as variáveis tempo de acesso e frequência disponível dos voos como mais importantes na escolha do aeroporto na região da Baía de São Francisco. Esses resultados apontam para um grau relevante de poder de mercado dos aeroportos nas suas respectivas áreas de influência. O aumento da competitividade do mercado, nesse caso, depende do desenvolvimento de modais de acesso mais rápidos para cada aeroporto (uma regulação focada na promoção da competição buscaria formas de melhorar esse acesso).

Hess e Polak (2006), por sua vez, utilizam dados coletados na região metropolitana de Londres em 1996 para estimar os fatores relevantes na escolha aeroportuária na região com múltiplos aeroportos que, segundo os autores, é a mais competitiva do mundo. Para isso, fizeram uso de três diferentes modelos de escolha discreta – logit multinomial, logit aninhado e logit aninhado cruzado – e concluíram, em linha com estudos anteriores, que o tempo de acesso é a variável mais importante para a escolha aeroportuária, sendo que a frequência, o custo de acesso e o tempo de voo também são variáveis significantes, mas menos relevantes. Os autores não encontraram efeitos significativos para a preço da passagem e para os programas de fidelidade de companhias aéreas.

Em Frontier Economics (2007), consultoria contratada pela empresa easyJet, utiliza-se de um modelo de escolha discreta para refutar as conclusões de CAA (2006, 2007) a respeito do poder de mercado do aeroporto de Stansted. O trabalho possui uma característica bastante singular em relação aos outros analisados: a consultoria teve acesso aos dados de todas as passagens adquiridas em Londres junto à easyJet entre setembro de 2006 e agosto de 2007, o que lhe permitiu construir uma base de dados com 6,2 milhões de observações (3,2 milhões após um processo de tratamento dos dados). Os autores, então, utilizam um modelo logit multinomial para analisar a escolha aeroportuária de passageiros que voaram para um dos 13 destinos para os quais a easyJet oferecia voos por dois ou mais aeroportos localizados na região de Londres (Stansted, Luton, Gatwick e East Midlands eram os aeroportos atendidos pela

empresa). O modelo utilizou como variáveis independentes o preço da passagem e o tempo de acesso e como variáveis de controle o número de voos contidos na reserva (ex. ida ou ida e volta), a hora pico (variável binária para determinar se a partida se daria no horário de pico ou fora dele) e a duração da estadia (número de dias entre a ida e a volta). A conclusão dos autores é que o tempo de acesso é a variável mais importante, com elasticidade variando entre -1,2% e -4,9% (a maioria das rotas estão na parte alta do intervalo). Trata-se de resultado muito significativo, indicando que a probabilidade de escolha de determinado aeroporto por um passageiro decai rapidamente com o aumento do tempo de acesso. Os autores calcularam, ainda, a razão entre as elasticidades preço e as elasticidades distância²⁰ como forma de indicar em que medida uma diminuição do preço poderia compensar um aumento da distância. Os valores situaram-se entre 0,32 e 2,11. Logo, um aumento da distância de 1% poderia ser compensado por uma queda no preço entre 0,32% e 2,11%. Assim, a análise sugere que mesmo com significativas sobreposições nas áreas de captação do aeroporto de Stansted e de outros aeroportos, a probabilidade de que um passageiro opte por um aeroporto mais distante de sua casa é reduzida e a capacidade de reduções na tarifa compensarem aumentos na distância também, o que contribui para aumentar significativamente o poder de mercado do aeroporto.

Loo (2008) realizou sua análise em uma região na China conhecida como HK-PRD, composta pelos seguintes aeroportos: Aeroporto Internacional de Hong Kong, Aeroporto Internacional de Guangzhou, Aeroporto Internacional de Shenzhen, Aeroporto Internacional de Zhuhai e Aeroporto Internacional de Macau. O autor realizou sua pesquisa tomando por base passageiros que partiam de Hong Kong para 10 diferentes destinos, 4 de curta distância (Pequim, Xangai, Xiamen e Xian), 3 de média distância (Cingapura, Sidney e Tóquio) e 3 de longa distância (Londres, Nova York e São Francisco). Para isso, fez uso da técnica de preferência declarada – ao contrário dos modelos anteriores, baseados em preferências reveladas – e de um modelo logit multinomial. Segundo esse estudo, não somente tempo de acesso e frequência dos voos são variáveis relevantes, mas também o preço da passagem²¹ e o número de companhias aéreas em cada aeroporto. Por outro lado, o número de modos de acesso, o custo de acesso, a área comercial do aeroporto e o tempo de fila de *check in* não se mostraram variáveis estatisticamente relevantes.

²⁰ Os valores da elasticidade-preço de cada rota não foram revelados no relatório público por se tratarem de informações comerciais relevantes para a empresa.

²¹ O preço, apesar de estatisticamente significativo, apresentou coeficiente muito próximo de zero, mostrando-se tratar de variável pouco relevante.

Jiang-Tao (2008), por sua vez, lançou mão de um modelo logit aninhado para avaliar a escolha dos passageiros entre aeroportos situados na região de Shanghai. As variáveis estatisticamente significantes encontradas pelo autor foram a experiência pretérita com o aeroporto, o tempo de acesso, o preço da passagem, o custo de acesso, e a frequência dos voos, sendo as duas primeiras as mais importantes. O modelo demonstra, ainda, que passageiros que viajam a negócios e a lazer possuem diferentes elasticidades para cada variável: passageiros a negócios possuem uma maior elasticidade-tempo de acesso que passageiros a lazer, enquanto esses possuem maior elasticidade-preço. Os estudos de Loo (2008) e Jiang-Tao (2008) foram os únicos que encontramos feitos em um país em desenvolvimento e que consideram o preço da passagem em seus modelos. Em ambos os casos, a tarifa mostrou estatisticamente significativa, o que pode indicar maior elasticidade-preço da demanda desses mercados em relação a mercados mais desenvolvidos.

Já De Luca (2012) estimou diferentes modelos de escolha discreta – logit multinomial, logit hierárquico e logit multinomial misto – com base em dados colhidos por meio de uma pesquisa de preferência declarada com moradores da região da Campanha, sul da Itália (aeroportos Roma Fiumicino, Nápoles Capodichino e Roma Ciampino). O autor testou uma série de variáveis (tempo e distância de acesso, duração do voo, tarifa, frequência de voos, sexo, idade, entre outros) e, ao contrário dos estudos anteriores, conclui que apenas o tempo de acesso é significativo na escolha do aeroporto, sendo a frequência de voos e a tarifa fatores pouco importantes.

Por fim, destaca-se o estudo conduzido por Moreno (2002), único trabalho que encontramos sobre os determinantes da escolha aeroportuária no Brasil, especificamente na região metropolitana de São Paulo. No modelo do autor, há duas possibilidades de escolha: aeroporto de Congonhas e aeroporto de Guarulhos²². O autor estimou um modelo logit condicional baseado em pesquisa declarada com passageiros nos terminais. O modelo com maior significância adotou as seguintes variáveis: tempo de acesso, frequência de voos diretos e experiência com aeroporto. O fator mais relevante encontrado por Moreno foi a experiência pregressa, seguida do tempo de acesso e do número de frequências diretas. Ao contrário da

²² Nessa época, o aeroporto de Viracopos não movimentava quantidade significativa de passageiros, quando comparado com Congonhas e Guarulhos. Em 2003, enquanto o primeiro movimentava em torno de 600 mil passageiros por ano, os outros dois movimentavam 12 milhões e 11 milhões, respectivamente. (Fonte: Estatísticas da Infraero, disponível em: http://www.infraero.gov.br/images/stories/Estatistica/2003/dezembro_-_2003.pdf). Acessado em 14/10/2015.

maioria dos estudos recentes, o autor não analisou o preço da passagem como variável explicativa.

2.1.3. A competição entre aeroportos – Análise de Perda Crítica

As informações geradas por meio de modelos de competição espacial e de escolha discreta são, por vezes, utilizadas como insumos para a realização de uma análise de perda crítica (*critical loss analysis*). Essa análise consiste em estimar a perda de passageiros (ou receita) que tornaria um aumento de preços pequeno, porém significativo e não transitório (entre 5% e 10%), não lucrativo. Em seguida, por meio das elasticidades da demanda obtidas em modelos de escolha discreta (ou outro tipo de modelo), calcula-se a perda real de passageiros que o aeroporto tenderia a ter caso determinasse um aumento geral nas tarifas (CAA, 2011). Caso a perda real seja inferior à perda crítica, conclui-se que o aeroporto detém poder de mercado e, conseqüentemente, na ausência de regulação, os preços tenderiam a subir. Trata-se de uma variação do teste do monopolista hipotético usualmente aplicado por órgãos de defesa da concorrência. No caso, o teste é usado somente como uma referência conceitual, de forma a indicar se um aumento de preço hipotético seria lucrativo ou não para o aeroporto (Muller et al, 2010:44).

Esse tipo de análise, quando aplicada ao mercado aeroportuário, depende, geralmente, de algumas hipóteses simplificadoras. Entre elas, a que mais se destaca é a necessidade de supor alguma fórmula de repasse do aumento de tarifas do aeroporto para os passageiros pelas empresas aéreas. A hipótese mais comum é assumir um mercado competitivo entre empresas aéreas, de forma a que haja um repasse de 100% do aumento para os passageiros. Há, ainda, um complicador adicional, que será tratado mais detalhadamente na seção seguinte e que diz respeito ao fato de o aeroporto arrecadar parte significativa de suas receitas por meio de atividades não aeronáuticas.

Mueller et al. (2010) é um dos mais recentes estudos que complementam a análise da área de captação com uma análise de perda crítica. Busca-se, assim, identificar o grau de “insensibilidade” das reações dos consumidores a um hipotético aumento de 10% nas tarifas pelo aeroporto de Schiphol. Este arrecada, por meio da tarifa de embarque e da tarifa de segurança, uma média de 25 euros por passageiro de embarque. Um aumento de 10% nessas tarifas representa, portanto, um aumento de 2,5 euros. O preço médio de uma passagem de uma empresa de baixo custo no aeroporto (ex. easyJet) encontra-se na faixa de 60 euros (120 euros, considerando ida e volta). Caso haja um repasse integral do aumento da tarifa, isso significa

que o custo total de um voo ida e volta para o passageiro aumentou em aproximadamente 2%. Os autores, então, tomam por base uma elasticidade de -2 (que consideram uma estimativa bastante conservadora) e estimam que, no caso de um aumento de 10% das tarifas aeroportuárias, a demanda cairia 4%. Conclui-se, assim, que o aumento seria altamente lucrativo para o aeroporto. A análise de perda crítica reforçaria, assim, a conclusão de que o aeroporto possui poder de mercado significativo no nicho de mercado passageiros de origem-destino.

A análise de perda crítica conduzida por Mueller et al. (2010) é bastante simplificada, destacando-se uma limitação principal: os autores não consideraram as perdas em termos de receitas comerciais para o aeroporto quando a demanda caiu 4%. Dependendo da relevância dessas receitas em relação às receitas totais do aeroporto, a queda no número de passageiros pode tornar o aumento não lucrativo para o aeroporto (esse tema será melhor discutido na seção a seguir).

Uma análise mais completa de perda crítica foi desenvolvida por Frontier Economics (2011). Nesse trabalho, os autores avaliaram o poder de mercado dos aeroportos de Gatwick e Stansted analisando em quais circunstâncias um aumento de 10% das tarifas aeroportuárias seria lucrativo. Para isso, consideraram-se os tetos tarifários definidos para ambos aeroportos (que estão submetidos à regulação) como representativos dos níveis de preços eficientes²³. Para estimativa da perda crítica, os autores consideraram a perda em termos de receita aeronáutica média por passageiro e receita comercial média por passageiro e, assim como Mueller et al (2010), assumem que o aumento seria inteiramente repassado pelas empresas aéreas. Nesse caso, o aeroporto de Stansted deveria perder entre 1,1 e 1,3 milhão de passageiros para que o aumento de 10% não seja lucrativo e o aeroporto de Gatwick, entre 1,8 e 2,3 milhões. Os autores utilizam, então, o modelo de escolha multinomial construído pelo Departamento de Transporte do Reino Unido para estimar o impacto provável do aumento de 10% na escolha dos passageiros e concluem que, para o aeroporto de Stansted, a perda provável de passageiros situa-se entre 610 mil e 690 mil e, para Gatwick, entre 950 mil e 1,28 milhão. Como nos dois casos a diminuição esperada é inferior à perda crítica, os autores concluem que ambos os aeroportos possuem poder de mercado significativo.

²³ A justificativa adotada para essa abordagem é a extrema dificuldade de se determinar o preço eficiente de um aeroporto.

Ainda que seja um tema recorrentemente discutido na literatura teórica sobre o poder de mercado de aeroportos (CAA, 2011), as únicas análises recentes encontradas que buscaram estimar empiricamente o nível perda crítica de aeroportos foram as acima descritas.

2.1.4. A influência das receitas comerciais na decisão de precificação

Vimos que as receitas de um aeroporto advêm, normalmente, de duas fontes: receitas aeronáuticas e receitas não aeronáuticas ou comerciais. As receitas aeronáuticas visam remunerar os serviços de embarque de passageiros, de pouso e de permanência de aeronaves e de processamento de carga²⁴. Já as receitas não aeronáuticas remuneram diversos outros serviços oferecidos pelo aeroporto, tais como lojas franca (*duty free*), estacionamento, aluguéis, publicidade, hotéis, etc. Atualmente, para parte significativa dos grandes aeroportos mundiais, as receitas de atividades não aeronáuticas são superiores às receitas de atividades aeronáuticas (ACI, 2008; ATRS, 2011)²⁵.

Uma série de estudos abordaram esse fenômeno. Doganis (1992) mostra que, já no início da década de 1990, as receitas comerciais respondiam por 75% a 80% do total de receitas de aeroportos médios e grandes nos Estados Unidos. Jones et al (1993), por sua vez, encontraram um cenário semelhante na BAA: as receitas comerciais respondiam por aproximadamente 60% do total de receitas dos três aeroportos na região metropolitana de Londres (Heathrow, Gatwick e Stansted). Além disso, vários estudos buscaram demonstrar que as operações comerciais tendem a ser mais lucrativas que as operações aeronáuticas (Jones et al, 1993; Starkie, 2001; Forsyth, 2003).

Vimos, nas seções anteriores, uma série de trabalhos que analisaram a presença de competição entre aeroportos e, conseqüentemente, a existência ou não de poder de mercado. Contudo, vários autores defendem que, ainda que a competição entre aeroportos não seja intensa, o incentivo para o abuso do poder de mercado é atenuado devido à existência de complementariedade entre a demanda por serviços aeronáuticos e por serviços não aeronáuticos.

Os primeiros trabalhos nos quais encontramos o desenvolvimento desse argumento foram Beesley (1999) e Starkie (2001). Segundo esses autores, para aeroportos que lucram em ambos os mercados (aeronáutico e não aeronáutico), como a diminuição da demanda por

²⁴ No Brasil, conforme previsto na lei 6.009/73, há seis tipos de tarifas aeroportuárias: tarifa de embarque, tarifa de pouso, tarifa de permanência, tarifa de armazenagem, tarifa de capatazia e tarifa de conexão.

²⁵ Para uma discussão sobre a importância das receitas comerciais para aeroportos, ver Graham (2009).

serviços aeronáuticos, decorrente de um aumento do preço acima do preço eficiente, resultaria em uma diminuição também das receitas comerciais do aeroporto, os incentivos para a prática do preço monopolista seriam enfraquecidos. Esse raciocínio seria particularmente verdadeiro para o caso de aeroportos grandes e bem localizados, que podem atingir rendas locacionais bastante elevadas por meio da exploração das receitas comerciais (Forsyth, 2004b).

Assim, para um aeroporto maximizador de lucros com poder de mercado, a existência de complementariedade da demanda, aliada à presença de rendas locacionais, constituiriam importantes fatores que limitariam o incentivo para o exercício de poder de mercado. As receitas comerciais funcionariam como uma espécie de externalidade positiva, que, no caso de um aeroporto desregulado, seria internalizada por meio da redução das tarifas aeroportuárias (Bilotkach e Polk, 2012).

Vários trabalhos buscaram, por meio do desenvolvimento de modelos teóricos, testar essa hipótese - ou seja, demonstrar se, na presença de receitas comerciais, um aeroporto privado maximizador de lucros operando em um ambiente desregulado maximizaria o bem-estar social ou se os conflitos entre a maximização de lucros e do bem-estar permaneceriam por conta da existência de poder de mercado (Zhang e Zhang, 2003, Oum et al., 2004; Basso, 2008; Martín e Socorro, 2009; Czerny, 2013). A maioria desses estudos chega a uma conclusão semelhante: a presença de receitas comerciais em um aeroporto monopolista leva-o a cobrar uma tarifa que se situaria entre o preço eficiente e o preço de monopólio.

Oum et al.(2004), por exemplo, desenvolvem um modelo no qual buscam comparar os resultados em termos de precificação e de investimento em capacidade de aeroportos submetidos a dois regimes distintos de propriedade: i) propriedade pública com restrição orçamentária (aeroporto deve ser autossustentável); ii) propriedade privada desregulada. Uma das premissas dos autores é que as empresas aéreas podem repassar totalmente as tarifas aeroportuárias para os passageiros, ou seja, qualquer aumento na tarifa aeroportuária é totalmente refletido no preço das passagens. Nesse caso, a demanda pelo aeroporto é função da tarifa aeroportuária e de um “custo de atraso”, dependente do nível de capacidade do aeroporto. Com base nesse modelo, os autores demonstram que um aeroporto privado desregulado tende a cobrar um preço superior ao de um aeroporto público. Contudo, devido à presença da complementariedade das receitas comerciais, o termo de *mark-up* (dado pelo inverso da elasticidade da demanda e que reflete o poder de mercado do aeroporto) é amenizado por um termo de *mark-down* (dado pelos lucros comerciais por voo auferido pelo aeroporto). Isso significa que quanto maior a elasticidade da demanda do aeroporto (que é influenciada pelo

grau de competição do mercado no qual ele compete) e quanto mais significativos forem os lucros advindos da exploração de atividades não-aeronáuticas, menor o espaço para o exercício de poder de mercado²⁶.

Os modelos analisados possuem grandes limitações – por vezes explicitadas, por vezes implícitas. Entre as mais óbvias, evidenciada pelos autores, está o fato de os estudos considerarem que i) a atividade regulatória é isenta de custos e ii) que as informações necessárias para uma regulação eficiente estão à disposição do regulador. Incorporadas essas premissas à análise, a escolha será, como já afirmamos, entre uma regulação imperfeita e uma competição imperfeita.

Há, ainda, uma limitação adicional de cunho metodológico. A centralidade do conceito de concorrência perfeita na análise das falhas de mercado – como a existência de poder de mercado – tem, muitas vezes, por consequência um tipo de análise que Demsetz (1969) denominou de “abordagem do Nirvana”: a prática de buscar distorções no mundo real em relação a um modelo idealmente construído e, caso sejam encontradas, concluir que a intervenção do Estado – seja por meio da produção direta, seja por meio da regulação – seria necessariamente benéfica, sem analisar adequadamente os custos e distorções inerentes ao processo regulatório²⁷.

A leitura de trabalhos como Oum et al. (2004), Basso (2008) e Martín e Socorro (2009) evidencia, em certa medida, esse tipo de abordagem. Nesses estudos, compara-se os resultados em termos de bem-estar social de uma firma não regulada maximizadora de lucros com os de uma firma pública – com ou sem restrição orçamentária – maximizadora de bem-estar social. Uma das premissas mais importantes – porém jamais discutida e explicitada – é que essas duas firmas tomam suas decisões tendo por base as mesmas curvas de custos e de demanda e que ambas possuem o mesmo potencial de geração de receitas comerciais. Esse tipo de análise geralmente corrobora dois tipos de conclusões: que a operação pública direta é mais eficiente ou que a regulação pode levar a um resultado socialmente superior. Todos os autores são unânimes em aderir à segunda conclusão.

A título de crítica a essa abordagem, deve-se notar, primeiramente, que qualquer modelo teórico de um mercado de competição imperfeita que vise comparar os resultados, em termos de bem-estar social, de uma firma pública (ou privada regulada) e de uma firma privada

²⁶ Os estudos de Basso (2008), Martín e Socorro (2009) e Czerny (2013) são desenvolvimentos do modelo exposto por Oum et al (2004), com pequenas variações das premissas relacionadas, principalmente, à existência de poder de mercado por parte das empresas aéreas.

²⁷ Para uma análise mais detalhada sobre o argumento de Demsetz (1969), ver Resende (2012).

desregulada e que adote como premissas que i) ambas as firmas tomam sua decisão com base nas mesmas curvas de demanda e de custos e ii) a regulação é perfeita (não há custos nem problemas informacionais) inevitavelmente concluirá pelos resultados superiores da produção pública (ou da regulação), como fazem os autores²⁸. Não se pode perder de vista, entretanto, que essa conclusão decorre do fato de se considerar, por exemplo, que a privatização dos aeroportos em nada influencia sua curva de custos e seu potencial de geração de receitas comerciais ou que a regulação, além de não ter custos diretos, não interfere nos incentivos da firma regulada para reduzir custos ou para aumentar a geração de receitas comerciais.

Equívoco semelhante foi cometido, segundo Littlechild (2010), na análise dos setores industriais nacionalizados no Reino Unido na década 1970 e 1980, quando vários autores buscavam normas de precificação e investimento eficientes para as empresas públicas, quando, na verdade, os problemas mais fundamentais eram dinâmicos: essas indústrias eram ineficientes, custos eram excessivos e pouca atenção era dada à preferência dos consumidores. Nesse caso, não faz sentido tomar as curvas de custo e demanda como dados para se chegar a um preço eficiente; a privatização é recomendada, justamente, como uma forma de alterar essas curvas. Ignorar a influência da regulação na definição das curvas de receita e de custos das firmas reguladas leva, assim, a “abordagens do Nirvana”, no qual a regulação aparece, inevitavelmente, como a panaceia para os supostos males resultantes de qualquer desvio, ainda que pequeno, do modelo de competição perfeita.

Nesse sentido, as conclusões desses trabalhos devem ser vistas com bastante cautela. Sob o ponto de vista desse artigo, a conclusão realmente importante que acreditamos que se deve deduzir desses modelos é que a presença de receitas comerciais exerce influência positiva no sentido de limitar os incentivos ao exercício de poder de mercado em um aeroporto que opera em um ambiente de monopólio ou de competição imperfeita. Determinar a força desse incentivo é tarefa fundamental na avaliação do poder de mercado de aeroportos.

2.2. Regulação de Aeroportos

Assim como em outros setores, a experiência de diversos países com regulação de aeroportos é bastante diversificada (Graham, 2004; Marques e Brochado, 2008; Forsyth, 2008),

²⁸ Como as firmas, em um mercado de competição imperfeita, detém algum grau de poder de mercado, a tendência é que elas não se deparem com uma curva de demanda perfeitamente elástica e, conseqüentemente, o preço que maximiza seus lucros (custo marginal = receita marginal) deverá ser superior ao preço eficiente.

sendo a regulação por taxa de retorno e a regulação por tarifa teto as formas mais comuns de regulação de preços (Zhang e Zhang, 2003).

O modelo taxa de retorno (*rate of return* – ROR) é bastante criticado na literatura, principalmente, por conta de suas grandes exigências informacionais e por prover incentivos bastante fracos à eficiência e à inovação: como, em tese, toda redução de custo será transferida ao consumidor por uma redução correspondente nos preços, a firma não tem incentivos a buscar formas mais eficientes de operação^{29 30}.

Especificamente no setor aeroportuário, vários autores buscaram demonstrar a limitação do modelo ROR. Tretheway (2001), por exemplo, em análise preparada para o governo canadense, conclui que esse modelo é complexo, de pouca sensibilidade (*unresponsive*) e caro para administrar; Kunz e Niemeier (2000), ao analisar os efeitos do modelo ROR em aeroportos na Alemanha, afirmaram que a regulação resultou em uma alocação de recursos ineficiente; Oum et al (2004), por sua vez, em estudo empírico sobre o impacto das diferentes formas de regulação na eficiência de 60 aeroportos ao redor do mundo, concluíram que o modelo ROR leva ao “sobre-investimento” em capital (o que vai ao encontro do modelo Averch-Johnson) e a uma menor produtividade total dos fatores, o que é coerente com as críticas teóricas a esse modelo, dada a ausência de incentivos à eficiência produtiva desse tipo de regulação.

Apesar de todos esses problemas, a regulação por taxa de retorno é relativamente usual no setor aeroportuário, sendo utilizada, por exemplo, na Alemanha, Bélgica, Espanha, Finlândia, Holanda, Noruega, Portugal e República Tcheca (Reinhold et al, 2010). Os Estados Unidos, apesar de não regularem explicitamente cada aeroporto, determinam que os aeroportos que utilizam recursos do programa federal de investimentos em aeroportos (*Airport Improvement Program*) definam suas tarifas com base em custos históricos e que busquem a auto-sustentabilidade (Muller et al, 2010). Trata-se, assim, de um tipo de regulação baseada no custo do serviço.

Com vistas a superar parte dos problemas associados à regulação por taxa de retorno, em meados da década de 1980, o economista Stephen Littlechild propôs o sistema de regulação por tarifa teto (*price cap*) (Littlechild, 1983). O principal objetivo por trás desse modelo, segundo o autor, foi aumentar os incentivos das firmas reguladas à eficiência e à inovação.

²⁹ Na verdade, o *lag* regulatório oferece certo incentivo para redução de custos, uma vez que a firma pode se apropriar dos lucros dessa redução no período até a próxima revisão tarifária. Para mais sobre o *lag*, vide Viscusi et al. (2005: 432).

³⁰ Estudo já clássico na área da economia da regulação conduzido por Averch e Johnson (1962) demonstra como a regulação por taxa de retorno pode criar incentivos perversos à firma, levando à sobre-utilização do insumo capital e, conseqüentemente, a uma produção ineficiente (que ficou conhecido como efeito Averch-Johnson).

Embora seja considerado um avanço com relação ao modelo ROR, a regulação por tarifa-teto também apresenta uma série de limitações. Em primeiro lugar, sob o ponto de vista informacional, o desafio do regulador permanece elevado: para definir o Fator X (fator de produtividade), o regulador deve conhecer os níveis eficientes de operação e de custo de capital, além de projetar sua evolução ao longo do tempo. Além disso, a firma regulada tem incentivos a manter a qualidade de serviço em níveis mínimos (Helm e Thompson, 1991; Rovizzi e Thompson, 1992), uma vez que a redução de custos passa a ser um dos principais objetivos da empresa na sua busca por maximização de lucros. Esse mesmo problema se manifesta na forma de incentivo para o sub-investimento (a precificação do congestionamento pode ser mais lucrativa do que o investimento em aumento de capacidade). Isso tem levado vários reguladores a definirem níveis mínimos de qualidade e de investimento (o caso do Brasil, como veremos), o que implica superar – ou ignorar – grande barreira informacional: para defini-los, o regulador deve “descobrir” ou “supor” as preferências dos consumidores com relação aos níveis de qualidade e de conforto esperados (*trade-off* qualidade/investimento *versus* preço) (Littlechild, 2010)³¹.

Outro problema que se tem verificado com a aplicação prática do modelo por tarifa teto é que, por conta de pressões políticas e da própria sociedade, as revisões intermediárias têm levado a um aumento do Fator X sempre que se constata aumento nos lucros da firma, ou seja, quando se constata uma redução relevante nos seus custos (Forsyth, 2004a, 2008; Starkie, 2004; Stern, 2003). Contudo, para que o incentivo do modelo à eficiência/ inovação de fato se concretize, é necessário que a determinação do Fator X independa, de certa forma, da evolução real dos custos da firma.

O modelo de regulação por tarifa-teto é menos usual que o modelo por taxa de retorno, sendo adotado nos seguintes países: Áustria, Dinamarca, França, Hungria, Itália, Irlanda e Reino Unido (Reinhold et al, 2010). Além disso, como veremos, trata-se do modelo de regulação adotado pelo Brasil.

No início dos anos 2000, surge, ainda, uma terceira opção regulatória: a regulação por monitoramento (ou por ameaça). Após inicialmente adotar a regulação por tarifa-teto, o governo

³¹ No caso da regulação de qualidade brasileira, por exemplo, o regulador define “notas mínimas” a serem alcançadas em pesquisas de satisfação ou tempos máximos de espera em filas para determinar se o regulado atingiu ou não as metas de qualidade do contrato (o não atingimento implica em reduções no reajuste tarifário anual). Contudo, esses requisitos mínimos são definidos de forma discricionária pelo regulador e não necessariamente guardam relação com a predisposição dos consumidores a pagar por níveis maiores ou menores de qualidade. Vide Anexo 2 (Plano de Exploração Aeroportuária –PEA do Contrato de Concessão dos aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/gru-vcp-bsb/>. Acessado em 22/08/2013.

australiano, em um contexto de grandes dificuldades financeiras dos aeroportos privatizados decorrente da diminuição da demanda causada pelos atentados de 11/9 e da falência da segunda principal empresa aérea do país (a Ansett), decidiu por suspender a regulação tarifária de todos os aeroportos. A maioria deles foi definitivamente desregulada, enquanto sete (Adelaide, Brisbane, Canberra, Darwin, Melbourne, Perth e Sidney³²) foram submetidos a um mecanismo de regulação por monitoramento.

O principal motivador dessa decisão foi a percepção de que assimetrias de informação existentes no regime de regulação por tarifa teto estavam gerando um alto risco de falhas regulatórias: distorção das decisões de produção, desestímulo à inovação e desencorajamento de novos investimentos (Productivity Commission, 2011:XXI). Além disso, na visão da Comissão de Produtividade³³, o regime de regulação de preços encorajava o comportamento estratégico pelos agentes envolvidos, aumentava os custos de conformidade (*compliance costs*) e desestimulava negociações comerciais (Productivity Commission, 2011:XXV). A suspensão da regulação foi inicialmente determinada por cinco anos, sendo, desde então, reavaliada e prorrogada (Productivity Commission, 2002, 2006, 2011).

No regime de regulação por monitoramento, os aeroportos devem prover uma série de informações ao regulador, mas não há qualquer interferência direta nas decisões da firma. O monitoramento incide sobre os preços, os custos, os lucros e a qualidade do serviço. Em caso de suspeita de abuso de poder de mercado, o órgão regulador pode solicitar mais informações e, no limite, determinar a re-regulação (o que nunca se mostrou necessário). Dessa forma, o impacto do monitoramento é mais indireto, havendo uma espécie de dissuasão moral ao abuso do poder de mercado. Os aeroportos são, ainda, submetidos às leis gerais de concorrência do país (particularmente a Parte IIIA do *Trade Practices Act*, que regula o acesso a infraestrutura essencial). A expectativa é atingir objetivos semelhantes a outras formas de regulação – evitar o abuso do poder de mercado – de uma forma menos custosa e com menor distorção dos incentivos (Productivity Commission, 2002:XXXIII). O monitoramento permitiria o surgimento de acordos comerciais mais produtivos entre empresas aéreas e o aeroporto, enquanto provê

³² Posteriormente, a regulação de Canberra e Darwin foi também encerrada (Productivity Commission, 2006).

³³ A Comissão de Produtividade (*Productivity Commission*) é o órgão consultivo do governo australiano responsável pela revisão da política microeconômica e das políticas de regulação do país. Foi a instituição responsável por propor o fim da regulação de preço e por reavaliar em intervalos quinquenais os resultados do modelo. Interessante notar que a Comissão de Produtividade foi a inspiração para a recomendação feita em artigo recente de Lisboa e Latif (2013) de criação no Brasil de uma instituição “independente e bem-equipada” responsável pelo monitoramento de políticas públicas, como mostra a troca de correspondência dos autores com o economista Mansueto Almeida disponível em <http://mansueto.files.wordpress.com/2013/07/comentc3a1rios-marcos-lisboa1.pdf>. Acessado em 04/09/2013.

certa disciplina por meio da ameaça de reintrodução de uma regulação mais pesada (Productivity Commission, 2002:XVI).

Um argumento adicional utilizado pela Comissão foi que, por conta da baixa representatividade das tarifas aeroportuárias no preço total da passagem aérea (4% a 8%), caso a regulação mais permissiva levasse a um aumento dos preços das tarifas aeroportuárias, os impactos tenderiam a ser mais de natureza distributiva (das empresas aéreas e de outros usuários para o aeroporto) do que de natureza distorciva (gerando perdas de bem-estar geral) (Productivity Commission, 2011). Os equívocos do regulador teriam, assim, consequências diferentes nos dois regimes regulatórios: enquanto o erro em uma regulação mais intrusiva (que determine preços abaixo dos níveis eficientes) poderia desincentivar investimentos socialmente ótimos e gerar perda de bem-estar, o erro em uma regulação menos intrusiva (que permita preços acima dos níveis eficientes) não significaria grandes perdas de bem-estar, impactando, em larga medida, somente na distribuição dos recursos. Logo, na presença de incerteza, seria mais aconselhável errar sendo mais flexível do que mais inflexível.

Esse argumento é corroborado por Forsyth (2001a, 2008), segundo o qual, por conta da baixa elasticidade da demanda, há poucos ganhos potenciais de eficiência que poderiam ser alcançados por meio da regulação (que deveriam ser contrapostos aos seus custos, principalmente sob o ponto de vista da distorção dos incentivos). Assim, se aeroportos desregulados alcançarem uma performance superior ao dos regulados em termos de eficiência produtiva, mesmo com o exercício de algum grau de poder de mercado, poderia haver argumentos para não os submeter a um regime de regulação *ex ante* (o custo da regulação pode ser superior às potenciais perdas de bem-estar que existiriam na sua ausência).

No tocante à regulação de aeroportos, há, ainda, discussão adicional a respeito dos modelos *single till* ou *dual till*. Sua origem encontra-se no fato de que, ao contrário da maioria dos serviços de infraestrutura, as receitas aeroportuárias advêm não somente da prestação dos serviços aeronáuticos *strictu sensu* (pista de pouso/decolagem, processamento de passageiros, estacionamento de aeronaves, *handling*, *catering*, *fueling*, etc.), mas também de serviços comerciais (lojas, restaurantes, estacionamento, hotéis, etc.). O modelo de regulação mais comum, o *single till*, tem como principal característica a existência de um subsídio cruzado das atividades comerciais para as atividades aeronáuticas, já que na definição das tarifas o lucro da atividade comercial é considerado pelo regulador. Já na regulação por *dual till*, as atividades comerciais são desreguladas e qualquer aumento de eficiência na prestação dessas atividades não são capturados pelo regulador (caso brasileiro). Ainda que o modelo *single till* seja

atualmente predominante, uma série de estudos produzidos tanto por acadêmicos (Forsyth, 2001b; Starkie e Yarrow, 2000; Oum et al., 2004; Starkie, 2008) quanto por autoridades reguladoras e de defesa da concorrência (CAA, 2000; Productivity Commission, 2011) têm defendido o modelo de regulação *dual till*, principalmente no caso de aeroportos congestionados.

Assim como no caso da competição entre aeroportos, estudos empíricos que buscam avaliar os efeitos dos diferentes modelos regulatórios na determinação das tarifas aeroportuárias, em uma amostra com diversos aeroportos, limitam-se aos já mencionados Bel e Fageda (2010) e Bilotkach et al. (2010). Como vimos, Bel e Fageda (2010) aplicam um modelo de estimação de variáveis instrumentais a uma amostra de 100 aeroportos. No tocante à regulação, o modelo mais comum na amostra era a regulação por taxa de retorno com *single till*. Já regulação por tarifa teto com *single till* era adotada em Budapeste, Dublin, Gatwick (Londres), Heathrow (Londres), Manchester, Estocolmo, Stansted (Londres) e Viena, enquanto em Copenhague, Frankfurt, Hamburgo e Malta o modelo era o de tarifa teto com *dual till*. Uma das principais conclusões foi que nem o tipo de regulação (taxa de retorno ou tarifa teto) nem o escopo da regulação (*single till* ou *dual till*) mostraram-se fatores relevantes na determinação de tarifas. Uma possível explicação é que, como vimos, é comum que o regime de regulação por tarifa teto leve em consideração a evolução dos custos do aeroporto no momento de revisão das tarifas, de forma que não haveria, para as firmas, grandes diferenças entre os dois tipos de regulação. Sobre a ausência de diferença com relação ao escopo da regulação – o que é bastante contraintuitivo, uma vez que, no modelo *single till*, adota-se um esquema de subsídio cruzado entre as receitas aeronáuticas e as receitas comerciais e no *dual till*, não –, os autores não elaboraram nenhuma hipótese explicativa. O modelo demonstra, ainda, que a desregulação de aeroportos tem efeito positivo nas tarifas aeroportuárias: em aeroportos desregulados, as tarifas tendem a ser maiores.

Vimos, ainda, que Bilotkach et al. (2010) utilizaram um painel de dados com observações relativas a 61 aeroportos europeus entre 1990-2007. Com relação à regulação, a regressão foi estimada especificando as variáveis *price-cap* e *single till*. Quanto ao tipo de regulação, os autores não encontram significância estatística para o coeficiente da regulação por tarifa teto em nenhuma das seis regressões, o que indica que esse tipo de regulação não gera resultados diferentes de regulações baseadas em custo no tocante ao nível de tarifas. Essa conclusão vai de encontro aos resultados esperados por parte da teoria econômica, mas é coerente com Bel e Fageda (2010). No tocante ao escopo da regulação, o coeficiente do modelo

single till é significativa e negativo em todas as seis regressões, indicando que esse tipo de regulação, de fato, tende a diminuir o preço das tarifas. Quanto à desregulação, Bilotkach et al (2010), ao contrário de Bel e Fageda (2010), descobriram um efeito negativo nas tarifas cobradas: em aeroportos que foram desregulados, as tarifas tenderam a diminuir.

3. Opções Regulatórias Brasileiras

Graham (2011), em extensa revisão bibliográfica de trabalhos que tratam de privatização aeroportuária, apontou os três principais motivos alegados para justificar a transferência de aeroportos para a iniciativa privada: aumento da eficiência, aumento da qualidade e aumento dos investimentos. No caso brasileiro, esses objetivos foram buscados³⁴ em um contexto no qual se havia uma clara preocupação com o impacto da privatização nas tarifas aeroportuárias³⁵.

Nesse contexto, não é de se surpreender a adoção de uma regulação pesada (*heavy regulation*). O modelo escolhido para a regulação de preços foi o de tarifa-teto (*price cap*) com *dual till*, aliado à regulação de aspectos de qualidade (aproximadamente 15 métricas) e à exigência de investimentos (seja por meio de obras obrigatórias no curto prazo, seja por meio de gatilhos de investimentos)³⁶.

Como vimos, em geral, a opção por uma regulação pesada é embasada pela premissa – explícita ou implícita – de que aeroportos não operam em um ambiente suficientemente competitivo e que, portanto, na ausência de regulação, haverá abuso do poder de mercado. A experiência de desregulação de aeroportos na Austrália mostra que essa premissa não é necessariamente válida, sendo necessária uma avaliação caso a caso do ambiente no qual opera cada aeroporto.

³⁴ Entre eles, o mais importante foi o aumento de investimentos. A decisão de concessão foi claramente influenciada por McKinsey & Company (2010), que evidenciou que a capacidade dos grandes aeroportos do país já estava saturada, deixando claro os problemas relacionados à capacidade de investimento da Infraero. Segundo o estudo, os aeroportos de Viracopos, Guarulhos e Brasília eram aqueles com maior necessidade de investimento (não coincidentemente os aeroportos integrantes da primeira rodada de concessões). Ademais, a definição do marco de entrega do primeiro ciclo de obras dos aeroportos concedidos para um mês antes do início da Copa do Mundo de 2014 deixa claro o papel que a aceleração dos investimentos teve na decisão por conceder (Vide Anexo 2 dos Contratos de Concessão).

³⁵ A título de exemplo, destaca-se no site da Infraero uma seção de “Perguntas e Respostas” da Secretaria de Aviação Civil na qual se afirma explicitamente que “as tarifas serão mantidas na mesma estrutura e no mesmo valor, de forma que não haverá aumento de tarifas para os passageiros” (Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/index.php/es/prensa/noticias/4525-nota-da-sac-perguntas-e-respostas-sobre-o-processo-de-concessao.html> . Acessado em: 21/12/2015).

³⁶ Vide Anexo 2 (Plano de Exploração Aeroportuária -PEA) e Anexo 4 (Tarifas) do Contrato de Concessão dos aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/gru-vcp-bsb/>. Acessado em 15/08/2015.

Vimos, ainda, que a literatura econômica tem evidenciado vários problemas associados ao tipo de regulação adotado no país: i) o desincentivo ao investimento, mesmo quando socialmente ótimo; ii) o desincentivo ao aumento da qualidade; iii) as elevadas exigências informacionais necessárias ao desempenho eficiente da atividade regulatória; a iv) limitação à competição entre agentes econômicos nas situações nas quais ela seria factível; entre outros (Viscusi et al, 2005; Littlechild, 2010).

A esses problemas teóricos, usualmente associados a esse tipo de regulação, devem-se somar, no caso brasileiro, constrangimentos de ordem política e legal à precificação eficiente dos serviços nos aeroportos concedidos. Sob o ponto de vista político, a preocupação com a manutenção dos níveis tarifários fez com que a determinação das tarifas vigentes no início da concessão não fosse precedida de estudo sobre o preço eficiente dos serviços em cada aeroporto. A decisão foi por simplesmente tomar como base preços que vinham sendo cobrados até então, quando os ativos estavam sob propriedade pública³⁷. Sob o ponto de vista legal, as concessões foram realizadas, ainda, em um cenário de total rigidez com relação à estrutura de tarifas passíveis de serem cobradas pelo operador aeroportuário³⁸, limitando a liberdade das firmas de adotarem formas mais eficientes de precificação, por exemplo, *peak-load pricing* em estruturas congestionadas³⁹. Como destaca Starkie (2005:7), não existe regulação econômica eficiente se o produto regulado não é precificado eficientemente.

Conforme discutido em Resende (2012), a escolha por regular não pode ser considerada uma decorrência lógica da presença de uma falha de mercado. A regulação econômica para lidar com um problema de “competição imperfeita” é também um instrumento imperfeito. Por essa razão, a decisão por regular determinado setor, assim como por qual modelo de regulação adotar, deveria ser resultado de um processo analítico cuidadoso, no qual se acesse as vantagens e desvantagens de cada um dos caminhos possíveis, inclusive da não regulação ou da adoção de formas mais leves de regulação.

Mesmo em um contexto no qual a regulação seja a opção preferível, segundo Train (1991:315), a decisão do regulador não deve se resumir a uma escolha entre o processo de

³⁷ Na verdade, foi tomada uma única iniciativa para melhorar a estrutura tarifária do país: a criação da tarifa de conexão. A ausência da tarifa de conexão criava grandes distorções em aeroportos como o de Brasília, cujo tráfego de conexão respondia por, aproximadamente, 40% do total de tráfego do aeroporto. Nesse caso, na ausência de uma tarifa de conexão, quase a metade dos usuários do aeroporto nada pagava por sua utilização.

³⁸ Tanto os tipos de tarifas que podem ser cobradas quanto a forma de cobrança (por exemplo, se a tarifa de pouso será cobrada pelo peso da aeronave ou pelo número de passageiros) são determinadas, no país, por instrumentos legais (Lei 6.009/73 e Decreto 89.121/1983). Assim, o modelo brasileiro não confere qualquer grau de flexibilidade aos operadores de forma a permiti-los buscar estruturas mais eficientes de tarifação segundo as características de cada aeroporto.

³⁹ Ver, por exemplo, Starkie (2005).

mercado e a regulação direta, mas contemplar aspectos tanto de um quanto de outro⁴⁰. Para isso, a discussão sobre a presença de competição e, conseqüentemente, sobre o poder de mercado dos ativos a serem regulados é de fundamental importância. A conclusão desse tipo de análise é, certamente, um dos fatores mais influentes na decisão por adotar formas mais leves ou mais pesadas de regulação⁴¹.

A questão da competição entre aeroportos no Brasil foi enfrentada pelo Departamento de Regulação e Concorrência da Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (DERC/SAC) durante a segunda rodada de concessões, que envolveu os aeroportos de Confins e do Galeão. A discussão decorreu da limitação à propriedade cruzada existente nos Contratos de Concessão. Na prática, a cláusula de limitação significava que o vencedor de um dos dois aeroportos não poderia consagrar-se vencedor do outro e que os Concessionários dos Aeroportos de Brasília, Viracopos e Guarulhos, objeto da primeira rodada de concessão, não poderiam participar do processo de concessão dos Aeroportos de Confins e do Galeão. O estudo DERC(2013) foi realizado por provocação do Tribunal de Contas da União – TCU, que, no Acórdão N° 2466/2013 - TCU - Plenário, condicionou a publicação do Edital de Concessão à “inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (...) da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária”⁴².

Como lidava com um passado recente no qual esses aeroportos eram todos operados pela mesma empresa (Infraero), o estudo se propôs a analisar não a existência de competição, mas a possibilidade de surgimento de competição entre os cinco aeroportos, caso fossem operados por empresas distintas. O estudo concluiu pela “*evidente existência de potencial de competição entre eles, principalmente no que tange aos tráfegos de conexão (doméstico e internacional) e de carga (doméstica e internacional)*”. Além disso, o estudo levou em consideração argumentos relacionados à importância do *benchmarking* entre diferentes empresas para a construção de um modelo regulatório eficiente, particularmente em uma regulação *price cap*⁴³.

⁴⁰ Nas palavras de Train, “ (...) *our original questions regarding direct regulation versus reliance on market forces can be restated more meaningfully (...) What is the appropriate combination of practices? The answer to this, as to all questions of how to regulate in the real world, is different in different settings (...) By understanding the power and limitations of market forces – knowing when the power is most effective and when limitations come into play – this judgment can perhaps be improved*” (Train, 1991:315).

⁴¹ Como defende Littlechild (2010), na presença de competição, a regulação deve ser encarada não como uma forma de substituir o processo de mercado, mas de facilitá-lo.

⁴² Acórdão n° 2466/2013, disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>. Acessado em 8 de maio de 2016.

⁴³ Conforme DERC(2013), “*Dessa análise, ficou evidente que a atuação de grandes operadores aeroportuários privados distintos no país contribuiria para formação de referenciais de qualidade (benchmarking), até então*

A questão da concorrência entre aeroportos também já foi enfrentada, no Brasil, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, geralmente em casos envolvendo operações com empresas aéreas. Em um dos casos mais recentes, envolvendo a incorporação da totalidade das ações da Trip Linhas Aéreas pela Azul S.A., a Superintendência Geral do CADE⁴⁴ corroborou definição usual que já vem sendo adotada pelo Conselho no sentido de definir o mercado relevante, sob a ótica do produto, como *transporte aéreo regular de passageiros* e, sob a ótica geográfica, como *ponto de origem/ponto de destino*⁴⁵. No tocante especificamente à possibilidade de substituição entre aeroportos localizados na mesma cidade, o Conselho tem adotado posição no sentido de considerá-la baixa (o que, conseqüentemente, indicaria baixa competição entre aeroportos no transporte aéreo regular de passageiros, principalmente no caso de passageiros de negócios)⁴⁶.

Ainda que autoridades do setor e de defesa da concorrência no país já tenha se debruçado sobre a questão, preocupa o fato de, previamente à primeira rodada de concessões de aeroportos no Brasil, não se haver realizado análise profunda sobre a existência e o potencial de competição por mercado local na Região Metropolitana de São Paulo – onde o desenvolvimento de um ambiente competitivo é mais provável. A definição de um modelo de regulação sem que se leve em consideração esse aspecto fundamental do mercado aumenta, significativamente, a probabilidade de uma intervenção ineficiente do Estado na economia. Como demonstram Armstrong e Sappington (2006), em um contexto de privatização, tanto a regulação como a competição são fundamentais para a promoção do bem-estar social. Corre-se, assim, o risco de que a privatização de aeroportos no país não alcance parte dos objetivos almejados por conta da criação de um ambiente regulatório que não alinhe corretamente os interesses das firmas com os interesses da sociedade.

A recomendação de que a regulação de aeroportos seja precedida de uma análise caso a caso é relativamente comum na literatura do setor⁴⁷. Isso porque o efetivo exercício do poder

pouco expressivos no Brasil, melhorando a qualidade dos serviços prestados, incentivando o surgimento de inovações tecnológicas, operacionais, melhores práticas do setor, entre outros. Isso potencializaria o trabalho do órgão regulador, uma vez que permitiria que o próprio mercado encontrasse as soluções mais eficientes para seus problemas e dificuldades. Diminui-se, assim, as possibilidades de perda de bem-estar social”.

⁴⁴ Vide Parecer Técnico nº 257 – Superintendência Geral disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Parecer%20SG%2000000711911718.pdf>. Acessado em 8 de maio de 2016.

⁴⁵ Definição semelhante foi adotada em casos anteriores. Vide, por exemplo, ACs 08012.004855/2010-62 (TAM – Linhas Aéreas e US Airways Inc) e 08012.010260/2008/21 (Pluna Lineas Aereas Uruguayas S.A. e TAM – Linhas Aereas S.A.)

⁴⁶ A título de exemplo, vide análise a respeito da substitubilidade entre os aeroportos de Galeão e Snatos Dumont em: ACs 08012.003267/2007-14 (GTI S.A. e VRG Linhas Aéreas S.A.) e 08012.008378/2011-95 (VRG Linhas Aéreas S/A e Webjet Linhas Aéreas S/A).

⁴⁷ Starkie, 2002; Gillen, 2008; Gillen e Niemeier, 2008; Bel e Fageda, 2010; Malina, 2010; Bilotkach e Polk, 2012

de mercado por parte de um aeroporto depende de uma série fatores, entre eles a competição intramodal. Em linha com essa recomendação, a análise sobre o poder de mercado de aeroportos com vistas a subsidiar ajuste nos modelos de regulação é usual em diversos países. Exemplos recentes incluem o processo de revisão regulatória do aeroporto de Schiphol, em Amsterdã (Mueller et al., 2010), dos aeroportos na região de Londres (CAA, 2006, 2007; Competition Commission, 2009; Frontier Economics, 2007, 2011) e dos aeroportos australianos (Productivity Commission, 2002, 2006 e 2011; Forsyth, 2003).

Sob o ponto de vista do marco regulatório, deve-se considerar, ainda, que recentemente Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC/PR) regulamentou o instrumento da “autorização” como forma de outorga de aeroportos públicos. Até então, nenhum empresário poderia construir e operar um aeroporto público no Brasil por sua conta e risco: somente era permitida a construção de aeroportos exclusivamente privados, para os quais, conforme o art. 28 do Código Brasileiro de Aeronáutica, é proibida a exploração comercial. Havia, assim, uma barreira à entrada intransponível no mercado aeroportuário nacional imposta pelo próprio Estado. Esse cenário começou a mudar com a publicação do Decreto 7.871, de 21 de dezembro de 2012. Pouco mais de três anos depois, a Secretaria de Aviação Civil já recebeu vinte pedidos de autorização de novos aeroportos, sendo seis deles no estado de São Paulo⁴⁸.

O Decreto 7.871/2012, contudo, limitou os aeroportos autorizados à exploração de serviços aéreos privados, de serviços aéreos especializados e de táxi-aéreo (popularmente conhecidos como “aviação executiva”), mantendo a barreira à entrada no mercado de transporte regular de passageiros. Contudo, caso haja potencial de competição entre aeroportos na Região de São Paulo, a liberalização do mercado, ao aumentar sua contestabilidade, pode se tornar a política mais adequada. Nesse caso, a principal tarefa do regulador passa a ser, ao invés de tentar mimetizar os resultados do processo competitivo por meio da regulação, estimular a criação de um ambiente competitivo entre aeroportos que possa, no limite, tornar a regulação desnecessária no futuro⁴⁹.

⁴⁸ Vide: <http://www.aviacao.gov.br/aceso-a-informacao/outorgas/projetos-em-andamento>. Acessado em 30/11/2015.

⁴⁹ Conforme Littlechild (1983), “*Competition is indisputably the most effective means – perhaps ultimately the only effective means – of protecting consumers against monopoly power. Regulation is essentially a means of preventing the worst excesses of monopoly; it is not a substitute for competition. It is a means of ‘holding the fort’ until competition arrives. Consequently, the main focus of attention has to be on securing the most promising conditions for competition to emerge, and protecting competition from abuse. It is important to ensure that regulation in general, and the profit control scheme for British Telecommunications in particular, do not prejudice the achievement of this overall strategy*”.

O mercado aeroportuário brasileiro passou, assim, por duas grandes reformas regulatórias recentemente, com a concessão de aeroportos à iniciativa privada e a regulamentação do instituto da autorização. Ambos os movimentos tiveram como norte a “desestatização” da operação de aeroportos no país, após quase quatro décadas de monopólio público⁵⁰. A competição entre aeroportos, até então uma possibilidade meramente teórica, dado o caráter monopolista do mercado, torna-se uma realidade factível, particularmente em São Paulo, maior mercado de transporte aéreo do Brasil. Por se tratarem de movimentos relativamente recentes, não se encontrava disponível na literatura nacional nenhuma revisão da literatura sobre regulação e competição entre aeroportos que pudesse informar adequadamente o aperfeiçoamento do modelo regulatório brasileiro - lacuna que esse artigo pretendeu suprir.

4. Conclusão

Voltando às perguntas inicialmente estabelecidas para esse estudo, vemos que, com base na experiência internacional, a regulação pesada de aeroportos privatizados não é sempre necessária, mas depende de uma análise do ambiente competitivo no qual cada agente opera. A avaliação da competição entre aeroportos pode ser endereçada por meio de três exercícios empíricos complementares: i) o desenvolvimento de um modelo de escolha discreta com o objetivo de analisar a escolha aeroportuária dos passageiros; ii) a elaboração de isócronas ao redor de cada aeroporto, de forma a se indicar o potencial de competição futuro para cada tipo de passageiro (turismo e negócios); iii) a análise de perda crítica com base nos resultados obtidos nos exercícios anteriores. Como destaca CAA (2011:3), nenhuma técnica por si só é capaz de prover evidência definitiva sobre a intensidade da competição entre aeroportos em uma determinada região, razão pela qual a utilização de técnicas complementares parece-nos a abordagem mais recomendável.

Para se analisar o tipo de competição vigente e, conseqüentemente, o grau de poder de mercado de aeroportos localizados em determinada região, é fundamental analisar, ainda, as características da demanda dessa localidade. Conforme a Competition Commission (2009) e Muller et al (2010), a abordagem mais indicada é não definir de forma exata o mercado relevante geográfico, adotando apenas uma “indicação geral”. Sob o ponto de vista do mercado

⁵⁰ A Infraero, empresa pública federal responsável pela administração dos principais aeroportos do país, foi fundada em 1972 e, até 2011, operava 66 aeroportos, que respondiam por, aproximadamente, 97% dos movimentos do transporte aéreo regular do Brasil. Vide http://www.infraero.gov.br/images/stories/Infraero/Contas/Relatorios/relatorio_anual2011.pdf. Acessado em 10/08/2015.

relevante produto, em geral, engloba-se os serviços oferecidos pelo aeroporto e define-se o mercado como “transporte aéreo (doméstico e internacional) de passageiros”, no qual os aeroportos oferecem um único produto: infraestrutura aeroportuária para passageiros de embarque (doméstico ou internacional). A competição por tráfego de conexão e por tráfego de carga, em geral, são avaliadas por meio de pesquisas com usuários de aeroportos.

Caso se opte por um modelo de regulação pesada (*heavy regulation*), o modelo mais indicado pelos estudos revisados é o de tarifa teto com *dual till*. Embora esse modelo possua uma série de problemas, apontados ao longo deste artigo, é o método de regulação pesada que melhor tem alinhado a contenção do abuso de poder de mercado com os incentivos relativos à redução de custos, à eficiência na operação e à inovação.

Algumas experiências ao redor do mundo, particularmente na Austrália, têm indicado, contudo, que a regulação pesada não é sempre necessária. Desenvolveu-se nesse país um modelo de “regulação por monitoramento” (ou regulação por ameaça) que tem se mostrado eficiente, particularmente em aeroportos que operam em um ambiente relativamente competitivo e nos quais as receitas comerciais apresentam grande representatividade com relação à receita total. Esse método de regulação leve (*light-handed regulation*) tem claras vantagens em relação aos demais, por apresentar menores custos regulatórios, menor distorção dos incentivos e maior estímulo à eficiência produtiva.

No caso dos aeroportos recentemente concedidos no Brasil, as Pesquisas de Satisfação dos Passageiros que, conforme obrigação do Contrato de Concessão, deverão ser realizadas pelos operadores aeroportuários anualmente, podem constituir fontes valiosas de informações. Para isso, é importante que, desde de já, o órgão regulador trabalhe juntamente com os concessionários na formulação de questionários que permitam a obtenção dos dados mais relevantes para a análise da competição entre aeroportos. Em geral, nos trabalhos analisados, as variáveis mais utilizadas foram: i) aeroporto de origem e de destino; ii) modo de acesso; iii) empresa aérea; iv) localização geográfica do ponto de partida (bairro onde se localiza a casa ou o trabalho); v) propósito da viagem (negócios ou lazer); vi) tarifa paga; vii) duração da viagem; viii) tipo de bilhete (ida ou ida e volta).

A principal lição que tiramos dessa revisão de literatura é que a regulação direta de preços, no caso de aeroportos concedidos, não é uma obrigação, mas uma escolha do agente público. A opção por esse modelo deve ser, portanto, embasada em uma análise sólida sobre as características do mercado relevante no qual opera cada um dos aeroportos escolhidos, principalmente no tocante à possibilidade de abuso do poder de mercado. Em outras palavras,

tanto a escolha de regular ou não regular quanto a de que modelo de regulação adotar dependem diretamente da análise da existência ou não de efetiva concorrência entre aeroportos.

Neste ano, está prevista a primeira “Revisão dos Parâmetros da Concessão” dos Aeroportos de Brasília, Viracopos e Guarulhos, incluídos na primeira rodada de concessão, além de nova rodada de concessões, abrangendo estados do Sul e do Nordeste (Florianópolis, Fortaleza, Porto Alegre e Salvador). Trata-se de um momento crucial, no qual a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) terá a possibilidade de avaliar as principais características do modelo de regulação adotado no país. Acreditamos, assim, em linha com a experiência internacional, que essa revisão deva ser precedida de um cuidadoso estudo sobre a competição entre aeroportos, particularmente na Região Metropolitana de São Paulo. Esperamos, com esse artigo, ter contribuído no sentido de elucidar os passos a serem percorridos para adoção de um modelo regulatório eficiente no País.

5. Referências Bibliográficas

ACI - Airports Council Internacional. European Airports: A Competitive Industry. Policy paper submitted by the ACI Europe Policy Committee, ACI Europe, October 22nd, 1999.

ACI – Airports Council International. Airport Economics Survey. 2008.

ARMSTRONG, M. e SAPPINGTON, D. Regulation, Competition and Liberalization. *Journal of Economic Literature*, XLIV, pp 325-366. 2006.

ARROW, K. J. e DEBREU, G. (1954). Existence of an equilibrium for a competitive economy. *Econometrica*, 22:265–290.

AVERCH, H. e L. JOHNSON, L. Behavior of the Firm under Regulatory Constraint. *American Economic Review*, 52, 1052-69. 1962.

BARRET, S. D. Airport competition in the deregulated European aviation market. *Journal of Air Transport Management* 6, p. 13-27. 2000.

BASAR, G., BHAT, C. R. A parameterized consideration set model for airport choice: an application to the San Francisco Bay area. *Transportation Research Part B*, vol. 38, n. 10, pp. 889-904. 2004.

BASSO, L.J. Airport deregulation: effects on pricing and capacity. *International Journal of Industrial Organization* 26, pp. 1015–1031.2008.

BEESELEY, M. E. Airport Regulation. In: Beesley, M. E. (Ed.), *Regulating Utilities: A New Era?* Institute of Economic Affairs, London. 1999.

BEESELY, M. E. e LITTLECHILD, S. C. The regulation of privatized monopolies in the United Kingdom. *RAND Journal of Economics*, 20(3): 454-472. 1989.

BEL, G., FAGEDA, X. Privatization, regulation and airport pricing: an empirical analysis for Europe. *Journal of Regulatory Economics*, Vol. 37, pp. 142-161. 2010.

BILOTKACH, V., POLK, A. The Assessment of Market Power of Airports. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2016126> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2016126> Março, 2012.

BILOTKACH, V., CLOGHERTY, J., MUELLER, J. e ZHANG, A. Regulation, Privatization, and Airport Charges: Panel Data Evidence from European Airports. Working Paper. 2010.

CAA - Civil Aviation Authority. The “Single Till” and the “Dual Till” Approach to the Price Regulation of Airports. Consultation Paper, London, December. 2000.

CAA – Civil Aviation Authority. Airport Regulation: Price Control Review. Initial proposals for Heathrow, Gatwick e Stansted Airports, Supporting Paper II. London. December, 2006.

CAA – Civil Aviation Authority. De-designation of Manchester and Stansted airports for price control regulation. The CAA’s advice to the Secretary of State. London. 2007.

CAA – Civil Aviation Authority. Preparing for a more competitive airports sector. Competition Guidelines: Issues paper. London. September, 2010.

CAA – Civil Aviation Authority. Working Paper: Empirical methods for assessing geographic markets, in particular competitive constraints between neighboring airports. London. 2011.

Competition Commission. BAA Airports market investigation. A report on the supply of airport services by BAA in the UK. Londres. 2009.

CONDIE, S. Whither airport regulation? In: Bradshaw, W., Smith, H.L. (Eds), *Privatization and Deregulation of Transport*. St. Martin’s Press, Inc, New York. P. 364-393. 2000.

CZERNY, A.I. Public versus private airport behavior when concession revenues exist. *Economics of Transportation* 2, pp. 38–46. 2013.

DE LUCA, S.. Modelling airport choice behavior for direct flights, connecting flights and different travel plans. *Journal of Transport Geography*, vol. 22, pp. 148-163. 2012.

DEMSETZ, H. Information and Efficiency: Another Viewpoint. *Journal of Law and Economics*, Vol. 12, No. 1. (Apr., 1969), pp. 1-22. 1969.

DENDER, K. V. Determinants of fares and operating revenues at US airports. *Journal of Urban Economics*, Vol. 62, pp. 317-336. 2007.

DERC – Departamento de Regulação e Concorrência da Aviação Civil. Concorrência entre Aeroportos e Limitação à Propriedade Cruzada. Nota Técnica nº 33 DERC/SPR/SAC-PR. Disponível em: <http://www.aviacao.gov.br/noticias/2013/10/restricao-a-atuais->

[concessionarios-de-aeroportos-nos-leiloes-de-galeao-e-confins-beneficia-usuarios-e-empresas-aereas/notatecnica33.pdf](#). 2013.

DOGANIS, R.S. *The Airport Business*. Routledge, London. 1992.

DRESNER, M., LIN, J.-S., WINDLE, R. The Impact of Low Cost Carriers on Airport and Route Competition. *Journal of Transport Economics and Policy*, 30(3), pp. 309–328. 1996.

DROBUSZKES, F. An analysis of European low-cost airlines and their networks. *Journal of Transport Geography* 14, pp. 249-264. 2006.

DROBUSZKES, F. New Europe, new low-cost air services. *Journal of Transport Geography*, 17, pp. 423-432. 2009.

EC – European Commission. REGULATION (EEC) No 4064/89 MERGER PROCEDURE. Article 6(1)(b) NON-OPPOSITION. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m786_en.pdf. Acessado em 13/09/2013. Março, 1997.

FORSYTH, P. Price regulation of airports: principles with Australian applications. *Transportation Research, Part E, Logistics and Transportation Review* 33, p. 297-309. 1997.

FORSYTH, P. Why Regulate Airports: Airport Price Regulation: Rationales, Issues and Directions for Reform, Submission to the Productivity Commission Inquiry. *Price Regulation of Airport Services* March, 2001a.

FORSYTH, P. Privatisation and regulation of Australian and New Zealand airports. 4th Hamburg Aviation Conference, “Regulation versus Competition: Strategic Airport Management” Hamburg University. 2001b.

FORSYTH, P. Regulation under stress: developments in Australian airport policy. *Journal of Air Transport Management* 9, p. 25-35. 2003.

FORSYTH, P. Replacing Regulation: Airport Price Monitoring in Australia. In: Forsyth, P., et al. (Eds.), *The Economic Regulation of Airports*. Ashgate, Aldershot, UK. 2004a.

FORSYTH, P. Locational and monopoly rents at airports: creating them and shifting them. *Journal of Air Transport Management* 10, pp.51–60. 2004b.

FORSYTH, P. Airport competition: regulatory issues and policy implications. In *Competition policy and antitrust*, Vol. 1, (pp. 347–367). Amsterdam; Boston: Elsevier. 2006.

FORSYTH, P. Airport Policy in Australia and New Zealand: Privatization, Light-Handed Regulation, and Performance. In: WINSTON, C., RUS, G. (Ed.) *Aviation Infrastructure Performance. A Study in Comparative Political Economy*, p. 65-99. 2008.

FORSYTH, P. e NIEMEIER, H. (2010). Competition and the London Airports: How Effective Will It Be?. In: Forsyth, P., Gillen, D., Müller, J., Niemeier, H. *Airport Competition: The European Experience*. England: Farnham: Ashgate Publishing Limited, pp. 321-338. 2010.

FORSYTH, P., GILLEN, D., MÜLLER, J., NIEMEIER, H. *Airport Competition: The European Experience*. England: Farnham: Ashgate Publishing Limited. 2010.

FRONTIER ECONOMICS. *The de-designation of Stansted Airport. A reported prepared for easyJet*. London. 2007.

FRONTIER ECONOMICS. *Market power assessment: Gatwick and Stansted Airport. A reported prepared for easyJet*. London. 2011.

GILLEN, D. *Airport Governance and Regulation: the Evolution over Three Decades of Aviation System Reform*. Madrid Workshop on Transport Economics, 'Models of Airport Ownership and Governance'. 2008.

GILLEN, D., NIEMEIER, H. M. *The European Union: Evolution of Privatization, Regulation, and Slot Reform*. In: WINSTON, C., RUS, G. (Ed.) *Aviation Infrastructure Performance. A Study in Comparative Political Economy*, pp. 36-59. 2008.

GRAHAM, A. *The Regulation of US Airports*. U Westminster: *Studies in Aviation Economics and Management*, pp. 63-72. 2004.

GRAHAM, A. *How important are commercial revenues to today's airports?* *Journal of Air Transport Management* 15, pp. 103–148. 2009.

GRAHAM, A. *The objectives and outcomes of airport privatization*. *Research in Transportation Business and Management* 1, p. 3-14. 2011.

HANCIOGLU, B. *The Market Power of Airports, Regulatory Issues and Competition between Airports*. Working Paper. German Airport Performance Project. Germany: GAP. 2008.

HELM, D. e THOMPSON, D. *Privatised Transport Infrastructure and Incentives to Invest*. *Journal of Transport Economics and Policy* (September): 213–46. 1991.

HESS, S., POLAK, J. W. *Exploring the potential for cross-nesting structures in airport-choice analysis: A case-study of the Greater London area*. *Transportation Research Part E* 42, pp. 63–81. 2006.

ISHII, J., JUN, S., DENDER, K. V.. *Air Travel Choices in multi-airport markets*. *Journal of Urban Economics*, vol. 65, pp. 216-227. 2009.

JIANG-TAO, L. *Airport choice in multi-airport regions: an empirical study for Chinese Metropolitan Area*. *International Conference on Intelligent Computation Technology and Automation*. 2008.

JONES, I., VIEHOFF, I., MARKS, P. *The economics of airport slots*. *Fiscal Studies* 14, pp. 37–57. 1993.

KUNZ, M. e NIEMEIER, H. M. *Regulating Airports: Some Lessons from the UK and Germany*. Paper presented at the 4th Air Transport Research Group Conference, Amsterdam. 2000.

LISBOA, M. E LATIF, Z. Democracy and Growth in Brazil. Disponível em: <http://mansueto.files.wordpress.com/2013/07/growthdemocracy1.pdf>. 2013.

LITTLECHILD, S.. Regulation of British Telecommunications' profitability: report to the Secretary of State. London: Department of Industry. February, 1983.

LITTLECHILD, S.. Regulation, Over-regulation and Deregulation. CRI occasional lecture held at the Royal Society on November, 2008.

LITTLECHILD, S. The nature of competition and regulatory process. Keynote Speech at the Workshop on Effective Competition, Justus-Liebig-University, Giessen. 2010

LOO, B. Passengers' airport choice within multi-airport regions (MARs): some insights from a stated preference survey at Hong Kong International Airport. *Journal of Transport Geography*, vol. 16, n.2, pp. 117-125. 2008.

MALINA, R. Competition and regulation in the German airport market. In: Forsyth, P., Gillen, D., Müller, J., Niemeier, H. *Airport Competition: The European Experience*. England: Farnham: Ashgate Publishing Limited, pp. 239-260. 2010.

MARQUES, R. C., BROCHADO, A. Airport regulation in Europe: Is there need for a European Observatory? *Transport Policy*, Vol. 15, No. 3, pp. 163-172. 2008.

MARTÍN, J. C. e SOCORRO, M. P. A new era for airport regulators through capacity investments. *Transportation Research Part A* 43, pp. 618–625. 2009.

MCKINSEY & COMPANY. Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil. Relatório Consolidado. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Apoio_a_estudos_e_pesquisas/BNDES_FEP/prospeccao/chamada_aereo.html. Acessado em 26/08/2013. 2010.

MORENO, M. B. Escolha de aeroporto em região de múltiplos aeroportos: o caso da Grande São Paulo.. Instituto Tecnológico de Aeronáutica, São José dos Campos. 2002.

MUELLER, J., BILOTKACH, V., FICHERT, F., NIEMEIER, H. M., PELS, E., POLK, A. The economic market power of Amsterdam Airport Schiphol. Study commissioned by the Netherlands Competition Authority (NMa). 2010.

MUSGRAVE, R. A. (1976). *Teoria das Finanças Públicas. Um Estudo de Economia Governamental*. 2a ed. Editora Atlas.

NIEMEIER, H. M., FROHLICH, K. The importance of spatial economics for assessing airport competition. *Journal of Air Transport Management* 17, pp. 44-48. 2011.

OUM, T. H., ZHANG, A., ZHANG, Y. Alternative Forms of Economics Regulation and their Efficiency Implications for Airports. *Journal of Transport Economics and Policy*. Volume 38, Part 2, p. 217-246. 2004.

PELS, E., NIJKAMP, P., RIETVELD, P. Access to and competition between airports : a case study for the San Francisco Bay Area. *Transportation Research Part A*, vol. 37, n.1, pp. 71-83. 2003.

Productivity Commission. *Price Regulation of Airport Services*. Productivity Commission Inquiry Report. Report No. 19. Commonwealth of Australia. 2002.

Productivity Commission. *Review of Price Regulation of Airports Services*. Productivity Commission Inquiry Report. Report No. 40. Commonwealth of Australia. 2006.

Productivity Commission. *Economic Regulation of Airport Services*. Productivity Commission Inquiry Report. Report No. 54. Commonwealth of Australia. 2011.

REINHOLD, A., NIEMEIER, H. M., KAMP, V., MULLER, J. An evaluation of yardstick regulation for European airports. *Journal of Air Transport Management* 16 (2010), pp. 74–80. 2010.

RESENDE, C. C. *Falhas de Mercado: Uma análise comparativa da Escola do Setor Público Tradicional e da Escola Austríaca*. Dissertação de Mestrado em Economia do Setor Público. Universidade de Brasília. 2012.

ROVIZZI, L. e THOMPSON, D.. The Regulation of Product Quality in the Public Utilities and the Citizen's Charter', *Fiscal Studies*, 13 3 74–95.1992.

STROBACH, D. Competition between airports with an application to the state of Baden-Württemberg. In: Forsyth, P., Gillen, D., Müller, J., Niemeier, H. *Airport Competition: The European Experience*. England: Farnham: Ashgate Publishing Limited, pp. 261-276. 2010.

STARKIE, D. Reforming UK airport regulation. *Journal of Transport Economics and Policy* 25, p. 119-135. 2001.

STARKIE, D. Airport Regulation and competition. *Journal of Air Transport Management* 8, p. 63-72. 2002.

STARKIE, D.. Testing the regulatory model: The expansion of Stansted airport. *Fiscal Studies*, 25(4), 389–413. 2004.

STARKIE, D. Making airport regulation less imperfect. *Journal of Air Transport Management* 11, p. 3-8. 2005.

STARKIE, D. A critique of the single-till. In: Starkie, D. *Aviation Markets*. Ashgate, Alershot, pp. 123-130. 2008.

STARKIE, D., The Airport Industry in a Competitive Environment: A United Kingdom Perspective. In: Forsyth, P., Gillen, D., Müller, J., Niemeier, H. *Airport Competition: The European Experience*. England: Farnham: Ashgate Publishing Limited, pp. 291-310. 2010.

STARKIE, D., YARROW, G, The Single Till Approach to the Price Regulation of Airports. CAA, London. 2000.

STERN, J. What the Littlechild Report actually said. Regulation Initiative Working Paper No. 55. Disponível em: http://www.london.edu/facultyandresearch/research/docs/1_LittlechildJSFINMay2003.pdf. 2003.

TRAIN, K.E. The Economic Theory of Natural Monopoly. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts. 1991.

TRETHEWAY, M. W. Airport Ownership, Management and Price Regulation. Report to the Canadian Transportation Act Review Committee, Ottawa. 2001.

TRETHEWAY, M., KINCAID, I. Competition between airports in the new Millennium: what works, what doesn't work and why. In The 8th Hamburg Aviation Conference, 16–18 February 2005 (p. 18). Hamburg, Germany: InterVISTAS Consulting Inc. 2005.

VISCUSI, W. K., VERNON, J. M., HARRINGTON, J. E. Economics of Regulation and Antitrust. Mit Press. Fourth Edition. 2005.

ZHANG, A. e ZHANG, Y. Airport Charges and Capacity Expansion: Effects of Concessions and Privatization. Journal of Urban Economics, 53, 54-75. 2003.

A Operação Societária de *Drop Down* como Remédio Antitruste no Controle dos Atos de Concentração

Diandra Domingues Cesário⁵¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo investigar as repercussões societárias e econômicas decorrentes da operação de *drop down*, amplamente utilizada na prática empresarial brasileira, mas que ainda não foi reconhecida por nosso ordenamento jurídico. A análise se pautará nas principais características dessa modalidade de reorganização empresarial, bem como nas suas implicações nos âmbitos societário e concorrencial, como forma de defender a possibilidade de sua utilização como remédio estrutural atípico no controle dos atos de concentração.

Palavras-chave: *Drop down*. Reorganização societária. Atos de concentração. Remédios antitruste.

ABSTRACT

The objective of this work is to investigate the corporate and economic repercussions resulting from the drop down operation, widely used in the Brazilian business practice, but yet not recognized by our legal system. The analysis shall focus on main features of this corporate reorganization, as well as their implications in corporate and antitrust scopes as a way to defend the possibility of use *drop down* as atypical antitrust structural remedy.

Keywords: Drop down. Corporate reorganization. Merger and acquisitions. Antitrust remedies.

Classificação JEL: K21.

⁵¹ Pós-graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná- ESMAFE. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Secretária Geral Adjunta na Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná - CAMFIEP. Advogada.

SÚMARIO: 1. Introdução; 2. A Reorganização Societária no Direito Norte-Americano e Brasileiro; 3. A Operação Societária de *Drop Down*: Conceito e Distinções; 3.1 Descrição da Operação; 3.2 Distinções Conceituais entre O *Drop Down* e as demais Modificações Societárias; 4. Os Remédios Antitruste no Controle dos Atos de Concentração; 4.1 Os Remédios Antitruste; 4.2 O *Drop Down* enquanto Remédio Estrutural 5. Considerações finais; 6. Referências.

1 Introdução

A empresa, através do processo de globalização, passa a desempenhar um papel fundamental na sociedade contemporânea. Dela depende a subsistência da maior parte da população ativa dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Além disso, é dela que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo mercado, bem como a maior parcela das receitas fiscais de um Estado⁵².

A evolução da empresa, enquanto célula fundamental da economia de mercado, representa um elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo⁵³. Tendo em vista que a dinâmica do capitalismo exige um mercado competitivo, um adequado planejamento empresarial deve admitir a ocorrência de futuros alternativos, prevendo-se eventuais modificações societárias e estruturais como forma de adaptação da empresa em um contexto mercadológico de mudanças frequentes.

Esse cenário implica em uma incessante busca de eficiência dentro de um grau maior de competitividade. Assim, o que se verifica são as mais variadas formas de associações entre as empresas, tais como participações acionárias tradicionais, associações, exploração de franquias e acordos de subcontratação. Estas concentrações buscam, em princípio, um aumento da lucratividade com a redução substancial nos custos da cadeia produtiva⁵⁴.

Para garantir que os agentes econômicos atuem de maneira eficiente é necessário garantir a todos uma adequada possibilidade de entrar, permanecer e sair do mercado a seu exclusivo critério. Na forma atomística cada *player* tem estrutura e poder econômico igual a de qualquer outro, mas na forma de concentração a estrutura, a conduta e a performance de um

⁵² ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, p. 244, jul./set. 2002.

⁵³ WALD, Arnoldo. Novas perspectivas da empresa: vistas por um advogado. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 11, p. 225, abr./jun. 1995.

⁵⁴ ARNOLDI, op. cit., p. 248.

deles pode levar ao abuso do poder econômico, tornando os agentes desiguais com a dominação dos mais fracos pelos mais fortes⁵⁵.

Dessa forma, assume relevância o controle dos atos de concentração efetuado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, mais especificamente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que pretende sobretudo, viabilizar a aplicação do princípio da livre concorrência. A intenção é buscar o condicionamento da propriedade e da atividade econômica à utilidade social, com a possibilidade de intervenção estatal para autorizar atos de concentração entre sociedades, bem como combater o abuso de poder de mercado⁵⁶.

Ademais, em um mercado impregnado pela competitividade e globalização entre as empresas, a necessidade de adaptação legislativa, e não só administrativa, é constante. É preciso uma constante estruturação e reorganização de quadros jurídicos, instituições e leis que possam estimular e conferir segurança à atividade econômica em uma sociedade⁵⁷.

As normas que regulamentam a atividade empresarial são constantemente superadas pela criatividade e desenvoltura negocial. Exemplo disso é o surgimento, na prática empresarial brasileira, da operação societária de *drop down*, ainda não reconhecida e nem regulamentada por nosso ordenamento jurídico.

O presente artigo se propõe a analisar mais detalhadamente o *drop down*, abordando suas características e a forma de sua utilização no Brasil e nos Estados Unidos, lugar em que se originou. Isso para se obter uma melhor compreensão desse instituto de modificação societária, bem como traçar a sua relação com o Direito Concorrencial. Especialmente no tocante a sua utilização como mecanismo de intervenção no controle dos atos de concentração.

2. A Reorganização Societária no Direito Norte-Americano e Brasileiro

Medidas de reorganização societária aparecem como elemento essencial para a manutenção das empresas no mercado, conferindo-lhes a oportunidade de adotar estratégias mais adequadas para aumentar sua competitividade, obter acesso a novos mercados, reduzir os custos e até mesmo, potencializar o seu modelo de gestão. O estabelecimento de um processo contínuo de reorganização societária contribui para a manutenção do crescimento empresarial.

⁵⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da Concorrência no Brasil: perfil contemporâneo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 60, p. 268, out./dez. 2014.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 272.

⁵⁷ WALD, Arnoldo. Novas perspectivas da empresa: vistas por um advogado. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 11, p. 228, abr./jun. 1995.

Uma das principais razões para que se opte por um modelo de modificação empresarial é a geração de valor para o acionista⁵⁸. A par desse objetivo geral, pode-se identificar outros fatores que também servem de incentivos, tais como: manter o foco na atividade que obtém melhor desempenho; aproveitar uma boa oportunidade de negócio; resolver conflitos internos da sociedade; evitar custos organizacionais⁵⁹; adequar a sociedade para realização das atividades empresariais; cumprir com obrigações tributárias⁶⁰.

Nos Estados Unidos, o termo "reorganização" é delimitado pela *Section 368* do *Internacional Revenue Code* a partir de sete significados possíveis, identificados nos subtipos de A a G. Para que uma medida adotada por uma empresa seja considerada como uma forma de reorganização societária e obtenha o benefício fiscal da isenção tributária, é preciso o seu enquadramento em uma dessas hipóteses.

Em uma reorganização do tipo A uma empresa adquire os ativos e passivos de outra, que deixa de existir como uma entidade autônoma. Trata-se da fusão entre duas empresas ou aquisição de uma empresa por outra. É a mais flexível forma de reorganização empresarial livre de impostos prevista no direito norte-americano⁶¹. A reorganização do tipo B compreende a aquisição por uma empresa das ações de outra, sendo que aquela somente pode dar em troca suas ações com direito à voto⁶². Na reorganização do tipo C uma empresa adquire substancialmente os bens de outra, e não suas ações, mas também dando em troca somente ações com direito à voto⁶³.

Em uma reorganização do tipo D há a transferência de parte ou de todos os ativos de uma empresa para outra, seguida pela completa liquidação da empresa cedente com a transferência do controle para a empresa adquirente ou para seus acionistas⁶⁴. A reorganização do tipo E, por sua vez, trata da recapitalização, que é a "alteração da estrutura de capital de uma empresa (*capital structure*), como ocorre, por exemplo, quando há a troca de títulos de dívida por ações"⁶⁵. Já a reorganização do tipo F envolve a simples troca de identidade, forma ou lugar

⁵⁸ KOVÁCS, Veronika. *Corporate Split-Off: Comparison of the U.S. and German models*. 48 f. LL.M. Short Thesis – Course Legal Aspects of Corporate Governance, Central European University, Budapest, 2008, p. 6

⁵⁹ *Ibid.*, p. 6-10.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253.

⁶¹ RAVAZZINI, Tad. The Amalgamating Reorganization Provisions: The Asymmetry in Treatment of Forward and Reverse Triangular Mergers and Other Problems. *Golden Gate University Law Review*, São Francisco, v. 26, p. 552-553, 1996. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol26/iss3/4/>>. Acesso em 08 jul. 2015.

⁶² *Ibid.*, p. 555.

⁶³ *Ibid.*, p. 558.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 560.

⁶⁵ DOWNES, John; GOODMAN, Elliot. *Dictionary of Finance and Investment Terms*. Tradução de: Ana Rocha Tradutores Associados. São Paulo: Nobel, 1993, p. 426.

de organização de uma empresa. Por fim, a reorganização do tipo G envolve a falência da empresa, cujos ativos poderão ser transferidos, no todo ou em parte, para outra empresa⁶⁶.

Sobre as modificações societárias no direito norte-americano, também possui importância a *Section 355*, do *Internacional Revenue Code*. Esta Seção é uma ferramenta essencial para a reestruturação de empresas⁶⁷ e trata sobre as formas de desinvestimentos, nos quais uma empresa vende, troca ou aliena uma unidade de negócios, uma repartição, uma linha de produção ou uma subsidiária⁶⁸. Tais desinvestimentos podem ser executados de diversas formas por meio das operações de *spin-off*, *split-off* e *split-up*.

O *spin-off* ocorre quando parte dos ativos de uma empresa são transferidos para uma subsidiária e as ações desta são distribuídas entre os acionistas da empresa principal, sem que eles percam as ações que já possuíam anteriormente⁶⁹. Dessa forma, após essa operação todos os acionistas da empresa principal tornam-se também acionistas da subsidiária, ou seja, são os únicos donos das ações de ambas as empresas⁷⁰.

Em um *split-off*, por sua vez, a empresa principal oferta as ações de uma recém criada ou já existente subsidiária para um ou mais de seus acionistas que, aceitando a oferta, entregam suas ações para a empresa principal⁷¹. Ao final dessa operação alguns acionistas da empresa principal manterão suas ações desta, enquanto outros acionistas adquirirão ações da subsidiária em troca das ações da empresa principal que anteriormente possuíam⁷².

Por fim, um *split-up* acontece quando uma empresa se divide, transferindo seus ativos entre duas ou mais subsidiárias e distribuindo entre seus acionistas as ações dessas novas empresas. Ao final da operação, a empresa principal é liquidada, deixa de existir e torna-se possível que os acionistas da empresa extinta mantenham ações em todas as novas empresas criadas⁷³.

Comparando-se os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro, o que se observa é que no direito norte-americano há uma maior "(...) flexibilidade na área societária, sob o mando dos chamados *arrangments*, os quais correspondem a modalidades de reorganização da

⁶⁶ KIBILKO, John; MEDIA, DEMAND. *7 Types of Corporate Reorganization*. Disponível em: <<http://smallbusiness.chron.com/7-types-corporate-reorganization-17885.html>>. Acesso em 10 ago.

⁶⁷ KIDDER, Gregory N. Basics on U.S. tax-free spin-offs under section 355. *Internacional Taxation*, [S.I.], v. 5, n. 51, p. 438, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.steptoe.com/assets/attachments/4358.pdf>>. Acesso em 15 ago.

⁶⁸ KOVÁCS, Veronika. *Corporate Split-Off: Comparison of the U.S. and German models*. 48 f. LL.M. Short Thesis – Course Legal Aspects of Corporate Governance, Central European University, Budapest, 2008, p. 4.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁰ KIDDER, *op. cit.*, p. 439.

⁷¹ KOVÁCS, *op. cit.*, p. 12.

⁷² KIDDER, *op. cit.*, p. 439.

⁷³ KOVÁCS, *op. cit.*, p. 16.

estrutura econômica da empresa, permitidas formas heterodoxas"⁷⁴. A principal característica desse sistema jurídico é o seu forte caráter contratual nas relações entre acionistas e credores das sociedades⁷⁵.

Em contrapartida, nos sistemas jurídicos de base romano-germânica, como o direito brasileiro, há uma maior rigidez quanto as regras de direito societário, não havendo muita liberdade para criação de operações não previstas expressamente na legislação. Nosso direito empresarial caracteriza-se por ser extremamente rígido e formalista⁷⁶, em decorrência, principalmente, do intuito de conferir maior proteção aos sócios das empresas e a terceiros.

Apesar da pouca flexibilidade, que limita, ao menos legislativamente, as operações societárias que as empresas podem realizar ao prevê-las expressamente em nosso ordenamento jurídico, a interatividade existente no mundo empresarial desafia a rigidez desse sistema. Isso porque são estabelecidas novas relações jurídicas que vão muito além da previsibilidade normativa⁷⁷.

Reflexo disso é a implementação, pelos agentes econômicos, de novas formas de reorganização societária ainda não reconhecidas pelo ordenamento jurídico. É exatamente o que ocorre com o *drop down*, cada vez mais utilizado no Brasil; de 2001 a 2013 foram identificadas vinte e duas operações de *drop down* realizadas por empresas brasileiras⁷⁸.

3. A Operação Societária de *Drop Down*: Conceito e Distinções

O fato de a operação de *drop down* ser atípica não significa que se trata de uma operação ilegal, uma vez que não há óbice normativo em nosso ordenamento para sua validade, bem como pelo fato de que operações atípicas não são estranhas ao direito societário.

Além disso, pode-se admitir a recepção e utilização do *drop down* com base no princípio de liberdade de convenções, previsto nos arts. 5º, II e 170 da Constituição. Sendo assim, “como todo negócio atípico, a falta de definição legal de suas linhas dogmáticas haverá de ser suprida

⁷⁴ VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, a. XLI, p. 42, jan./mar. 2002.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 42-43.

⁷⁷ NETTO, Adyr Garcia Ferreira. Globalização, atividade empresarial e a segurança jurídica. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 76, jan./abr. 2007.

⁷⁸ ASSUMPCÃO, Debora Skibinski; ALVES, Diego Saldo; KRONBAUER, Clovis Antonio. Reorganização societária atípica: impactos contábeis e tributários de reorganizações societárias caracterizadas como drop down. *Revista de Contabilidade da UFBA*, Salvador, v. 8, n. 3, p. 63, set./dez. 2014.

pela doutrina e pela jurisprudência, com socorro dos princípios gerais que lhe sejam aplicáveis e regras dos negócios típicos com que guarde semelhança⁷⁹.

O *drop down* caracteriza-se por um aumento de capital que uma sociedade faz em outra por meio da integralização de bens de natureza diversa, tais como contratos, atividades empresariais, estabelecimentos comerciais e industriais, carteiras de clientes, tecnologia, acervo técnico, direitos e obrigações, dentre outros⁸⁰.

Muito embora a doutrina nacional⁸¹ tem considerado o *drop down* como uma nova operação de reorganização societária, ao lado da transformação, incorporação, cisão e fusão, no direito norte-americano, onde teve sua origem, o *drop down* é considerado como uma técnica para versão de ativos em uma subsidiária e não uma forma de reorganização societária em si mesma.

Dessa forma, no direito norte-americano é por meio da técnica de *drop down* que uma empresa transfere todos ou alguns de seus ativos para uma recém criada ou já existente subsidiária em troca de ações⁸². Essa técnica pode ser utilizada em qualquer um dos tipos de reorganização empresarial previstos no *Internacional Revenue Code*, bem como nas operações de desinvestimentos de *spin-off*, *split-off* ou *split-up*⁸³.

3.1 Descrição da Operação

⁷⁹ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 70.

⁸⁰ VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, a. XLI, p. 41, jan./mar. 2002.

⁸¹ Cf. TEPEDINO, op. cit., p. 57-83; VERÇOSA, op. cit., 41-17; ASSUMPÇÃO, Debora Skibinski; ALVES, Diego Saldo; KRONBAUER, Clovis Antonio. Reorganização societária atípica: impactos contábeis e tributários de reorganizações societárias caracterizadas como drop down. *Revista de Contabilidade da UFBA*, Salvador, v. 8, n. 3, p. 52-74, set./dez. 2014; FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down. In.: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito Societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402-415.

⁸² JANIGA, John M. "Drop-Down" technique allows change in accounting method without IRS approval. *The Tax Adviser*, [S.l.], p. 96, fev. 1996.

⁸³ HANAFY, Karim H. Section 355 Spin-Off + Section 368 Reorganization ≠ Section 355 (E). It's Simple Math: The Anti-Morris Trust Bill Simply Does Not Add Up. *Houston Business and Tax Law Journal*, Houston, v. 1, p. 126, 2001; ⁸³ KOVÁCS, Veronika. *Corporate Split-Off: Comparison of the U.S. and German models*. 48 f. LL.M. Short Thesis – Course Legal Aspects of Corporate Governance, Central European University, Budapest, 2008, p. 11 e 23; RAVAZZINI, Tad. The Amalgamating Reorganization Provisions: The Asymmetry in Treatment of Forward and Reverse Triangular Mergers and Other Problems. *Golden Gate University Law Review*, São Francisco, v. 26, p. 563-567, 1996. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol26/iss3/4/>>. Acesso em 08 jul. 2015.

Na prática empresarial brasileira o *drop down* tem se caracterizado por ser a operação por meio da qual uma sociedade empresária verte em outra, como forma de integralização do capital social, bens tangíveis e intangíveis, recebendo em troca a totalidade de ações desta.

De acordo com Ricardo Tepedino, no *drop down* é constituída uma subsidiária integral com a finalidade de receber o estabelecimento empresarial da sociedade que a cria⁸⁴. Em virtude da transferência de titularidade do estabelecimento, esse autor sugere que o *drop down* seja, no Brasil, denominado como trespasse para a subsidiária⁸⁵.

Nesse sentido, para Ricardo Tepedino, o *drop down* ou o

(...) trespasse para a subsidiária é a operação em que a sociedade empresária (aqui chamada sociedade conferente), a título de integralização do capital de uma subsidiária (aqui denominada sociedade receptora), verte nesta última a empresa organizada sobre o seu nome, ou unidades produtivas dela, mediante o aporte de todo o seu estabelecimento ou algum de seus estabelecimentos e outros elementos necessários ao exercício da atividade cedida, recebendo em troca ações ou quotas representativas do capital social da sociedade receptora⁸⁶.

A vantagem de uma aproximação com a subsidiária integral é o aproveitamento do seu arcabouço jurídico para ser aplicado ao *drop down*, ao menos enquanto não houver a sua regulamentação específica. Contudo, não é assente na doutrina a existência dessa correlação. Para Haroldo M. D. Verçosa e Zanon de Paula Barros, por exemplo, a subsidiária integral apresenta características absolutamente fechadas, incompatíveis com o *drop down*⁸⁷.

Cumprir destacar que na época em que o *drop down* começou a aparecer no cenário nacional, na primeira década desse século, era princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico que as sociedades deveriam ter no mínimo dois sócios. Até então havia, em caráter excepcional, a autorização legal somente para a constituição de uma sociedade com apenas um sócio se esta fosse constituída na forma de uma subsidiária integral.

Desse modo, foi natural uma aproximação entre esses dois institutos - *drop down* e subsidiária integral. Isso porque o resultado final dessa operação societária, na forma como tem sido realizado no Brasil, é a existência de somente um único sócio na sociedade receptora, qual seja a sociedade conferente.

⁸⁴ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 63-64.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 64-65.

⁸⁷ VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, a. XLI, p. 44, jan./mar. 2002.

No entanto, com o advento da Lei 12.441/2011 inseriu-se em nosso ordenamento jurídico a empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI, constituída por um único titular que detém todo o controle do negócio e é o único responsável pela integralização do capital social. Atualmente, portanto, é legalmente possível a criação de uma empresa com apenas um único sócio em dois tipos societários: subsidiária integral e EIRELI.

Ainda que faça sentido a aproximação do *drop down* com o instituto da subsidiária integral, o mesmo não se pode dizer em relação a EIRELI. Afinal, sedimentou-se o entendimento de que esse tipo societário apenas pode ser formado por pessoa natural⁸⁸, algo que inviabiliza a sua utilização pelo *drop down*, vez que este culmina na existência de uma sociedade, e não de uma pessoa natural, como sócio da empresa receptora.

É importante ressaltar que embora recorrente, não é imprescindível que o aporte de bens por meio dessa operação ocorra em favor de uma sociedade não unipessoal. A sociedade receptora poderá possuir dois ou mais sócios, sendo que os efeitos produzidos por essa operação serão os mesmos⁸⁹.

De acordo com Ricardo Tepedino, na integralização do capital social operada por meio do *drop down* é comum que a sociedade conferente aporte não apenas um conjunto de bens, mas também obrigações, tais como encargos trabalhistas, contraprestações de *leasing* de bens arrendados e demais dívidas em geral⁹⁰. No entanto, para Haroldo M. D. Verçosa e Zanon de Paula Barros os passivos, ou seja as obrigações, não poderiam ser incluídas na integralização do capital por não apresentarem condições de serem utilizadas para a subscrição de quotas ou de ações da sociedade receptora⁹¹.

A utilização das dívidas para integralização do capital de um sociedade seria possível, para Ricardo Tepedino, desde que “(...) o conjunto patrimonial onde o valor dos elementos ativos que o compõem supere o dos elementos passivos”⁹². A princípio, a operação de *drop down* preencheria os requisitos da plena validade jurídica na medida em que os bens utilizados para sua realização fossem idôneos aos propósitos envolvidos. Dessa forma, essa operação

⁸⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

⁸⁹ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 67.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 71-72.

⁹¹ VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, a. XLI, p. 42, jan./mar. 2002.

⁹² TEPEDINO, op. cit., p. 73.

poderá envolver a transferência de atividades e contratos de uma sociedade para a outra, que assumirá as devidas responsabilidades a partir da efetivação do negócio⁹³.

Quanto aos bens intangíveis a doutrina tem reconhecido a possibilidade de sua utilização para integralização do capital social em operações de *drop down*⁹⁴. Tal entendimento decorre principalmente do artigo 7º da Lei das Sociedades por Ações que permite a utilização de qualquer espécie de bem suscetível de avaliação em dinheiro para a integralização do capital de uma sociedade.

Desse modo, em uma operação de *drop down* pode se verter "(...) não apenas ativos físicos, mas também os chamados intangíveis, levando consigo o aviamento, porque atributo do estabelecimento"⁹⁵. Os ativos intangíveis são representados pelo ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura registrada na sociedade conferente, que existe em decorrência do desenvolvimento da atividade empresarial com a utilização dos bens e direitos que compõem o segmento de negócio a ser vertido na sociedade receptora⁹⁶.

Todo o conjunto de bens e obrigações utilizados para integralização do capital social deverão, necessariamente, ser avaliados na forma como estabelece o artigo 8º da Lei das Sociedades por Ações, mesmo que se trate de uma subsidiária integral, em decorrência do § 1º, artigo 251 da mesma Lei. De maneira geral, o valor desses bens é objeto de apuração em um balanço especial efetuado na empresa conferente⁹⁷.

No caso do aporte de bens ser feito em benefício de uma sociedade limitada, tal avaliação não será imprescindível diante da ausência de previsão legal⁹⁸. Contudo será recomendável, principalmente em decorrência do artigo 1.055 do Código Civil, que estabelece que os sócios respondem solidariamente, no prazo de 5 anos, pela estimação dos bens conferidos ao capital social, bem como para o atendimento dos princípios da integralidade e realidade do capital social⁹⁹.

Em uma operação de *drop down*, embora a sociedade conferente perca o domínio sobre os bens que anteriormente formavam o seu estabelecimento comercial, não há alteração no

⁹³ VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, a. XLI, p. 46-47, jan./mar. 2002.

⁹⁴ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 41; FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down. In.: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito Societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 405-408.

⁹⁵ TEPEDINO, op. cit., p. 71.

⁹⁶ FONSECA, op. cit., p. 407.

⁹⁷ VERÇOSA, op. cit., p. 41.

⁹⁸ TEPEDINO, op. cit., p. 73.

⁹⁹ VERÇOSA, op. cit., p. 45.

controle da atividade. Isso porque essa sociedade passará a deter as ações da sociedade receptora, de modo a manter o seu poder de ditar o destino da empresa, que, ao final da operação, passará a operar sua atividade sob o nome da subsidiária. Desse modo, o objeto social fixado no estatuto não será abandonado, uma vez que continuará sendo exercido por intermédio da sociedade receptora¹⁰⁰.

Além disso, o artigo 2º, § 3º da Lei das Sociedades por Ações permite que uma empresa tenha como objeto social a participação em outras sociedades, mesmo que não haja previsão estatutária, desde que tal participação ocorra como meio de realização do seu objeto social ou para o aproveitamento de incentivos fiscais. Portanto, o *drop down* não exige uma alteração estatutária na empresa conferente, tendo em vista que não haverá abandono do seu objeto social¹⁰¹.

Questão divergente na doutrina nacional é acerca da redução, ou não, do capital social da empresa conferente em uma operação de *drop down*. Para Haroldo M. D. Verçosa e Zanon de Paula Barros essa operação envolve a "(...) transferência de ativos, no plano vertical, neles incluídos bens tangíveis e intangíveis, utilizando-se do mecanismo de aumento de capital na sociedade receptora e consequente redução de capital na sociedade cedente"¹⁰².

Por outro lado, para Ricardo Tepedino não há redução do capital social da empresa conferente, mas tão somente a substituição de elementos patrimoniais. Isso porque "(...) onde antes estavam contabilizados os bens e obrigações transferidos, a resultar num certo valor, após a operação estará registrado esse mesmo montante a título de participação no capital social da subsidiária cujo capital foi subscrito e integralizado mediante a conferência daqueles mesmos bens"¹⁰³. Esse entendimento também é compartilhado por Frederico de Almeida Fonseca e Ana Carolina Moreira Garcia¹⁰⁴.

Assumindo que o *drop down* não determina a redução do capital social da sociedade conferente, pode-se dizer que, em termos contábeis, a versão de ativos implicará o reconhecimento de investimento na sociedade conferente, sem efeitos no resultado do exercício

¹⁰⁰ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 69-70.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 70.

¹⁰² VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, a. XLI, p. 42, jan./mar. 2002.

¹⁰³ TEPEDINO, op. cit., p. 65.

¹⁰⁴ FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down. In.: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito Societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 415.

fiscal. Na sociedade receptora, por sua vez, haverá o reconhecimento desses ativos também sem efeito no resultado.

A ausência de regulamentação sobre as implicações tributárias do *drop down* faz com que se parta da premissa de que a versão do acervo líquido seja revestida de neutralidade, de modo que os efeitos fiscais havidos na sociedade conferente sejam refletidos ou preservados na sociedade receptora¹⁰⁵. Dessa forma, o *drop down*, visto de forma isolada, não pode gerar consequências fiscais diversas daquelas já existentes na sociedade conferente antes de efetuada a operação.

Essa operação societária tem se mostrado bastante recorrente na prática empresarial brasileira em decorrência de alguns benefícios jurídicos que pode produzir, tanto em relação ao seu procedimento de implementação, quanto aos efeitos gerados. No *drop down* não se exige o cumprimento de diversas obrigações fiscais, impostas às demais operações de reorganização societária, tais como a obrigatoriedade de levantamento de balanço específico, a apresentação de Declaração de Rendimentos, o pagamento de tributos, entre outras¹⁰⁶.

Além disso, o *drop down* tem sido frequentemente empregado como instrumento de recuperação judicial, uma vez que possibilita a segregação da atividade empresarial em uma nova entidade, possibilitando a sua continuidade. Mais do que isso, esse desmembramento permite uma melhor visualização do desempenho operacional do negócio e pode constituir um passo útil à alienação da empresa ou da unidade que dela se desgarrou¹⁰⁷.

Em empresas que estão na iminência de falir também se verifica a utilização do *drop down*, isso porque se cria uma nova entidade que não sofrerá com a quebra da sociedade principal, salvo no que concerne à sua administração, a qual será continuada pela massa falida. Nesses casos, o *drop down* pode proporcionar uma arrecadação e uma realização dos ativos de modo mais simplificado, uma vez que serão efetivadas sobre as ações da nova sociedade e não sobre o seu arsenal de bens¹⁰⁸.

Dessa forma, percebe-se que "as vantagens dessa operação são muito evidentes: não correndo o risco de falência, mas apenas o de pertencer a uma sociedade falida, melhor se

¹⁰⁵ FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down. In.: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito Societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 404.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 403.

¹⁰⁷ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 66.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 66-67.

haverá nos negócios, assim como mais facilitada ficará a venda da unidade produtiva, se for esse o caso (...)”¹⁰⁹.

Embora frequente em projetos de recuperação e falência de empresas, o *drop down* não ocorre somente nessas hipóteses. "Tem lugar, e não raro, como técnica de reestruturação econômico-empresarial da sociedade, em busca, muitas vezes, de uma melhor racionalização de sua gestão"¹¹⁰. Cumpre destacar ainda que a ausência de disciplina legal não impede que se identifiquem com precisão os contornos dessa operação de modo a distingui-la dos demais tipos de reorganização societária existentes em nosso ordenamento jurídico¹¹¹.

3.2 Distinções Conventuais entre o *Drop Down* e as demais Modificações Societárias

O artigo 223 da Lei das Sociedades por Ações e os artigos 1.113 a 1.122 do Código Civil estabelecem as quatro formas de modificações societárias reconhecidas por nosso ordenamento jurídico, quais sejam: transformação, cisão, incorporação e fusão. O *drop down*, por sua vez, é uma operação dotada com características próprias, que o diferenciam das demais reorganizações empresariais previstas em lei.

A transformação é a operação societária por meio da qual uma empresa passa de um tipo societário a outro, independente da sua dissolução ou liquidação. Esse instituto visa atender a critérios de conveniência no plano interno – composição dos interesses dos sócios que não se adequam com o tipo societário atual – e no plano externo – maior ou menor publicidade e acesso ao mercado de capitais¹¹².

Trata-se da transformação de negócio jurídico de natureza voluntária resultante da vontade unânime dos sócios (estatuto ou contrato social). Pode ainda independer da vontade dos sócios, sendo imposta por lei especial. A transformação, mantendo a personalidade jurídica da sociedade, altera seus atos constitutivos, afetando o grau de responsabilidade de seus sócios entre si e com respeito à sociedade, alcançando os interesses de terceiros¹¹³.

¹⁰⁹ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 65-66.

¹¹⁰ Ibid., p. 68.

¹¹¹ Ibid., p. 71.

¹¹² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001*. 4 v. t. I. 3 ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 184.

¹¹³ Ibid., p. 184-185.

Nessa modalidade não há nenhuma alteração subjetiva da empresa, mas tão somente da sua qualificação jurídica¹¹⁴. A sociedade, enquanto pessoa jurídica titular de direitos e obrigações, permanece inalterada, havendo modificações somente em sua estrutura jurídica¹¹⁵. Nesse aspecto o *drop down* e a transformação se assemelham, uma vez que promovem alterações na estrutura societária.

Contudo, diferem-se na medida em que a transformação somente pode ocorrer entre diferentes tipos societários, enquanto que no *drop down* as sociedades envolvidas na operação podem ser do mesmo tipo. Além disso, na transformação, ao contrário do que acontece no *drop down*, não há mudança de titularidade da pessoa jurídica, não havendo, portanto, transferência de bens¹¹⁶.

A cisão, por sua vez, é a operação societária em que uma empresa transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades constituídas para esse fim ou já existentes, com a extinção da sociedade cindida se houver versão de todo o seu patrimônio, ou com a divisão do capital se a versão for parcial.

Trata-se de um negócio *sui generis*, plurilateral, de constituição de sociedade ou de aumento de capital de sociedade existente, com a finalidade de separação do patrimônio da empresa em parcelas novas ou já existentes¹¹⁷. A "(...) cisão se passa em dois planos: no plano objetivo cinde um patrimônio social em dois ou mais patrimônios sociais; no sentido subjetivo multiplica uma sociedade em duas ou mais sociedades"¹¹⁸.

Essa operação é a que mais se assemelha ao *drop down*, tanto que alguns autores chegam a denominá-lo de "cisão branca"¹¹⁹. Tanto na cisão quanto no *drop down* há o aumento de capital social de uma empresa por meio da transferência de bens e de outros elementos. Em ambas, "(...) o que se busca é a organização empresarial mediante o desmembramento das atividades de uma pessoa jurídica"¹²⁰.

¹¹⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. 4 v. t. I. 3 ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 185.

¹¹⁵ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 357.

¹¹⁶ CARVALHOSA, op. cit., p. 192.

¹¹⁷ Ibid., p. 301 e 303.

¹¹⁸ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 75.

¹¹⁹ FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down. In.: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito Societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 403.

¹²⁰ Idem.

Contudo, a cisão prevê expressamente que serão transferidas parcelas de patrimônio, o que inclui, necessariamente, elementos do ativo e do passivo¹²¹. Na operação de *drop down*, por outro lado, não é obrigatória a transferência do passivo. Além disso, não há de fato uma divisão de patrimônio no *drop down*, mas apenas a sua conversão em participação societária.

Na cisão o aporte implica no desmembramento patrimonial da sociedade, enquanto que no *drop down*, a atribuição patrimonial é um mecanismo de participação social que opera somente uma substituição de valores na sociedade conferente, não havendo diminuição do capital social¹²². Dessa forma, a multiplicação de sociedades, embora frequente, no *drop down* "(...) mais se assemelha a uma ilusão de ótica jurídica, já que a nova sociedade se reflete na antiga (...)"¹²³.

Ademais, os bens transferidos em uma operação de cisão "(...) devem contar expressamente do protocolo aprovado pela assembleia geral da sociedade cindida, o que não costuma ser feito em operações de *drop down*". Mais que isso, na cisão, após o levantamento do balanço especial, em conformidade com a exigência legal, deverá ser efetuado o pagamento dos impostos devidos, algo que também não é realizado no *drop down*¹²⁴.

A cisão caracteriza-se por ser uma operação horizontal, na qual a sociedade que recebe o patrimônio cindido não manterá vínculos com a sociedade que se cinde, exceto, eventualmente, quanto ao quadro social¹²⁵. Em contrapartida, o *drop down* é uma operação vertical, em que a sociedade conferente mantém vínculos com a sociedade receptora para consecução da atividade empresarial.

Outra diferença que pode ser apontada entre a cisão e o *drop down* é a de que nesta as novas ações da sociedade beneficiada pela versão dos ativos serão emitidas em favor da sociedade conferente, ao passo que naquela, tais ações serão entregues aos próprios sócios da sociedade cindida, sendo este um traço marcante do instituto da cisão¹²⁶.

A incorporação é a operação na qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Trata-se de um "(...) negócio plurilateral que tem como finalidade a integração de patrimônios societários, através da agregação do

¹²¹ VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, a. XLI, p. 42, jan./mar. 2002.

¹²² TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 76.

¹²³ *Ibid.*, p. 75-76.

¹²⁴ VERÇOSA, op. cit., p. 43.

¹²⁵ TEPEDINO, op. cit., p. 76.

¹²⁶ *Idem.*

patrimônio de uma sociedade em outra, com a extinção de uma delas"¹²⁷. Essa forma de reorganização caracteriza-se por ser um ato de concentração societária que substancia ao mesmo tempo um ato constitutivo – agregação de patrimônios – e um ato desconstitutivo – desaparecimento de pessoa jurídica da sociedade incorporada¹²⁸.

Por outro lado, em uma operação de *drop down* não há absorção da sociedade conferente, mas a versão de todo ou parte de seu patrimônio, sem que ela seja extinta, uma vez que passa a contar com o ativo representado pela participação societária na empresa receptora¹²⁹. Dessa forma, a sociedade conferente manterá o mesmo patrimônio líquido existente antes de efetuar a operação de *drop down*.

Por fim, a fusão é a operação societária na qual duas ou mais sociedades se unem para formar uma nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Assim como a incorporação, a fusão também é uma operação de concentração empresarial, com a diferença de que haverá a extinção de todas as sociedades envolvidas, e não somente daquela incorporada, para o surgimento de uma nova sociedade¹³⁰. Trata-se de um negócio plurilateral, que resulta na extinção de todas as sociedades fundidas¹³¹.

Na operação de *drop down*, por sua vez, não há união de duas ou mais sociedades para a formação de uma nova, mas sim o desinvestimento de um negócio ou atividade que ao final culminará na existência de duas sociedades autônomas, ainda que submetidas ao poder controlador da empresa principal¹³². Além disso, em uma fusão os subscritores do capital social da empresa que irá surgir são os sócios ou acionistas das sociedades extintas¹³³, enquanto que no *drop down* a subscrição das ações ou quotas é feita em favor da sociedade conferente e não diretamente por seus sócios.

Dessa forma, constata-se que o *drop down* é uma forma de modificação societária diferente dos demais mecanismos – transformação, cisão, incorporação e fusão – disciplinados em nosso ordenamento jurídico. Por essa razão e, principalmente, por estar presente na prática

¹²⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001*. 4 v. t. I. 3 ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 266.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (*drop down*). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 74.

¹³⁰ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 358.

¹³¹ CARVALHOSA, op. cit., p. 285.

¹³² TEPEDINO, op. cit., p. 75.

¹³³ CARVALHOSA, op. cit., p. 283.

empresarial brasileira, o *drop down* merece ser reconhecido juridicamente de modo a garantir maior segurança, tanto para os seus operadores, quanto para os terceiros envolvidos.

No entanto, a ausência de regulamentação expressa do *drop down* não impede que possíveis efeitos jurídicos sejam a ele atribuídos ou que ele possa ser utilizado com finalidades juridicamente reconhecidas.

4. Os Remédios Antitruste no Controle dos Atos de Concentração

Na análise dos atos de concentração, após o transpasse pelas etapas de definição do mercado relevante, análise do exercício do poder de mercado e a verificação de possíveis eficiências econômicas que podem ser produzidas, há três tratamentos jurídicos que podem ser dados pelo CADE às concentrações empresariais: *i)* pode-se aprová-las pura e simplesmente; *ii)* aprová-las condicionalmente; *iii)* ou desaprová-las.

Muitas vezes proibir o ato de concentração se mostra como uma medida muito drástica e até mesmo ineficiente para a persecução dos objetivos de preservação da concorrência e bem-estar do consumidor. Há casos em que apenas uma parcela do mercado relevante afetado pela operação sofre impactos liquidamente negativos, não justificando uma rejeição integral do ato de concentração, algo que poderia comprometer inclusive eventuais eficiências¹³⁴.

É possível que as partes se comprometam a atingir ou a perseguir determinados objetivos necessários para a aprovação do ato de concentração¹³⁵. Para tanto, a Lei Antitruste faculta à Administração celebrar com as partes acordos ou impor medidas para viabilizar a operação de concentração, com o estabelecimento de condições para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica¹³⁶.

Trata-se da aplicação de medidas intermediárias entre a rejeição e a aprovação plena do ato de concentração, usualmente denominados de remédios antitruste que são modalidades de intervenção estatal com vistas à preservação da livre concorrência¹³⁷. Contudo, para serem legítimos, devem fiel observância às normas constitucionais no que diz respeito a sua existência, seus limites e objetivos.

¹³⁴ MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 61.

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 301.

¹³⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 426.

¹³⁷ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: _____; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 19.

A aplicação dos remédios antitruste justifica-se nos casos em que o exercício da livre concorrência, enquanto direito fundamental, encontra-se em risco. Ademais, somente serão legítimos quando necessários, adequados e proporcionais ao dano à concorrência que poderá ser produzido pelo ato de concentração.

4.1 Os Remédios Antitruste

Os remédios antitruste são instrumentos previstos em lei que pretendem preservar a livre concorrência por meio da intervenção do Estado no domínio econômico¹³⁸. Possuem o propósito de prevenir e reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros¹³⁹, ou seja, destinam-se à concretização dos objetivos da legislação antitruste no Brasil¹⁴⁰.

Além disso, os remédios antitruste ao mesmo tempo em que são utilizados para evitar consequências anticoncorrenciais, não impedem o alcance de eficiências e ganhos esperados em um ato de concentração¹⁴¹. Na sua aplicação, o SBDC pode agir de duas formas: *i*) por meio de atos unilaterais, formados exclusivamente pelos órgãos de defesa da concorrência, cabendo às partes interessadas acatá-los; *ii*) e por meio dos contratos administrativos, nos quais há um concurso de vontades entre o CADE e as partes para a formação do conteúdo material do ato¹⁴².

Os atos unilaterais, via de regra, são estabelecidos mediante o debate e voto dos membros do CADE, que possui competência para proferir decisões de caráter vinculante em procedimentos administrativos. Nesses casos, a autoridade antitruste elabora os condicionamentos e impõe a decisão administrativa ao destinatário¹⁴³. No entanto, diante do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, tais decisões são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, os acordos administrativos, formados a partir da conjugação de vontades, constituem uma solução dialógica e consensual, na medida em que "(...) interessados e, por

¹³⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: _____; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 18.

¹³⁹ CASTRO, Bruno Braz. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 32.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 56.

¹⁴¹ ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahi. Termo de Compromisso de Desempenho em atos de concentração no Brasil - Uma comparação com a experiência estrangeira. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, p. 162, jul./set. 2002.

¹⁴² CASTRO, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴³ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277.

vezes, terceiros colaboram com a autoridade na formulação dos condicionamentos e em seguida a decisão é imposta tal como negociada ou é contratada entre o Estado e o particular"¹⁴⁴.

Esses contratos administrativos estão aptos a obter maior eficácia, uma vez que essa forma de intervenção estatal tem se mostrado mais adequada para reger os fatos econômicos, complexos e dinâmicos, bem como capaz de compensar a assimetria de informações existente entre o ente administrativo e os agentes econômicos¹⁴⁵. Além disso, soluções negociadas tendem a suscitar menos questionamentos ou pedidos de reapreciação, frequentes em casos de restrições unilaterais, o que acaba por retardar a efetiva implementação do remédio antitruste¹⁴⁶.

Em nosso ordenamento, a Lei Antitruste prevê três tipos de acordos entre os entes públicos e as empresas, são eles o Acordo em Controle de Concentração – ACC¹⁴⁷, o Termo de Compromisso de Cessação – TCC¹⁴⁸ e o Acordo de Leniência¹⁴⁹. Para o presente artigo o ACC assume relevância, tendo em vista ser este um mecanismo essencial para a implementação de remédios antitruste. Essa modalidade de acordo pode ser utilizada para impor medidas que pretendam a mitigação de eventuais infrações à concorrência, para que o desequilíbrio possa ser revertido ou minorado¹⁵⁰. A preocupação é garantir o bom funcionamento do mercado e compatibilizar a operação com outros princípios da ordem econômica que orientam a defesa concorrencial¹⁵¹.

¹⁴⁴ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: _____; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 27.

¹⁴⁶ CABRAL, Patricia Semensato. *Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do CADE*. 2014. 82 f. Tese (IX Prêmio SEAE) – Secretaria de Acompanhamento Econômico, Brasília, 2014, p. 41.

¹⁴⁷ Na sistemática atual, o ACC substituiu o Termo de Compromisso de Desempenho, previsto na legislação anterior. No entanto, o artigo 92 da Lei 12.529/2011, que previa as condições para a negociação de acordos em ato de concentração, foi vetado pela Presidência da República. Dessa forma, o ACC é tratado pelo CADE em seu Regimento Interno, no artigo 125.

¹⁴⁸ É celebrado no âmbito dos procedimentos preparatórios entre o CADE e o agente econômico ao qual foi imputada uma prática de infração tipificada no art. 36 da Lei Antitruste. Por meio do TCC a Administração abre mão do prosseguimento do processo administrativo e da penalização do agente enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o agente econômico compromete-se a fazer cessar imediatamente determinada prática, sem que haja reconhecimento da ilicitude. Cf. BOTTINI, Pierpaolo. A nova dinâmica dos Acordos de Cessação de Práticas Anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 23, p. 117-239, jan./jun. 2013; MARRARA, Thiago, op. cit., p. 377-437.

¹⁴⁹ Os Acordos de Leniência são o mecanismo pelo qual um ou mais particulares, desde que figurem como coautores de uma infração concorrencial, propõem-se a colaborar com a autoridade antitruste no exercício do controle repressivo para, em compensação, beneficiarem-se ou da extinção de sanções que lhes seriam aplicadas ou da sua mitigação. Cf. MARRARA, op. cit., p. 332-375; MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: questões controversas sobre o art. 35-C da Lei Antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 17, p. 169-210, jan./jun. 2010.

¹⁵⁰ FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 255.

¹⁵¹ MARRARA, op. cit., p. 303.

Nesse sentido, poderá o CADE, ao formular a decisão final no procedimento administrativo de controle de estruturas, condicionar a aprovação da operação à celebração do ACC para garantir que os objetivos e as eficiências econômicas levados em consideração sejam efetivamente atingidos¹⁵². Após a aprovação de seus termos pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, competirá à Superintendência-Geral sugerir as condições para a sua celebração, bem como fiscalizar o seu cumprimento.

Os condicionamentos ou compromissos negociados não se confundem com os objetivos da negociação, uma vez que aqueles constituem os meios obrigacionais e as condições estipuladas que permitirão a consecução dos objetivos regulatórios da administração e das pretensões dos agentes de mercado¹⁵³. Dentre esses condicionamentos, passíveis de serem implementados por meio do ACC, destacam-se os remédios antitruste.

Os remédios antitruste devem ser necessariamente delineados no caso concreto por constituírem modalidades de intervenção na economia que trazem restrições aos direitos fundamentais. Assim, deve se tomar por base as características intrínsecas do mercado relevante em questão para verificar qual medida que melhor atende aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade¹⁵⁴.

O ônus gerado às requerentes pela intervenção estatal deve ser equivalente ao dano concorrencial identificado no ato de concentração¹⁵⁵. Deve haver um nexo causal entre o dano à concorrência e o ato de concentração quando da aplicação do remédio antitruste. Caso o problema concorrencial detectado não tenha surgido e nem tenha aumentado em decorrência da operação concentracionista não caberá intervenção. Da mesma forma, eventuais problemas não relacionados à concorrência, mas gerados pelo ato de concentração, não devem ser considerados como causa de intervenção da autoridade administrativa¹⁵⁶.

Os remédios antitruste atuam na correção das falhas de mercado e como tal não devem gerar efeito líquido negativo sobre a economia¹⁵⁷. É fundamental que se avalie os efeitos do remédio escolhido sobre todas as variáveis relevantes, sejam elas econômicas ou não. Isso

¹⁵² CASTRO, Bruno Braz. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 46.

¹⁵³ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 305.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: _____; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 26.

¹⁵⁵ MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 63.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 62-63.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 19.

porque a concorrência representa apenas um dos aspectos importantes na definição da eficiência em determinado setor da economia, mas não o único¹⁵⁸.

Cumprir destacar que essa forma de intervenção na economia não pode objetivar uma regulação ou planejamento setorial, uma vez que os órgãos concorrenciais não possuem *expertise* necessária e nem estão equipados para essa tarefa, havendo outros segmentos do Estado com melhores condições institucionais para desempenhar essa atividade¹⁵⁹.

Para ser aplicado, o remédio antitruste deve ser claro e preciso, isso para a perfeita compreensão dos direitos e obrigações dos agentes econômicos a ele submetidos. Caso a medida seja ampla demais, poderão ser gerados efeitos indesejados, como por exemplo o desestímulo à concorrência. Por outro lado, caso seja excessivamente restrita poderá não atingir os objetivos de preservação da livre concorrência e restrição ao abuso do poder de mercado¹⁶⁰. O remédio escolhido deve ser suficiente e eficaz e, para tanto, deve abarcar todos os problemas concorrenciais gerados pelo ato de concentração¹⁶¹.

Além disso, os remédios antitruste não devem ser aplicados com o objetivo de aumentar a concorrência, mas sim para restaurar a competição que já existia antes do ato de concentração. Tais medidas não são adotadas para manter determinada empresa atuando, menos ainda para estabilizar os níveis de participação de cada uma delas no mercado. Os remédios antitruste devem ser direcionados para defender a concorrência e não os concorrentes¹⁶². O objetivo é promover ambientes que possibilitem a concorrência, evitando que o ato de concentração aprovado seja um meio de viabilizar um abuso de posição dominante¹⁶³.

Uma avaliação adequada dos recursos públicos disponíveis necessários para o acompanhamento e efetivação de um remédio antitruste também deve ser levada em consideração¹⁶⁴. Os custos públicos necessários para a aplicação de determinado remédio não devem exceder os ganhos sociais dele decorrentes¹⁶⁵. Os remédios antitruste devem ser

¹⁵⁸ MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 63.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹⁶⁰ CASTRO, Bruno Braz. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 56.

¹⁶¹ MATTOS, op. cit., p. 63.

¹⁶² CASTRO, op. cit., p. 56.

¹⁶³ OLIVEIRA, Alice Ferreira. Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 173.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: _____; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 25.

¹⁶⁵ CASTRO, op. cit., p. 56.

implementáveis e monitoráveis, além de assegurarem à autoridade concorrencial o seu cumprimento (*enforcement*)¹⁶⁶.

Além dos custos do processo de definição e implementação, devem também ser ponderados os custos sociais derivados do remédio antitruste, uma vez que eles atingem não apenas os concorrentes, mas todo o mercado em questão¹⁶⁷. "A relação custo-benefício deverá levar em conta o objetivo final de assegurar um benefício líquido aos consumidores"¹⁶⁸.

Outro fator relevante para a implementação e produção do efeito esperado é o tempo, que deve ser o mais curto possível. No entanto, qualquer dos remédios antitruste acordados são naturalmente contratos incompletos. Isso porque nenhuma das partes envolvidas é capaz de prever todos os problemas práticos da sua implementação no momento em que é firmado o compromisso. Além disso, a mudança do cenário econômico ou de determinado setor pode também ensejar a necessidade de alteração no remédio aplicado¹⁶⁹.

Quanto a sua classificação, os remédios antitruste tradicionalmente se dividem em estruturais e comportamentais. Os remédios estruturais "(...) são aqueles que se referem, em geral, à venda de ativos físicos dos agentes econômicos envolvidos"¹⁷⁰. A sua forma mais comum é o desinvestimento de ativos, nos quais se cria uma nova fonte de concorrência pela venda de um negócio ou conjunto de ativos para um novo participante do mercado ou para uma fonte já existente¹⁷¹.

Os remédios comportamentais, por sua vez, "(...) são aqueles por meio dos quais se impõe uma obrigação de fazer ou não fazer para o agente econômico, indicando-lhe certo comportamento ou conduta"¹⁷². Buscam controlar os resultados dos mercados por meio do comportamento das empresas envolvidas no ato de concentração. Medidas comportamentais que podem ser adotadas, por exemplo, são o controle de preços, quantidade e condições de comercialização com concorrentes, fornecedores ou consumidores¹⁷³. Em geral, essa

¹⁶⁶ MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 64.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: _____; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 26.

¹⁶⁸ CASTRO, Bruno Braz. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 56.

¹⁶⁹ MATTOS, op. cit., p. 64-65.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 21.

¹⁷¹ MATTOS, op. cit., p. 66.

¹⁷² OLIVEIRA, op. cit., p. 21.

¹⁷³ ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahi. Termo de Compromisso de Desempenho em atos de concentração no Brasil - Uma comparação com a experiência estrangeira. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, p. 162, jul./set. 2002.

modalidade deve ser aplicada temporariamente, principalmente para evitar a transformação da autoridade concorrencial em um agente regulador setorial¹⁷⁴.

Os remédios estruturais estão diretamente em confronto com a visão absoluta do direito de propriedade, pois ao se determinar o desfazimento de unidades fabris, por exemplo, o direito de propriedade dos agentes econômicos sofre inequívoca intervenção estatal. Por outro lado, nos remédios comportamentais há uma forte intervenção na liberdade de iniciativa e de contratar desses agentes¹⁷⁵.

Atualmente há certa tendência, por parte de organismos internacionais e autoridades de defesa da concorrência no Brasil, em preferir a aplicação de remédios estruturais ao invés de remédios comportamentais¹⁷⁶. Isso porque aqueles tratam de uma medida de cumprimento mais clara e menos custosa para o Estado, enquanto que estes implicam em um alto custo de monitoramento¹⁷⁷, em decorrência da necessidade de constante fiscalização¹⁷⁸.

Além disso, uma intervenção estrutural se encerra logo após o final da operação de desinvestimento determinada pela autoridade antitruste¹⁷⁹. Depois da aplicação desse remédio é reestabelecida a capacidade de fruição dos ativos em poder tanto do atual quanto do antigo proprietário. Por outro lado, nos remédios comportamentais, o agente concorrencial terá sempre que induzir o proprietário do ativo a tomar decisões econômicas que ele provavelmente não tomaria na ausência de intervenção¹⁸⁰.

No entanto, ainda que soluções estruturais apresentem à primeira vista maiores vantagens, não é possível determinar de antemão a sua superioridade ou prevalência em relação aos remédios comportamentais. A adequada determinação de um remédio antitruste depende das características do ato de concentração em análise, bem como da natureza dos problemas concorrenciais identificados.

¹⁷⁴ MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 87.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: _____; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 21.

¹⁷⁶ CARVALHO, Patricia Bandouk. Remédios Antitruste em atos de concentração relativos à aquisição de participação minoritária em rival. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 21, p. 189, jan./jun. 2012.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 22.

¹⁷⁸ No entanto, considera-se que os remédios comportamentais são mais apropriados para as operações que envolvam concentrações verticais, uma vez que podem preservar as eficiências potenciais e ao mesmo tempo prevenir os riscos de fechamento de mercado. Os principais remédios comportamentais aplicados nesses casos são obrigações de concessão de acesso a insumos considerados fixos ou direitos de propriedade intelectual. Cf. MATTOS, op. cit., p. 84-92.

¹⁷⁹ CASTRO, Bruno Braz. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 51.

¹⁸⁰ MATTOS, op. cit., p. 68.

Outrossim, cada vez mais se chama atenção para o fato de que na prática os remédios comportamentais servem como um importante complemento aos remédios estruturais¹⁸¹. Em decorrência da especificidade dos problemas concorrenciais ocasionados por determinado ato de concentração, será necessária a adoção de uma combinação de remédios para facilitar a entrada de um novo agente no mercado ou garantir o seu acesso à rede ou a um conteúdo específico¹⁸².

Por fim, uma terceira categoria de classificação existente seria a dos remédios híbridos estruturais/comportamentais ou quase estruturais. Tratam-se de medidas que afetam a estrutura do mercado, apesar de não envolverem a alienação de ativos. Exemplos dessa categoria são o licenciamento de propriedade intelectual e a permissão de acesso não discriminatório a uma rede ou infraestrutura essencial¹⁸³.

Ao propor um remédio antitruste o CADE leva em consideração as eficiências geradas pelo ato de concentração no mercado, de forma que todo o procedimento é desenvolvido para atender a finalidade de garantir a concorrência e possibilitar o pleno desenvolvimento econômico dos mercados¹⁸⁴. O grande desafio é, portanto, encontrar as medidas corretas para uma solução que minore os danos à concorrência sem eliminar as eficiências econômicas da operação¹⁸⁵.

4.1.1 O Drop Down Enquanto Remédio Estrutural

O desinvestimento, modalidade de remédio estrutural, é destinado aos casos em que o ato de concentração gera sobreposição de ativos em determinado mercado relevante, aumentando de forma desproporcional o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos na operação. Esse remédio antitruste pretende dissolver os vínculos horizontais entre

¹⁸¹ MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 68.

¹⁸² CASTRO, Bruno Braz. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 54.

¹⁸³ ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahi. Termo de Compromisso de Desempenho em atos de concentração no Brasil - Uma comparação com a experiência estrangeira. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, p. 162, jul./set. 2002.

¹⁸⁴ FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 261.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Alice Ferreira. Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 164.

concorrentes (de natureza pessoal, financeira ou contratual), com o objetivo de ampliar a independência dos agentes de mercado e reduzir os riscos de colusão¹⁸⁶.

O desinvestimento é uma medida de grande relevância, sendo considerado como o principal e mais eficaz remédio estrutural¹⁸⁷. "A imposição de alienação de ativos é, talvez, a ferramenta mais impactante à disposição de autoridades de defesa da concorrência na repressão do abuso de poder econômico"¹⁸⁸. Na sua implementação os ativos são normalmente adquiridos por um novo entrante, de modo que a estrutura do mercado, em termos de distribuição e participação, retorna a posição anterior ao ato de concentração¹⁸⁹.

Para a eficácia de um desinvestimento é fundamental: *i*) a escolha do pacote de ativos, ou seja, a forma e o tamanho da segmentação dos ativos que permanecerão com as partes e aqueles que serão alienados; *ii*) a existência de um comprador adequado, com recursos e *expertise* necessários para se tornar um concorrente efetivo; *iii*) e um processo de desinvestimento efetivo¹⁹⁰.

Os ativos alienados devem ser suficientes para garantir a concorrência através da distribuição da participação no mercado¹⁹¹. Além disso, é desejável que o pacote ou negócio de desinvestimento mantenha ou amplie sua capacidade de gerar valor econômico para que a intervenção operada não gere ineficiências. Desse modo, devem ser preservadas as eficiências alocativa, produtiva e dinâmica dos ativos, algo que amplia a sua atratividade e viabilidade futura para os potenciais compradores¹⁹².

É sempre recomendável alienar um negócio autônomo (*stand-alone*), ou seja, uma combinação de ativos que seja capaz de operar de forma independente em relação ao alienante. O melhor é que o pacote de desinvestimento dependa o menos possível do alienante quanto ao fornecimento de insumos, assistência técnica ou pessoal¹⁹³. Outrossim, os ativos alienados

¹⁸⁶ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 307.

¹⁸⁷ FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 273.

¹⁸⁸ MARANHÃO, Juliano S. A. Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 25, p. 39, jan./jun. 2014.

¹⁸⁹ FERREIRA, op. cit., p. 259.

¹⁹⁰ CABRAL, Patricia Semensato. *Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do CADE*. 2014. 82 f. Tese (IX Prêmio SEAE) – Secretaria de Acompanhamento Econômico, Brasília, 2014, p. 19.

¹⁹¹ FERREIRA, op. cit., p. 260.

¹⁹² MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 71.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 73.

devem ser passíveis de identificação, separação e distinção dentro da estrutura da empresa, como uma forma de assegurar a possibilidade de exploração econômica do novo competidor¹⁹⁴.

A capacidade autônoma dos ativos é bastante favorecida quando ocorre a alienação de uma entidade de negócio preexistente, que já opera no mercado de forma independente. O desinvestimento desse tipo de negócio tende a ser uma solução com menor potencial de suscitar problemas na fase de implementação de um remédio estrutural¹⁹⁵. Nesses casos, a entidade já demonstrou sua capacidade de competir no mercado relevante, além de possuir não apenas todos os ativos físicos, mas também o pessoal, a carteira de clientes, os sistemas de informação, os ativos intangíveis e a estrutura gerencial necessária para uma produção e distribuição eficientes¹⁹⁶.

O histórico do negócio já existente estabelece forte presunção de que este pode se transformar em um competidor viável e eficiente, uma vez que essa entidade já foi testada de modo muito real pelo mercado¹⁹⁷. Além disso, "(...) a alienação de um negócio preexistente mitiga grande parte dos problemas de assimetria informacional que acometem tanto a autoridade quanto os compradores relativamente às requerentes alienantes no desenho do pacote de desinvestimento"¹⁹⁸.

Por outro lado, um pacote de desinvestimento com ativos selecionados, que até então não operavam como uma unidade autônoma, é mais suscetível de erros quanto a sua suficiência, podendo haver maiores dificuldades na sua implementação¹⁹⁹. Esse risco é ainda maior em se tratando dos remédios chamados de *mix and match*, nos quais os ativos de propriedade das requerentes são reunidos sem uma coordenação mútua preexistente²⁰⁰.

Além da configuração do pacote de desinvestimento, requer também cuidado a escolha do comprador, que não deve ser nem um agente dominante no mercado relevante envolvido e nem um desconhecido com baixa viabilidade de competir. O sucesso de um remédio estrutural

¹⁹⁴ FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 260.

¹⁹⁵ CABRAL, Patricia Semensato. *Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do CADE*. 2014. 82 f. Tese (IX Prêmio SEAE) – Secretaria de Acompanhamento Econômico, Brasília, 2014, p. 21.

¹⁹⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*. [S.I.: s.n.], 2011, p. 8. Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>>. Acesso em 28 de out.

¹⁹⁷ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, op. cit., p. 9.

¹⁹⁸ MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 74.

¹⁹⁹ CABRAL, op. cit., p. 21.

²⁰⁰ MATTOS, op. cit., p. 74.

depende, dentre outros fatores, da existência de um comprador adequado para os ativos desinvestidos²⁰¹.

Há uma conexão entre a escolha de um pacote de desinvestimentos ótimo e um comprador apropriado²⁰². Na escolha do comprador deve-se atentar para a sua capacidade financeira e experiência, bem como o seu real interesse em usar os ativos para concorrer no mercado relevante²⁰³. É preciso avaliar não somente a sua capacidade de competir, mas também os incentivos para tanto²⁰⁴.

"Como os compradores serão futuros concorrentes do alienante, há um incentivo natural deste escolher compradores de quem se espera baixa rivalidade"²⁰⁵. Por isso, é fundamental que a autoridade antitruste avalie os compradores, seja na hipótese de livre escolha pelo requerente, ou na de seleção do comprador por procedimento público, com o propósito de certificar se todas as exigências impostas, por meio do ACC ou de maneira unilateral, estão sendo cumpridas²⁰⁶.

Outra questão relevante em um processo de desinvestimento diz respeito à preservação do pacote de ativos. Como o comprador será o futuro concorrente do alienante, há um incentivo para que este deteriore os ativos a serem vendidos²⁰⁷. Um processo efetivo de implementação do remédio estrutural está diretamente relacionado à proteção do pacote de desinvestimento desde a sua determinação até o momento em que ocorre a efetiva transferência dos ativos²⁰⁸.

Uma importante fonte de comprometimento do valor do pacote de desinvestimento é a perda de capital humano²⁰⁹. Os recursos humanos necessários para compor o pacote de desinvestimento podem ser de difícil identificação, além de que qualquer troca de pessoal gera substanciais custos de transação adicionais ao comprador²¹⁰.

A par do capital humano, o procedimento de desinvestimento deve ser concluído no menor tempo possível, não só para que a concorrência seja garantida, mas principalmente para evitar a desvalorização e deterioração dos ativos que serão alienados²¹¹. De todo modo, é

²⁰¹ CABRAL, Patricia Semensato. *Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do CADE*. 2014. 82 f. Tese (IX Prêmio SEAE) – Secretaria de Acompanhamento Econômico, Brasília, 2014, p. 23.

²⁰² MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 78.

²⁰³ FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 260.

²⁰⁴ MATTOS, op. cit., p. 79.

²⁰⁵ Ibid., p. 76.

²⁰⁶ FERREIRA, op. cit., p. 260.

²⁰⁷ MATTOS, op. cit., p. 79.

²⁰⁸ CABRAL, op. cit., p. 27.

²⁰⁹ MATTOS, op. cit., p. 80.

²¹⁰ CABRAL, op. cit., p. 17.

²¹¹ FERREIRA, op. cit., p. 260.

preciso que a autoridade antitruste adote um conjunto de medidas que garantam a higidez do pacote de desinvestimento. Com o atendimento de todos esses critérios um desinvestimento, enquanto principal remédio estrutural, tem condições de garantir a concorrência e, ao mesmo tempo, permitir o livre desenvolvimento econômico dos mercados²¹².

A partir das considerações acerca dos cuidados necessários para a implementação bem sucedida de um processo de desinvestimento, tem-se que a operação societária de *drop down* pode ser utilizada de modo satisfatório e eficaz pelas autoridades antitruste como um remédio estrutural. O *drop down* é o negócio jurídico atípico por meio do qual uma sociedade repassa um conjunto de elementos de seu patrimônio como forma de integralização do capital social de outra sociedade em troca de ações e quotas²¹³. Essa operação viabiliza o desinvestimento de uma atividade ou ramo de um negócio.

Cumpra desde logo destacar que não há óbice legal para a utilização do *drop down* como um remédio estrutural. A Lei Antitruste estabelece, no § 2º do artigo 61, as modalidades de remédios que podem ser adotadas no controle dos atos de concentração. Contudo, trata-se de rol meramente exemplificativo, e não taxativo. O inciso VI, § 2º desse mesmo artigo estabelece que a autoridade antitruste poderá aplicar "qualquer outro ato ou providência necessários para eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica".

Além disso, destacam-se diversos benefícios que podem ser obtidos com a utilização do *drop down* como um remédio estrutural. Conforme já mencionado, em um desinvestimento prefere-se a alienação de um negócio autônomo. Nesse sentido, o *drop down* poderá servir como instrumento para viabilizar a formação ou separação de um negócio autônomo para a sua posterior alienação. Por meio dessa operação societária as partes requerentes, utilizando os ativos a serem desinvestidos na integralização do capital social, formam uma nova sociedade, ou seja, um ente autônomo.

Ademais, esse nova sociedade, formada pela segmentação de um ramo da atividade, poderá passar pelos "testes de mercado" enquanto estiver sob o comando das requerentes, uma vez que estas serão as detentoras da totalidade das ações ou quotas desse novo ente até o momento da sua efetiva alienação.

Intimamente ligada à questão da alienação de um negócio preexistente, está o aumento do número de compradores interessados. Isso porque os potenciais compradores poderão

²¹² FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 273.

²¹³ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

verificar, empiricamente, a viabilidade do negócio, que se for comprovada servirá como importante atrativo para aquisição dessa recém criada sociedade formada a partir do *drop down*.

Por outro lado, caso se constate que essa nova sociedade tenderá ao fracasso, poderá a autoridade antitruste requerer a inserção de novos ativos ou até mesmo a aplicação de um novo tipo de remédio. Isso para viabilizar não só a aquisição dos ativos desinvestidos, mas, principalmente garantir a concorrência no mercado relevante envolvido no ato de concentração. Dessa forma, diante do caso concreto, até mesmo a baixa procura de compradores poderá servir como um importante indicativo para uma necessária complementação do remédio antitruste aplicado por parte do CADE.

A operação de *drop down* pode materializar a estruturação de um negócio autônomo para a sua posterior alienação em um remédio estrutural, além de permitir a verificação da viabilidade do negócio na prática até que esteja finalizada a transferência de domínio sob os ativos.

Ademais, ao se exigir que os requerentes formem uma nova sociedade por meio do *drop down* garante-se uma melhor preservação dos ativos que serão alienados. Há menores chances de ocorrer a deterioração dos ativos, uma vez que estes continuarão sendo empregados na consecução da atividade. Nesse sentido, as requerentes, enquanto detentoras da totalidade das ações dessa recém criada sociedade, possuirão o domínio necessário para manutenção do funcionamento desse negócio até a sua alienação.

Por meio do *drop down* pode-se evitar a inutilização do pacote de ativos, que é um dos maiores causadores da sua deterioração e desvalorização com o transcurso do tempo. Além disso, a continuação da atividade produzirá maior estabilidade nos recursos humanos empregados na atividade, uma vez que não se tornarão mão-de-obra ociosa, havendo maiores chances de permanecerem empregadas no desenvolvimento da atividade mesmo após a alienação do negócio.

No entanto, cumpre ressaltar que para a aplicação do *drop down* não é necessária a criação de uma nova sociedade, sendo também possível que os ativos formadores do pacote de desinvestimento sejam transferidos para uma sociedade já existente, desde que esta esteja totalmente submetida ao controle, se não de todas, mas de pelo menos uma das requerentes envolvidas no ato de concentração a ser aprovado.

Sabe-se que a implementação e os efeitos esperados dos remédios antitruste devem ocorrer no período de tempo mais curto possível como forma de prevenir a deterioração dos

ativos, bem como para garantir, o quanto antes, a manutenção dos níveis de concorrência existentes no mercado.

Nesse sentido, outro possível benefício ao se adotar o *drop down* como remédio estrutural seria a maior facilidade na aquisição de ações do que de um conjunto de ativos, especialmente no que diz respeito a sua avaliação para estipulação do preço devido. Dessa forma, haveria uma arrecadação e uma realização dos ativos de modo mais simplificado, uma vez que seriam efetivadas sobre as ações da nova sociedade e não sobre um arsenal de bens.

Muito embora não cumpra à autoridade antitruste intervir no preço praticado na venda do desinvestimento, uma vez que lhe interessa tão somente a garantia de suficiência dos ativos e a independência do comprador²¹⁴, uma maior facilidade na avaliação dos ativos pode impactar na menor duração do processo de implementação do remédio antitruste.

Além disso, o *drop down* torna possível a existência de mais de um comprador para a mesma unidade do negócio. Por se tratar da aquisição de ações, a compra poderá ser fracionada entre diversos compradores. A possibilidade de adquirir parcialmente o empreendimento pode atrair um maior número de compradores interessados e aptos a adquirirem o negócio, bem como favorecer a concorrência no mercado relevante com a inserção de mais de um *player* por meio da aplicação de um único remédio estrutural.

Conforme já mencionado, o *drop down* difere-se dos demais tipos de modificações societárias, dentre outras razões, por permitir a inclusão de bens de natureza diversa como forma de integralização do capital social de uma empresa. Essa característica permite à autoridade antitruste, quando da aplicação de um remédio estrutural, a escolha entre uma infinidade de bens, tangíveis e intangíveis, para a formação do pacote de desinvestimento a ser alienado. Desse modo, com ampla possibilidade de escolha, é possível se optar pelos ativos que melhor se adequem à manutenção da concorrência no mercado relevante, com respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Dessa forma, o *drop down* pode ser utilizado como um importante mecanismo de desinvestimento em remédios estruturais a ser aplicado no controle dos atos de concentração. Com o seu emprego pode se obter uma maior efetividade quando da aplicação dos remédios antitruste, bem como a possibilidade de trazer resultados significativos para a defesa da concorrência no Brasil.

²¹⁴ FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 263.

5. Considerações Finais

O presente artigo procurou demonstrar as implicações da operação societária de *drop down* no direito concorrencial, mais especificamente no controle dos atos de concentração. Nesse sentido, e a partir do que foi exposto, pode-se fazer alguns apontamentos acerca dos principais temas tratados.

De início, constata-se que o sistema jurídico norte-americano é marcado por um forte caráter contratual nas relações empresariais. Por outro lado, o direito brasileiro caracteriza-se por ser rígido e formalista. Contudo, a interatividade do mundo dos negócios, aliada à globalização dos mercados desafia essa rigidez, tornando possível a implementação de novas modalidades de reorganizações societárias, tal como o *drop down*.

Essa operação, na forma como tem sido utilizada na prática empresarial brasileira, pode ser definida como a integralização do capital social que uma empresa faz em outra a partir da utilização de bens de natureza diversa, tais como contratos, atividades empresariais, estabelecimentos comerciais, direitos e obrigações, carteira de clientes, tecnologia, entre outros.

Ainda que a doutrina brasileira considere o *drop down* como uma operação societária dotada de características próprias, que o diferenciam das demais modalidades de reorganização societária previstas em nosso ordenamento jurídico, nos Estados Unidos, onde teve sua origem, esse instituto é visto como uma técnica para versão de ativos em uma subsidiária e não como uma forma de reorganização empresarial isolada.

Em relação ao direito concorrencial, após o transpasse pelas etapas de definição do mercado relevante, análise do exercício de poder de mercado e eficiências econômicas decorrentes do ato de concentração, a autoridade antitruste poderá, entre os dois extremos de aprovação pura e simplesmente e rejeição total, autorizar a operação com ressalvas. Nesses casos haverá a aplicação de remédios antitruste, utilizados para possibilitar a aprovação de um ato de concentração e, ao mesmo tempo, evitar suas consequências anticoncorrenciais.

Os remédios antitruste devem ser delineados no caso concreto de modo claro e preciso. Não podem objetivar uma regulação ou planejamento setorial e nem a defesa dos concorrentes, mas tão somente da concorrência. Nesse sentido, a operação societária de *drop down* pode ser utilizada satisfatoriamente como um remédio estrutural atípico, uma vez que não há óbice legal para a sua utilização com tal finalidade.

Além disso, essa operação torna possível a formação ou separação de um negócio autônomo para sua posterior alienação. Esse fato permite a demonstração da capacidade desse

empreendimento em competir no mercado, bem como a suficiência do pacote de ativos, que contaria com o necessário para uma produção e distribuição efetivas. Por fim, com a aplicação do *drop down* como um remédio antitruste haveria uma melhor preservação dos ativos até o momento da venda, tendo em vista que estes continuariam a ser empregados na consecução da atividade empresarial.

Cumprе ressaltar que, embora ampla e legitimamente utilizado na prática empresarial brasileira, a operação societária de *drop down* ainda se revela carente de estudos consistentes, seja para o estabelecimento de seus limites legais, seja para avaliação dos seus resultados aplicados. Dessa forma, o presente artigo procurou oferecer uma introdução a essas reflexões, especialmente no que diz respeito às implicações e possíveis utilizações desse mecanismo de reorganização societária no direito concorrencial.

6. Referências

ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahi. Termo de Compromisso de Desempenho em atos de concentração no Brasil - Uma comparação com a experiência estrangeira. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, p. 161-180, jul./set. 2002.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, p. 244-250, jul./set. 2002.

ASSUMPÇÃO, Debora Skibinski; ALVES, Diego Saldo; KRONBAUER, Clovis Antonio. Reorganização societária atípica: impactos contábeis e tributários de reorganizações societárias caracterizadas como drop down. *Revista de Contabilidade da UFBA*, Salvador, v. 8, n. 3, p. 52-74, set./dez. 2014.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo. A nova dinâmica dos Acordos de Cessação de Práticas Anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 23, p. 117-239, jan./jun. 2013.

CABRAL, Patricia Semensato. *Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do CADE*. 2014. 82 f. Tese (IX Prêmio SEAE) – Secretaria de Acompanhamento Econômico, Brasília, 2014.

CARVALHO, Patricia Bandouk. Remédios Antitruste em atos de concentração relativos à aquisição de participação minoritária em rival. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 21, p. 181-205, jan./jun. 2012.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001*. 4 v. t. I. 3 ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2002.

CASTRO, Bruno Braz. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 31-59.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOWNES, John; GOODMAN, Elliot. *Dictionary of Finance and Investment Terms*. Tradução de: Ana Rocha Tradutores Associados. São Paulo: Nobel, 1993.

FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 251-275.

FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down. In.: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito Societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402-415.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da Concorrência no Brasil: perfil contemporâneo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 60, p. 257-275, out./dez. 2014.

HANAFY, Karim H. Section 355 Spin-Off + Section 368 Reorganization ≠ Section 355 (E). It's Simple Math: The Anti-Morris Trust Bill Simply Does Not Add Up. *Houston Business and Tax Law Journal*, Houston, v. 1, p. 119-183, 2001.

JANIGA, John M. "Drop-Down" technique allows change in accounting method without IRS approval. *The Tax Adviser*, [S.l.], p. 90-101, fev. 1996.

KIBILKO, John; MEDIA, DEMAND. *7 Types of Corporate Reorganization*. Disponível em: <<http://smallbusiness.chron.com/7-types-corporate-reorganization-17885.html>>. Acesso em 10 ago.

KIDDER, Gregory N. Basics on U.S. tax-free spin-offs under section 355. *Internacional Taxation*, [S.l.], v. 5, n. 51, p. 438-447, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.steptoec.com/assets/attachments/4358.pdf>>. Acesso em 15 ago.

KOVÁCS, Veronika. *Corporate Split-Off: Comparison of the U.S. and German models*. 48 f. LL.M. Short Thesis – Course Legal Aspects of Corporate Governance, Central European University, Budapest, 2008.

MARANHÃO, Juliano S. A. Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 25, p. 39-81, jan./jun. 2014.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, César. Remédios em ato de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 61-99.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: questões controversas sobre o art. 35-C da Lei Antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 17, p. 169-210, jan./jun. 2010.

NETTO, Adyr Garcia Ferreira. Globalização, atividade empresarial e a segurança jurídica. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 75-88, jan./abr. 2007.

OLIVEIRA, Alice Ferreira. Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 147-177.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: _____; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 17-30.

RAVAZZINI, Tad. The Amalgamating Reorganization Provisions: The Asymmetry in Treatment of Forward and Reverse Triangular Mergers and Other Problems. *Golden Gate University Law Review*, São Francisco, v. 26, 1996. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol26/iss3/4/>>. Acesso em 08 jul. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Ricardo. O Trespasse para a Subsidiária (drop down). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 57-83.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*. [S.I.: s.n.], 2011. Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>>. Acesso em 28 de out.

VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, a. XLI, p. 41-47, jan./mar. 2002.

O Carve-out Agreement como instrumento (in) capaz de elidir a configuração do Gun Jumping

Amanda Karolini Burg²¹⁵

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a discussão acerca da utilização do *Carve-out Agreement* no Brasil como meio capaz de elidir a configuração do *Gun Jumping*. Para tanto, serão apresentados os conceitos inerentes à noção de ato de concentração, controle prévio de ato de concentração, *Gun Jumping* e *Carve-out Agreement*. Para fundamentar o posicionamento defendido, se procederá a um resumo analítico do Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração n.º 08700.011836/2015-49, no qual se questiona a configuração de *Gun Jumping* no processo de aquisição da divisão de conectividade da Cisco Systems, Inc. pela Technicolor S.A.

Palavras-chave: Ato de concentração; Consumação prévia de ato de concentração; *Carve-out Agreement*.

ABSTRACT

This paper discusses the use of the Carve-out Agreement in Brazil as an instrument able to avoid the Gun Jumping. Therefore, it is important to present concepts related to merger, “a priori” control of merger, Gun Jumping and Carve-out Agreement. To support the adopted position, it’s necessary to analyze the Brazilian merger investigative process n° 08700.011836/2015-49, in which is questioned the Gun Jumping configuration in the acquisition process of Cisco Systems’ Connectivity Division by Technicolor S/A.

Keywords: Merger; Gun Jumping; Carve-out Agreement.

Classificação JEL: K21

²¹⁵ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ). Intercambista do 36º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PINCADE - 2016).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Noções gerais sobre atos de concentração; 3. O controle dos atos de concentração no ordenamento jurídico brasileiro; 4. *Gun Jumping*: a consumação prévia dos atos de concentração; 5. O *Carve-out agreement* como instrumento para diminuição do risco de configuração do *Gun Jumping*; 6. Análise do Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração n.º 08700.011836/2015-49 - Cisco Systems, Inc. e Technicolor S.A.; 7. Considerações Finais; 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A crise da estrutura do sistema capitalista contemporâneo demonstrou a necessidade de atuação Estatal no que concerne às relações de mercado. O modelo de mercado adotado pela Constituição Federal de 1988 se mostra organizado e de natureza sócio-liberal, isto porque, mesmo estando afetado pelos preceitos da ordem pública clássica, opta por um processo econômico liberal, no qual “[...] só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico visando o aumento arbitrário dos lucros” (GRAU, 2010, p. 191).

É correto afirmar que a Ordem Econômica no Brasil, mesmo adotando a economia de mercado, se distancia do modelo liberal puro. Ao mesmo tempo em que repudia o dirigismo, o modelo brasileiro acolhe a ideia de intervencionismo econômico em favor do mercado, garantindo a liberdade dos agentes econômicos quando exercida em consonância com as noções de justiça social e priorização dos valores do trabalho humano (GRAU, 2010, p. 192).

No Brasil, a atuação do Estado na economia se manifesta, dentre outros, pela atuação de órgãos estatais a fim de garantir a livre ação concorrencial. Compete ao Estado garantir o equilíbrio nas relações entre grandes grupos e o direito de estar no mercado das pequenas empresas através da noção de liberdade de concorrência (FONSECA, 2014, p. 94).

Nesse contexto, é a partir da promulgação da Nova Lei de Concorrência (Lei n.º 12.529/2011), que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, principal órgão de controle da concorrência no país, passou a atuar de forma mais efetiva, não apenas na aplicação de multas e sanções, mas também no controle preventivo de determinados atos que influenciam diretamente o equilíbrio de mercado, dentre os quais se apresentam os atos de concentração.

É patente que a concorrência se apresenta como uma questão de grau, onde o grau de garantia se apresenta em seu nível máximo num regime de concorrência perfeita, passando por níveis intermediários, chegando a seu mínimo em situações de monopólio. Para a manutenção de um nível saudável de concorrência é essencial a coexistência de diversos fatores, dentre os

quais ganha destaque um número elevado de agentes operadores de mercado. Uma vez que o ato de concentração se apresenta como instrumento de redução do número de unidades em determinado mercado, seu controle por parte do Estado se apresenta essencial à manutenção do equilíbrio econômico (NUSDEO, 2013, p. 281).

Desde 2012, com a entrada em vigor da nova Lei Antitruste, o controle dos atos de concentração é realizado preventivamente pelo CADE, nas hipóteses listadas em lei, o que demonstra que “O papel que coube ao CADE passa a ter relevo e, ao mesmo tempo, marcante técnica de verificação preventiva de compra e alienação de controle, notadamente quando houver a participação do capital estrangeiro, priorizando assim maior eficiência” (MARTINS, 2013, p. 394).

Em face dessa sistemática sócio-liberal de mercado, bem como da atuação mais pungente do CADE nos últimos anos no que tange à garantia da concorrência, o presente artigo tem como escopo a análise dos atos de concentração, buscando compreender o sistema preventivo de controle, bem como analisar a caracterização do *gun jumping* e a possibilidade de utilização de contratos de *carve-out* como meio de elidir a configuração do descumprimento do dever de notificação prévia dos referidos atos. Para tanto, será feita uma análise do Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração n.º 08700.011836/2015-49, no qual se questiona a configuração de *Gun Jumping* no processo de aquisição da divisão de conectividade da Cisco Systems, Inc. pela Technicolor S.A.

2. Noções gerais sobre atos de concentração

A concentração econômica, de modo genérico, pode ser definida como o acúmulo de riqueza na mão de poucos. De fato, a acumulação de capital se apresenta como um dos possíveis efeitos advindos dos atos de concentração, porém, no direito concorrencial, a concentração tem aplicação às situações em que se demonstra o aumento do poder econômico de um ou mais agentes do mercado em decorrência da associação empresarial.

Assim, no campo do antitruste, o termo *concentração* vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado. A mais comum liga-se a situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia, como nas operações de fusão, incorporação etc. Há, também, concentração quando se dá a constituição de nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle é compartilhado ou quando uma empresa adquire ativos ou parcela de patrimônio de outra. No resumo de Nuno T. P. Carvalho: “Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos,

que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial” (FORGIONI, 2014, p. 401-402).

Ainda nesta linha, a concentração também pode ser definida como a “coligação entre empresas, tendo em vista à dominação dos mercados e/ou eliminação de concorrência e, conseqüentemente, o aumento arbitrário dos lucros” (FRADE; BARACHO, 2013, p. 423), porém, faz-se mister advertir que os atos de concentração empresarial não são, *per se*, prejudiciais. Por mais que as concentrações empresariais possam ensejar a configuração de conseqüências negativas, como o abuso de poder dominante e a conseqüente exploração dos consumidores, elas também exercem um papel positivo permitindo, por exemplo, a recuperação de empresas atingidas por crises financeiras e a otimização das condições de distribuição (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 780-781).

O art. 90, da Lei n.º 12.529/2011, estabelece um rol de hipóteses que configuram a realização de um ato de concentração. Assim, nos termos da legislação brasileira, são atos de concentração: (i) as operações de fusão, onde duas empresas independentes fundem-se, dando origem a uma terceira sociedade; (ii) a aquisição, direta ou indireta de participações societárias ou de ativos de terceiros, tangíveis ou intangíveis, tais como de controle direto ou indireto de empresa, de participação minoritária, de direitos de propriedade industrial e de ativos físicos; (iii) a incorporação de empresas, na qual há a absorção de uma sociedade por outra, que a sucede em direitos e obrigações; (iv) a celebração de consórcios, visando a execução de quaisquer empreendimentos tipificados no art. 278, da Lei 6.404/1978; e (v) a celebração de contratos associativos ou *joint-ventures*, nos quais as empresas, sem constituírem um consórcio formal, se unem em prol da realização de empreendimento com vistas ao lucro (LEI N.º 12.529/2011, 2016, WEB).

Doutrinariamente, a concentração pode ser dividida em três espécies, quais sejam: (i) concentração vertical, definida como a aglutinação de vários estágios de produção de um bem por uma única empresa ou grupo; (ii) concentração horizontal, consistente na concentração de um único estágio de processo produtivo; e (iii) conglomeração, que se configura com a condução a partir de um centro decisório unitário de atividades diversas e/ou desconexas (BAGNOLI, 2008).

Ante todo o exposto, restando consolidados os conceitos, doutrinária e legalmente, de atos de concentração, resta compreender quais razões ensejam tais atos. Para Fábio Nusdeo (2013, p. 282), “Existe uma série de fatores favorecedores, ora mais ora menos, do processo de concentração econômica”. Para o estudioso, o progresso tecnológico, a possibilidade de

discriminação de mercados e de diferenciação de produtos, a estrutura favorável de custos para certas empresas e a escassez do espírito empresarial são os principais motivos.

Para Paula A. Forgioni (2014, p. 406-408), por sua vez, são os inúmeros efeitos positivos gerados ao empreendedor pela concentração que ensejam o ato, na medida em que os atos de concentração: (i) se apresentam como uma forma de se atingir ou reforçar a posição monopolista através do arrefecimento da concorrência entre os agentes econômicos; (ii) podem viabilizar o melhor aproveitamento de recursos e a economia de escala, em decorrência dos sistemas de distribuição; (iii) permitem a aquisição de pessoal especializado, patentes e direitos de propriedade intelectual; (iv) tornam mais fácil a entrada do agente comprador em determinado mercado; (v) permitem a continuação das atividades da empresa que, sem a concentração, resultaria na falência; e (vi) resultam em economia tributária e diminuição dos riscos da atividade, em razão da ampliação do leque de mercado do agente econômico.

Em suma, tem-se que na realização de um ato de concentração há, inicialmente, dois agentes econômicos autônomos que, em decorrência da existência de inúmeros efeitos econômicos possivelmente favoráveis, se unem, criando um novo ente econômico com centro decisório uno.

O ato de concentração tem o condão de gerar tanto efeitos positivos quanto negativos ao mercado, razão pela qual se faz necessária a existência de meios de controle, como será demonstrado.

3. O controle dos atos de concentração no ordenamento jurídico brasileiro

Como já sustentado, os atos de concentração não são, por si sós, prejudiciais à Ordem Econômica. Muito pelo contrário, são capazes de fazer com que resultados, que a princípio não seriam viabilizados num mercado pulverizado, sejam atingidos a partir da centralização do capital. Segundo Paula A. Forgioni (2014, p. 408-409):

O processo de concentração econômica é capaz de levar a maior grau de eficiência, proporcionando inovação, desenvolvimento tecnológico e benefícios para os consumidores. A concentração de capitais pode fomentar a economia de escala e proporcionar o aproveitamento de sinergias em benefício da sociedade.

Por outro lado, os atos de concentração podem gerar enormes prejuízos, comprometendo o normal funcionamento do mercado, a partir do abuso de posição dominante de agentes que agem com independência e indiferença em relação aos consumidores e demais agentes

econômicos. Nesse sentido, tem-se que os atos de concentração podem se constituir como infrações à Ordem Econômica, desde que sejam aptos a produzir os efeitos tipificados no art. 36, da Lei n.º 12.529/2011.

Como reação aos possíveis resultados prejudiciais advindos dos atos de concentração de empresas, o sistema legal brasileiro de defesa da concorrência, com a promulgação da Lei n.º 12.529/2011, passou a adotar um modelo de controle prévio dos atos de concentração. A lei é expressa no sentido de afirmar que o controle dos atos de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica será prévio e que estes não poderão ser consumados sem que sejam autorizados, sob pena de nulidade e multa pecuniária.

A autorização a ser emitida pelo CADE deve estar fundamentada num juízo de ponderação, isto porque, mesmo gerando a conquista ou o fortalecimento da posição dominante ou o domínio de mercado, os atos de concentração podem ser permitidos, desde que os prejuízos à concorrência sejam inferiores aos benefícios.

Tal entendimento encontra embasamento legal no art. 88, §6º, da Lei n.º 12.529/2011, segundo a qual os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços serão admitidos desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir o aumento da produtividade ou da competitividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços e/ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, desde que seja repassada aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

De acordo com a Lei Antitruste, nem todas as operações de concentração deverão ser submetidas ao controle prévio perante o CADE, mas apenas aquelas que se enquadrarem nas hipóteses previstas nos artigos 88, *caput* e 90, da Lei n.º 12.529/2011. Desta forma, estão subordinados à autorização prévia do CADE os atos de concentração resultantes de fusão, de aquisição, direta ou indireta de participações societárias ou de ativos de terceiros, tangíveis ou intangíveis, de incorporação, de consórcios ou de consórcios associativos ou *joint-ventures*, que obtenham os faturamentos previstos na Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012 (2016, WEB):

Art. 1º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:
I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

Assim, tem-se que todos os atos de concentração que observarem cumulativamente os requisitos previstos nos artigos supracitados serão objeto de controle prévio de concentração, com exceção dos contratos de consórcio, associativos ou de *joint-ventures*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, pois estes, nos termos do art. 90, parágrafo único, da Lei n.º 12.529/2011, não constituem ato de concentração.

No mesmo sentido “as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir da sua publicação e independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação” (REGIMENTO INTERNO DO CADE, 2016, WEB). No que se refere às mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, estes devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a fim de serem examinados.

De acordo com o art. 108, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, os atos de concentração deverão ser submetidos à apreciação prévia do CADE, sendo que as notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.

Quaisquer efeitos decorrentes do ato de concentração ficam condicionados à aprovação do ato pelo órgão de defesa da concorrência. Tal condição suspensiva é a principal justificativa para a adoção de um sistema de controle prévio, o qual gera maior segurança, na medida em que “os prejuízos decorrentes de eventual rejeição da operação serão menores e não haverá dificuldades para o retorno ao *status quo ante*” (FONTANELE E SILVA *apud* CASTRO, 2012, p. 69). Nesse sentido, disciplinam os artigos 88, §4º, da Lei n.º 12.529/2011 (2016, WEB), e 108, §2º, do Regimento Interno do CADE (2016, WEB), respectivamente:

Art. 88 [...]

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

Art. 108. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei n.º 12.529, de 2011, será prévio.

§2º As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem

como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

A partir do momento em que os agentes econômicos assinarem o documento formal que garanta a realização do ato de concentração, este deverá ser comunicado ao CADE para que seja dada a autorização. Uma vez notificada a intenção de concretizar um ato de concentração, deverão ser mantidas inalteradas as estruturas físicas e as condições competitivas dos agentes, não se admitindo quaisquer transferências de ativos ou troca de informações sensíveis à concorrência. Qualquer ação contrária ao procedimento narrado estará em desacordo com a lei, dando ensejo à aplicação das penalidades previstas em lei, bem como à abertura de processo administrativo para sua investigação.

Ademais, é importante salientar que a lei dá ao CADE a faculdade de exercer o controle sobre os atos de concentração de submissão não obrigatória, desde que o faça no período de um ano a contar da consumação do ato. No mesmo diapasão, o CADE possui competência para revisar a autorização dada, desde que: (i) a autorização tenha se baseado em informações falsas ou enganosas prestadas pelos agentes interessados; (ii) tenha ocorrido o descumprimento de quaisquer obrigações assumidas; ou (iii) não tenham sido alcançados os benefícios visados.

4. *Gun Jumping*: a consumação prévia dos atos de concentração

Como anteriormente sustentado, os atos de concentração, de forma geral, devem ser submetidos ao controle prévio perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sob pena de aplicação das sanções legais. A não submissão dos atos de concentração ao CADE, quando obrigatória, e/ou a consequente consumação prévia daqueles é conhecida internacionalmente como *Gun Jumping*.

O *Gun Jumping* consiste na “queima da largada”. No contexto das relações econômicas, principalmente no que se refere aos atos de concentração, a agilidade no procedimento pode garantir maior efetividade na negociação entre os agentes econômicos, por permitir um maior planejamento para o fechamento da operação, de tal maneira que os interessados, muitas vezes, acabam por praticar atos de consumação da concentração antes mesmo de autorizados (SANSEVERINO, 2016, p. 2, WEB).

Winterscheid, Dubrow e Amezcua (2010, WEB) classificam o *gun jumping* em duas subespécies: o *procedural gun jumping* e o *substantive gun jumping*. Ou seja, para os autores, a configuração do *gun jumping* pode ocorrer material ou formalmente.

Sob o ponto de vista material, há consumação prévia quando os agentes econômicos, interessados no ato de concentração, coordenam suas ações antes mesmo da operação tornar-se efetiva. Por sua vez, num aspecto formal, há consumação prévia quando os agentes deixam de notificar a autoridade competente para autorizar o ato de concentração ou não respeitam o período de análise, consumando o ato de maneira precoce.

No Brasil, nos termos da Resolução 13, de 23 de junho de 2015 (2016, WEB), o procedimento para análise da consumação prévia de atos de concentração deverá ser deflagrado em três hipóteses: (i) quando os atos forem notificados, mas consumados antes da apreciação pelo CADE; (ii) quando não forem notificados e forem consumados sem autorização do órgão antitruste; e (iii) nos casos em que o CADE requerer a submissão de atos de concentração de notificação não obrigatória. Vê-se, portanto, a preocupação do órgão antitruste brasileiro no que concerne à configuração tanto formal quanto material do *Gun Jumping*.

Num sistema balizado pelo controle prévio dos atos de concentração, os agentes econômicos têm o dever de operar de forma independente até o fechamento do negócio, o qual se dá apenas com a efetiva autorização para realização do ato de concentração pelo órgão de concorrência. Tal exigência tem como fundamentação o fato de que a ação coordenada dos agentes econômicos antes da conclusão da operação pode eliminar a concorrência de mercado. Deste modo, a repressão da consumação prévia dos atos de concentração se justifica como meio eficiente para coibir a extinção da competição entre os interessados sem a chancela do órgão fiscalizador.

A análise do *Gun jumping* no sistema concorrencial brasileiro se torna importante na medida em que o país, a partir de 2011, passa a adotar um sistema de controle prévio dos atos de concentração, vedando de forma expressa quaisquer trocas de informações sensíveis e alterações estruturais e concorrenciais por agentes envolvidos em atos de concentração.

As atividades empresariais que geram preocupações envolvendo a consumação prévia de atos de concentração podem ser separadas em três grupos:

- (i) trocas de informações entre agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração; (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos; e (iii) atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração (GUIA PARA ANÁLISE DA CONSUMAÇÃO PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA, 2016, p. 7, WEB).

No que tange à troca de informações sensíveis, a fim de se evitar a configuração do *Gun Jumping*, é importante que os agentes econômicos envolvidos em atos de concentração evitem a troca de informações capazes de prejudicar a concorrência entre os sujeitos envolvidos na

relação, caso o ato de concentração não seja aprovado. Admite-se a troca de informações entre os agentes, na medida em que estas, normalmente, são essenciais à realização do ato de concentração. Porém, tanto a jurisprudência do CADE, quanto as autoridades estrangeiras, tendem a vedar a troca abusiva de informações que versem diretamente sobre o desempenho das atividades-fim dos agentes, tais como: (i) custos das empresas envolvidas; (ii) estratégias de marketing; (iii) preços e descontos; (iv) fornecedores e termos de contratos; (v) estratégias competitivas etc. (GUIA PARA ANÁLISE DA CONSUMAÇÃO PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA, 2016, p. 7, WEB)

Compete às partes envolvidas nos atos de concentração a manutenção do ambiente concorrencial até a emissão de autorização pelo CADE. Desta maneira, uma série de cláusulas contratuais pode caracterizar a consumação prévia de um ato de concentração, na medida em que diz respeito a atividades concorrencialmente sensíveis. Segundo o CADE,

Existe uma miríade de disposições contratuais passíveis para se formalizar atos de concentração, impossibilitando a listagem de quais cláusulas devem ser entendidas como ilícitas pela autoridade antitruste. Não obstante, entre aquelas que são merecedoras de maior atenção estão todas aquelas que podem implicar a integração prematura das atividades das partes envolvidas no ato de concentração (GUIA PARA ANÁLISE DA CONSUMAÇÃO PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA, 2016, p. 8, WEB).

Deste modo, cláusulas de não concorrência prévia, de pagamento antecipado não reembolsável, que permitam a ingerência direta de uma parte sobre aspectos estratégicos do negócio da outra, bem como quaisquer cláusulas que tornem a reversão do negócio significativamente inviável, têm o condão de dar ensejo ao *Gun Jumping*.

Por fim, no que diz respeito às atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração, tem-se que alguns comportamentos geram maiores preocupações ao CADE, podendo configurar a prática de consumação prévia, dentre os quais ganham destaque: (i) a transferência de ativos; (ii) o exercício de influência relevante sobre as atividades da contraparte; (iii) a participação nos lucros; (iv) o desenvolvimento em conjunto de estratégias de venda e de marketing; (v) a interrupção de investimentos etc. (GUIA PARA ANÁLISE DA CONSUMAÇÃO PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA, 2016, p. 9, WEB).

Uma vez definido o conceito de consumação prévia de atos de concentração, é importante compreender as consequências inerentes ao descumprimento do disposto em lei. Nos termos do art. 88, §3º, da Lei n.º 12.529/2011 (2016, WEB), os atos de concentração econômica:

[...] 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.

Da leitura do artigo supracitado, depreende-se que são três as consequências advindas da decisão que reconhece a consumação prévia do ato de concentração, quais sejam: (i) a imposição de multa em montante entre R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), levando em consideração a situação da operação, a natureza da decisão do CADE e o tempo e porte econômico do infrator; (ii) a abertura de procedimento administrativo, nos termos do art. 69, da Lei Antitruste; e (iii) a declaração de nulidade do ato de concentração, quando consumado antes de apreciado pelo CADE.

5. O *Carve-out Agreement* como instrumento para diminuição do risco de configuração do *Gun Jumping*

Existem modelos de relacionamento que podem ser adotados pelas empresas em negociação, a fim de evitar a caracterização da consumação prévia do ato de concentração. No Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, publicado pelo CADE, sugere-se a criação de um procedimento específico que assegure a troca de informações entre os agentes dentro da legalidade.

Com o exclusivo propósito de examinar a viabilidade da operação, os concorrentes podem trocar informações comercialmente sensíveis, tanto na fase de negociação quanto durante a análise do ato de concentração pelo Cade. De forma a assegurar que a troca de informações possa ocorrer em atenção às regras previstas na Lei 12.529/2011, é recomendável que as empresas, dentre outras possíveis medidas, estabeleçam, por exemplo, um procedimento específico a ser observado por comitês independentes para tratar tais informações (“Protocolo Antitruste”). A preocupação subjacente a essas medidas é evitar que executivos, funcionários ou representantes de uma empresa tenham acesso a informações concorrencialmente sensíveis da outra (GUIA PARA ANÁLISE DA CONSUMAÇÃO PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA, 2016, p. 10, WEB).

Para além dessa medida, questiona-se a utilização do *Carve-out Agreement* como instrumento capaz de elidir a configuração do *Gun Jumping*, visto que este se apresenta como mecanismo que objetiva “[...] blindar os efeitos do fechamento de uma operação global numa

jurisdição que ainda não tenha recebido autorização da autoridade antitruste” (PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08700.011836/2015-49, 2016, WEB).

O *Carve-out Agreement* normalmente é instituído nos casos em que uma operação de concentração tende a gerar efeitos globais, visando impedir a produção de efeitos (anti) concorrenciais em países nos quais a autoridade antitruste ainda não tenha autorizado o referido ato.

Para Matthes, Schneider e Schulz (2016, WEB), o *Carve-out Agreement* consiste na separação em nível organizacional, financeiro, legal e técnico de uma organização, que passa a ser composta por duas entidades independentes.

Ao discorrerem acerca da aplicabilidade ou não do *Carve-out* no Brasil, Berardo e Becker (2015, WEB) o conceituam como a possibilidade de blindar partes de um negócio, de modo que este não afete o mercado brasileiro. Afirmam inexistir previsão legal que autorize a utilização do *Carve-out Agreement* no país.

Em países como Estados Unidos, Canadá e Alemanha, o *Carve-out Agreement*, em regra, não é instrumento capaz de elidir a configuração do *Gun Jumping*, nem mesmo de mitigar a aplicação de penalidades decorrentes da prática ilícita. Desta maneira, são inúmeros os julgados em que os agentes econômicos se veem condenados pela prática do *Gun Jumping*, mesmo com a pré-existência de um acordo de *Carve-out* (PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08700.011836/2015-49, 2016, WEB).

A título exemplificativo, cita-se o caso da compra da Nutro Products Inc. pela Mars Inc. A operação de concentração foi notificada na Alemanha, na Áustria e nos Estados Unidos, mas após a aprovação daquela pela autoridade antitruste americana, as empresas consumaram o ato de concentração, sem a manifestação das autoridades de concorrência austríaca e alemã. Na medida em que na Alemanha se exige a notificação prévia dos atos de concentração, inexistindo previsão do *Carve-out* como meio descaracterizador do *Gun Jumping*, as empresas foram condenadas a pagar uma multa de 4,5 milhões de euros, mesmo a Nutro não possuindo ativos na Alemanha e tendo as atividades no mercado alemão sido blindadas pelo acordo (ROSENFELD; IMGRUND, 2011).

Ainda que existam jurisdições que aceitem a utilização do *Carve-out Agreement* como meio de elidir a caracterização da consumação prévia do ato de concentração, é certo que se trata de instrumento que implica em difícil monitoramento por parte das autoridades antitruste, visto que não há como garantir de forma perfeita a inexistência de troca de informações

sensíveis entre os agentes econômicos envolvidos. Nesse sentido, defendeu Paulo Burnier da Silveira, em entrevista disponibilizada no *site* do CADE (2016, WEB): “Parece-me bastante razoável a larga reticência e desconfiança da parte das autoridades de concorrência no mundo em relação ao uso deste instrumento no controle das fusões internacionais”.

No Brasil, a discussão acerca da utilização do *Carve-out Agreement* como meio de mitigação ou não configuração do *Gun Jumping* é ainda recente, tendo sido objeto de análise pelo CADE no Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração que teve como ponto de partida a aquisição da divisão de conectividade da Cisco Systems, Inc. pela Technicolor S.A., que será estudado a seguir.

6. Análise do Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração n.º 08700.011836/2015-49 - Cisco Systems, Inc. e Technicolor S.A.

Em 4 de setembro de 2015, a Technicolor S.A. e a Cisco Systems, Inc. notificaram, sob a forma de procedimento sumário, na qualidade de requerentes, operação de concentração perante o CADE (Ato de concentração n.º 08700.009018/2015-86). Requerida a emenda da notificação e realizada a apresentação de documentos e informações indispensáveis, a Superintendência Geral procedeu à análise do caso, porém optando pelo procedimento ordinário.

Na medida em que a operação resultava em concentração superior a 20% em alguns cenários, o processo foi remetido à Coordenação Geral de Análise Antitruste 1, a qual tomou conhecimento da seguinte notícia veiculada no *website* da requerente Technicolor:

A Technicolor concluiu com êxito a aquisição da Cisco Connected Devices. Paris (França), 20 de novembro de 2015 – Technicolor (Euronext Paris: TCH; OTCQX: TCLRY) concluiu com êxito a aquisição, anunciada em 23 de julho de 2015, da divisão de conectividade da Cisco (NASDAQ: CSCO) – segmento de terminais de uso doméstico e de soluções de vídeo – pelo valor de compra de US \$ 600 milhões (equivalente a 561 milhões de euros), pagos em dinheiro e ações. Em paralelo, Technicolor e Cisco firmaram um acordo de cooperação estratégica, que visa ao desenvolvimento e fornecimento de soluções em tecnologia de vídeo e de alta velocidade de próxima geração, incluindo notadamente a cooperação em matéria de soluções e serviços para a “Internet das Coisas”. Cisco recebeu 450 milhões de dólares norte-americanos (equivalente a 421 milhões de euros em dinheiro, financiados por um aumento de capital com direito preferencial de subscrição, concluído com sucesso pela Technicolor em 17 de novembro, e pela nova emissão de dívida pelo Grupo em outubro. Cisco também recebeu 21.418.140 ações recém-emitidas da Technicolor, o equivalente a 150 milhões de dólares na época do anúncio da aquisição. Como resultado, a Cisco detém 5,2% de participação na Technicolor, com 16.795.834 ações sujeitas a uma proibição de atribuição (“*lock up*”) de 18 meses, e 4.622.306 ações sujeitas a uma proibição de transferência de 12 meses. Hilton Romanski, vice-presidente sênior e diretor de Estratégia da Cisco, foi nomeado para o Conselho de

Administração da Technicolor, com efeito imediato. Esta aquisição e a complementaridade do portfólio de produtos da Cisco permitirão à Technicolor aumentar imediatamente seu peso industrial e tecnológico nos principais mercados, e permitirão ao segmento “Casa conectada” alcançar: Um EBITDA ajustado acima de 200 milhões de euros até ao final de 2016; Um elevado nível de rentabilidade com uma margem de EBITDA ajustado de 8% a 9%, em 2017; Sinergias superiores a 100 milhões de euros anuais, que deverão ser integralmente realizados em 2018. A integração dos ativos da Cisco Connected Devices começa imediatamente, e o acordo de cooperação estratégica entre a Cisco e Technicolor entra, então, em sua fase de implementação. A aquisição foi concluída em todas as jurisdições, com exceção do Brasil, onde permanece sujeito à aprovação das autoridades locais e da Colômbia, onde as atividades da Cisco Connected Devices serão mantidas pela Cisco pendente de aprovação das autoridades competentes (PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08700.011836/2015-49, 2016, WEB).

Em 23 de novembro de 2015, as requerentes informaram ao CADE a finalização da operação em âmbito mundial. Em reunião junto à Superintendência Geral, explicaram os motivos que levaram à conclusão do negócio e noticiaram a existência de um *Carve-out Agreement*, que deveria garantir a manutenção das condições competitivas pré-operação no Estado Brasileiro.

A situação deu ensejo à instauração do procedimento administrativo para apurações referentes a atos de concentração (APAC) de n.º 08700.011836/2015-49, por suspeita de *Gun Jumping*. Após a análise dos documentos, por meio da Nota Técnica n.º 26, a Superintendência Geral reconheceu a violação ao art. 88, §§3º e 4º, da Lei n.º 12.529/2011 e ao art. 108, §§1º e 2º do Regimento Interno do CADE, encaminhando o APAC ao Tribunal para deliberação acerca das penalidades a serem aplicadas.

O APAC foi distribuído ao Relator Paulo Burnier em 10 de dezembro de 2015, restando suspensa a análise de mérito do Ato de Concentração até a decisão final do CADE sobre o APAC.

Em sua defesa, as empresas representadas alegaram que a consumação prévia do ato teria como justificativas o caráter urgente da consumação da operação, bem como a ausência de preocupações concorrenciais. Quanto ao lapso temporal, o relator restou descrente, na medida em que o CADE vem se destacando internacionalmente pela agilidade e respeito aos prazos, bem como pelo fato das empresas não só terem notificado o órgão antitruste brasileiro 43 dias após o anúncio da operação, bem como 35 dias após a notificação do órgão antitruste americano, mas também por terem optado pelo procedimento sumário, o que não corrobora com a tese de complexidade do caso.

Ainda no que tange à possível demora do procedimento, o relator informou que as partes, caso se constatasse necessário, com base no art. 115, do Regimento Interno do CADE,

poderiam requerer uma autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração, demonstrando, cumulativamente, a inexistência de dano irreparável à concorrência, a reversibilidade das medidas e a ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária não fosse concedida.

Como se observa no voto do relator, a autorização precária jamais foi requerida. As interessadas de modo deliberado praticaram o *Gun Jumping* com o intuito de concretizar a operação no menor tempo possível, e tal configuração independe da existência ou não de problemas concorrenciais. Nesse sentido, o trecho do voto do Relator:

37. As Representadas também alegaram que os efeitos limitados da operação no território nacional afastariam a caracterização da infração prevista no art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011. Tal alegação não merece prosperar, pois exige uma análise de mérito a ser realizada pelo CADE e não pelas Representadas. Ou seja, o argumento das Representadas implica dizer que as empresas se permitiram (i) realizar uma análise de mérito quanto aos efeitos competitivos, bem como (ii) tomar a decisão, supostamente derivada da primeira, de fechar a operação. Fica então claro o desencontro das ações das Representadas em relação à legislação, que diz que o ato de concentração, sendo de notificação obrigatória, não poderia ser consumado antes da análise e decisão final do CADE.

38. De qualquer modo, o simples fato da operação não trazer – *a priori*– problemas concorrenciais não reduz a sua natureza de infração grave à ordem econômica. Isso porque o ato afeta a eficácia do sistema de controle prévio de concentrações, que é estruturado em torno de duas regras fundamentais e complementares: i) a notificação obrigatória das operações que preencham os requisitos do art. 88 da Lei nº 12.529/11 e ii) a obrigação de esperar a aprovação da operação pelas autoridades antitrustes antes de sua conclusão, conhecida na doutrina e jurisprudência estrangeira como *standstill obligation* ou *suspensive effect*.

39. Nesse sentido, a Conselheira Ana Frazão, quando do voto do primeiro caso de *gun jumping* no CADE, já havia destacado a gravidade da infração, mesmo na ausência de impactos concorrenciais significativos: “(...) a infração de *gun jumping* é sempre de uma gravidade elevada, mesmo nos casos em que as operações consumadas precocemente não levantem preocupações concorrenciais, uma vez que tal prática representa desafio frontal ao próprio regime de controle prévio de estruturas estabelecido pela Lei nº 12.529/2011”. Ao consumir previamente o ato de concentração, as Representadas violam a obrigação de espera (*standstill obligation*), impedem o exercício prévio da análise pela autoridade, bem como dificultam o desenho de eventuais remédios efetivos em concentrações que possam trazer preocupações concorrenciais (PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08700.011836/2015-49, 2016, WEB).

No que concerne à utilização do *Carve-out* como meio capaz de afastar a violação ao art. 88, §§3º e 4º, da Lei n.º 12.529/2011, ou como instrumento hábil a atenuar a pena aplicável, é preciso esclarecer a inexistência de dispositivos legais permitindo ou vedando a utilização do referido instrumento no Brasil. No mesmo sentido, não há ainda um posicionamento formal do órgão antitruste brasileiro a respeito. Ocorre que, mesmo não existindo uma proibição legal, o

CADE vem se manifestando no sentido de não aceitar o *Carve-out* como excludente ou mitigador da pena pela consumação prévia de ato de concentração.

No caso concreto, conclui-se que o *Carve-out* não poderia elidir o *Gun Jumping*, na medida em que a consumação prévia de ato de concentração “[...] é uma infração de natureza grave que independe da produção de efeitos anticoncorrenciais” (PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08700.011836/2015-49, 2016, WEB). No mesmo diapasão, não teria o condão de mitigar a pena, pois, no caso sob análise, não serviria para demonstrar a boa-fé das representadas, as quais não fizeram menção ao documento antes do fechamento da operação e não fizeram menção ao documento no contrato de compra e venda, deixando dúvidas acerca da efetividade no *Carve-out*.

No mais, o instrumento foi considerado frágil e insuficiente no que tange à capacidade de isolar o Brasil dos efeitos decorrentes do fechamento da operação, isto porque as empresas atuam em um mercado global, de tal maneira que a tomada de medidas em relação à planta localizada no Brasil não seria suficiente, em face das trocas de informações mundiais.

Em sinalização para casos futuros, o relator se manifestou no sentido de que “[...] os acordos de *carve-out* não serão aceitos no Brasil para fins de exclusão ou mitigação da pena de *gun-jumping*” (PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08700.011836/2015-49, 2016, WEB). Em casos de urgência, o órgão antitruste sugere a utilização das medidas próprias previstas no regimento interno do CADE, bem como a notificação antecipada do órgão e a realização de *pre-merger notification meetings*.

Seguindo a tese defendida pelo Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, o Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Vinicius Marques de Carvalho, defendeu que não há como confundir o *Carve-out* com a autorização precária prevista no Regimento Interno do CADE. Para o presidente, o *Carve-out* poderia ser utilizado apenas como mecanismo para garantir a reversibilidade das operações na análise do processo para autorização precária. Em outros casos, admitir o *Carve-out* seria ilógico, dando ensejo à análise *a posteriori* dos atos de concentração (78ª SESSÃO DE JULGAMENTO, 2016, WEB).

O caso foi finalizado com a homologação de Acordo em Ato de Concentração (ACC), em que as representadas reconheceram a existência da infração e comprometeram-se a pagar o montante de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. No que concerne à possível aplicação da sanção de nulidade dos atos, esta foi afastada

em razão do pequeno potencial de impacto concorrencial. Da mesma maneira, a ausência de má-fé elidiu a abertura de processo administrativo.

7. Considerações Finais

Como demonstrado ao longo do texto, o controle dos atos de concentração é medida de extrema importância, uma vez que a concentração de poder pode ser exercida de forma abusiva pelos agentes econômicos, desequilibrando as relações de mercado. Como uma reação aos prejuízos possivelmente advindos das concentrações de empresas, desde a promulgação da Lei n.º 12.5329/2011, o Brasil adota o modelo de controle prévio dos atos de concentração.

O controle prévio dos atos de concentração se justifica na medida em que garante maior segurança, ao impedir a produção de efeitos anticoncorrenciais irreversíveis. Assim, a partir do momento em que for firmado um acordo de concentração, tal decisão deverá ser informada ao CADE, para que este aprove ou não o ato. Desde a notificação, aos agentes econômicos envolvidos fica vedada a prática de quaisquer atos capazes de configurar a consumação prévia, tais como a troca de informações sensíveis ou alteração das estruturas físicas das empresas.

O descumprimento a esta condição suspensiva, resultando na consumação prévia dos atos de concentração, é denominado *Gun Jumping*. Tal prática é vedada pelo ordenamento jurídico e enseja a aplicação de penalidades como multa, nulidade dos atos e/ou abertura de procedimento administrativo.

Neste trabalho foi analisada a possibilidade de utilização do *Carve-out Agreement* como meio hábil a elidir a configuração da consumação prévia dos atos de concentração, a partir do processo de aquisição da divisão de conectividade da Cisco Systems, Inc. pela Technicolor S.A. No caso em questão, as empresas consumaram o ato de concentração antes mesmo da manifestação do CADE, alegando que o *Carve-out Agreement* assinado pelas partes teria o condão de blindar o Brasil dos efeitos advindos de tal ato.

Fato é que a legislação brasileira não veda a utilização do *Carve-out* a fim de blindar os efeitos advindos de atos de concentração. Porém, o CADE, na esteira de países como Alemanha e Estados Unidos, vem se manifestando no sentido de que tal instrumento não é capaz de evitar a produção de efeitos anticoncorrenciais, não elidindo, portanto, a configuração do *Gun Jumping*. Na 78ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, restou consignada a utilização do *Carve-out Agreement* apenas como instrumento útil a evitar a produção de efeitos irreversíveis nos casos de autorização precária de consumação de ato de concentração.

Deste modo, em face da importância inerente ao controle de atos de concentração, bem como da adoção do sistema de controle prévio de tais atos, não há como se admitir a utilização do *Carve-out Agreement* como meio capaz de tornar dispensável a autorização prévia do CADE. No sistema brasileiro de defesa concorrencial, os atos de concentração, em sua maioria, exigem autorização prévia, não se admitindo a exceção aos casos em que exista um acordo de blindagem de efeitos.

8. Referências Bibliográficas

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. Série Leituras Jurídicas: Provas e Concursos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016), *78ª Sessão de Julgamento*, parte 1, 02:17:09 a 03:33:32, 20 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/gravacoes/audio/2015/julg-78-parte1.mp3>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cisco e Technicolor reconhecem prática de gun jumping em operação global*. 20 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?87ba4bde36eb00031724370859e2>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica*. Brasília: CADE, 2015. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20gun%20jumping-%20vers%C3%A3o%20final%20\(3\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20gun%20jumping-%20vers%C3%A3o%20final%20(3).pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração n.º 08700.011836/2015-49*. Relator: Paulo Burnier da Silveira. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?fJaYxSCQsM2I8FssKS30-j8OwpWY_UsWWzoF3WLdwRKCTeb6DhuXu1CBomhp9xx_sFRNfIkITaJPuA43oyyZTw,>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20atual..pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Resolução n.º 13, de 23 de junho de 2015*. Disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-ndeg-13-2015.pdf/@@download/file/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%B0%2013-2015.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. *Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012*. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

CASTRO, Ramsés Maciel de. *A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração*. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Porto Alegre, 2012, v. 44, Abr.-Maio, p.62-74.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRADE, Eduardo Silveira; BARACHO, Hertha Urquiza. *A Nova Definição de Atos de Concentração e sua Relevância na Consecução dos Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e Livre Concorrência*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez. p. 412-432.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. atual. e rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 36. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATTHES, Florian; SCHNEIDER, Alexander W.; SCHULZ, Christopher. *IT carve-out guide: a manual for the separation of IT during corporate re-organizations*. Technische Universität München: Institut Für Informatik. Disponível em: <https://www.matthes.in.tum.de/file/klnottmg2609/Sebis-Public-Website/-/IT-Carve-out-Guide/ITCarve-outGuide.pdf>. Acesso em: 6 set. 2016.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSENFELD, Andreas; IMGRUND. Jan. Germany. *In: Merger Control: Jurisdictional Comparisons*. London: Thomson Reuters, 2011.

SANSEVERINO, Luíza Stenzel. *“Gun Jumping”*. Disponível em:<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/luiza_sanseverino.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

WINTERSCHEID, Joe; DUBROW, Jon; AMEZCUA, Carrie. *Merger Control: Gun Jumping Goes Global*. In: *International News: Focus on Antitrust and Competition*. McDermott, Will & Emery: 2010. Disponível em: <http://files.mwe.com/info/news/int0210.pdf>. Acesso em: 7 set. 2016.

Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogos

Daniel Silva Boson²¹⁶
Gilson Geraldino Silva Jr.²¹⁷

RESUMO

O presente artigo analisa a estrutura de incentivos presente no instituto do Termo de Compromisso de Cessação em casos de cartel envolvendo empresas à luz da teoria dos jogos. Verificou-se que o instituto abre possibilidades de ganhos tanto para o CADE quanto para as empresas. Para o CADE, o maior benefício é o aumento da probabilidade de punições futuras, com a liberação de recursos materiais, humanos e financeiros. Para as empresas, o acordo só tende a ser vantajoso para aquelas com alta probabilidade de punição, gerando uma redução da magnitude da pena. Por fim, observa-se que nos contratos há obrigações com maior e menor probabilidade de detecção, pelo CADE, do descumprimento por parte das empresas, o que altera os incentivos do acordo.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Teoria dos Jogos; CADE; Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

ABSTRACT

This article analyzes the structure of incentives in the institute Termo de Compromisso de Cessação in cartel cases involving companies in the light of game theory. It was found that the institute opens possibilities of gains for both CADE and companies. To CADE, the greatest benefit is the increase in likelihood of future punishment, with the release of material, human and financial resources. For companies, the agreement tends to be beneficial only for those with high probability of punishment, reducing the magnitude of the penalty. Finally, it is observed that there are obligations with higher and lower probability of detection, by CADE, of the failure on the part of companies, which changes the incentives of the agreement.

Keywords: Economic Analysis of Law; Game Theory; CADE; Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

JEL: C70, K12, K21

²¹⁶ Gestor Público lotado no CADE. Professor do UniCEUB. Doutorando em Direito no UniCEUB.

²¹⁷ Economista e Pesquisador. Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em economia da UFSC.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise Econômica e Teoria dos Jogos; 3. O Jogo do TCC; 3.1 O Jogo antes da Instauração do Processo; 3.2.1 Por que um acordo é racional; 3.2.2. Quem tende a propor acordo?; 3.2.3 Os Acordos tendem a ser cumpridos?; 4. Conclusões; 5. Bibliografia; Anexo.

1. Introdução

Os sistemas criminais e administrativos sancionadores no Brasil recentemente começaram a adotar um instrumento que sempre foi utilizado em todo o mundo: o acordo. Esse instrumento, por consistir em troca voluntária, gera uma presunção de ser benéfico para todos os participantes, visto que há ganho adicional para as partes envolvidas quando comparado à melhor opção disponível para elas.

No âmbito da Administração Pública, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, possui alguns institutos baseados em trocas voluntárias, como o Acordo de Leniência e o Termo de Cessação de Conduta (TCC)²¹⁸. Enquanto no primeiro o infrator denunciante é completamente isento de pena, no segundo é concedido a ele, entre outros potenciais benefícios, um desconto na multa que seria aplicada. Cada tipo de acordo tem sua função específica, mas ambos têm a finalidade de aumentar a eficiência da atuação do Conselho, reduzindo os custos sociais das infrações e dos processos, economizando recursos para outras atividades. No entanto, em que pese o benefício teórico dos acordos, a literatura econômica e a própria jurisprudência do CADE ainda são tímidas ao analisar os ganhos efetivos gerados, bem como a distribuição dos mesmos.

O presente artigo tem por objeto a análise dos incentivos gerados nos TCCs firmados por empresas em processos por formação de cartel, utilizando-se do referencial teórico da Análise Econômica do Direito, e, em especial, da Teoria dos Jogos. A partir do levantamento dos acordos firmados nesses casos, bem como das normas que regem o instituto, é possível apresentar conclusões sobre quem se utiliza dele, quais os ganhos gerados, e se o cumprimento das obrigações é provável ou não.

Para tanto, este artigo está dividido em três seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta o referencial teórico que dá suporte à análise, qual seja, a Análise Econômica do Direito, aplicada aos contratos, particularmente a Teoria dos Jogos. Na terceira seção faz-se a análise propriamente dita, primeiramente apresentando a estrutura

²¹⁸ Outro acordo possível é a recompensa de terceiros que não participaram do crime, mas que cooperaram com as autoridades (SPAGNOLO, 2008).

de incentivos nos mercados, quando o agente decide se ingressa ou não em uma conduta, e em seguida a estrutura de incentivos dentro do processo, quando o agente decide se propõe ou não um acordo. Ao final, são apresentadas as conclusões. O artigo ainda é acompanhado de um anexo contendo os casos de acordos com empresas por formação de cartel até o ano de 2014.

2. Análise Econômica do Direito e Teoria dos Jogos

A presente análise tem como arcabouço teórico a Análise Econômica do Direito, com foco nos contratos. Esta área do conhecimento interdisciplinar se utiliza da teoria e do instrumental da ciência econômica e de outras ciências para compreender o comportamento humano frente aos incentivos criados pelo Direito. Segundo Gico Jr. (2010):

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

No presente artigo, utiliza-se preponderantemente a Teoria dos Jogos²¹⁹ para este fim. Segundo Maschler, Solan e Zamir (2013),

Teoria dos Jogos é o nome dado à metodologia que usa instrumentais matemáticos para modelar e analisar situações de tomada de decisão interativa. São situações envolvendo tomadores de decisão (chamados jogadores) com diferentes objetivos, nas quais a decisão de cada um afeta o resultado para todos os demais. Esta interatividade distingue a teoria dos jogos da teoria padrão de decisão, a qual envolve um único tomador de decisão, sendo aquela seu principal foco. A Teoria dos Jogos tenta prever o comportamento dos jogadores e algumas vezes prover os tomadores de decisão com sugestões de formas como eles podem alcançar seus objetivos²²⁰.

²¹⁹ A teoria teve um destaque adicional com o agraciamento do prêmio Nobel de 1994 para John Nash, John Harsanyi e Reinhard Selten, que apresentaram as três mais importantes ideias para jogos não cooperativos, respectivamente, equilíbrio, informação assimétrica e credibilidade (GUL, 1997).

²²⁰ “Game theory is the name given to the methodology of using mathematical tools to model and analyze situations of interactive decision making. These are situations involving several decision makers (called players) with different goals, in which the decision of each affects the outcome for all the decision makers. This interactivity distinguishes game theory from standard decision theory, which involves a single decision maker, and it is its main focus. Game theory tries to predict the behavior of the players and sometimes also provides decision makers with suggestions regarding ways in which they can achieve their goals”.

Quanto aplicada ao Direito, a Teoria dos Jogos é um dos instrumentais mais robustos disponíveis para a compreensão dos incentivos gerados pelas normas²²¹. É importante diferenciar, contudo, a análise da função punitiva do CADE com a dos acordos realizados dentro dos processos, ainda que a teoria e o instrumental econômico/matemático utilizado para a compreensão de ambos possa ser o mesmo. Mais especificamente, deve-se diferenciar a análise juseconômica das penas da análise juseconômica dos contratos.

A primeira é uma abordagem apresentada inicialmente por Becker (1968). Para ele, a maioria das pessoas ingressa na atividade ou indústria do crime se a utilidade percebida exceder a utilidade que ela esperaria obter se investisse seus recursos em outras atividades legais. Nessa perspectiva, a partir das preferências pessoais, os indivíduos fazem cálculo de custo benefício para optar entre praticar ou não uma conduta proibida pelo Estado²²².

No âmbito da Teoria dos Jogos, a infração com frequência é retratada utilizando-se um modelo conhecido por Dilema do Prisioneiro, em que os interesses privados das partes fazem com que o resultado do jogo seja sub-ótimo, dada a ausência de contrato (MASCHLER; SOLAN; ZAMIR, 2013). Fazendo-se uma análise normativa, poder-se-ia considerar que a função do Estado seria alinhar os interesses dos agentes com os da sociedade, reduzindo o número de infrações, a fim de se conseguir um melhor funcionamento dos mercados e, com isso, um maior desenvolvimento social.

No que tange a contratos, a teoria juseconômica é um dos principais instrumentos para a compreensão desse instituto, ainda que possua suas limitações (POSNER, 2002). Os contratos em processos sancionadores podem ser úteis para ajudar a diminuir os custos das partes envolvidas, permitindo que elas apliquem em outras atividades os recursos humanos, materiais e financeiros poupados, conforme mostrado adiante. Além disso, a análise pode ser complementada com a modelagem a partir da utilização da teoria dos jogos, facilitando a visualização das questões mais importantes da negociação e os prováveis movimentos dos participantes (WATSON, 2013).

²²¹ A teoria dos jogos é pouco difundida no meio jurídico, em especial no Brasil, em parte, ao menos, em função de apresentar uma linguagem própria. Para uma introdução nesse campo, ver Rasmusen (1989).

²²² Posteriormente, diversos estudos empíricos mostraram a racionalidade das pessoas no cometimento de crimes. Por exemplo, Boson (2015), revisando a literatura econômica sobre a lei americana conhecida por Three Strikes Law, verificou que os criminosos em grande medida reagiam aos diferentes incentivos postos pela lei conforme seria previsto considerando a teoria do agente racional.

Vê-se, pois, que a função do TCC não é, diretamente, tornar a estrutura de incentivos nos mercados menos propensa à prática de cartel, mas sim tornar o processo administrativo mais eficiente. Assim, apenas de forma indireta ele pode colaborar para que o CADE consiga atingir seus objetivos no que tange ao funcionamento dos mercados.

3. O Jogo do TCC

3.1 O Jogo antes da Instauração do Processo

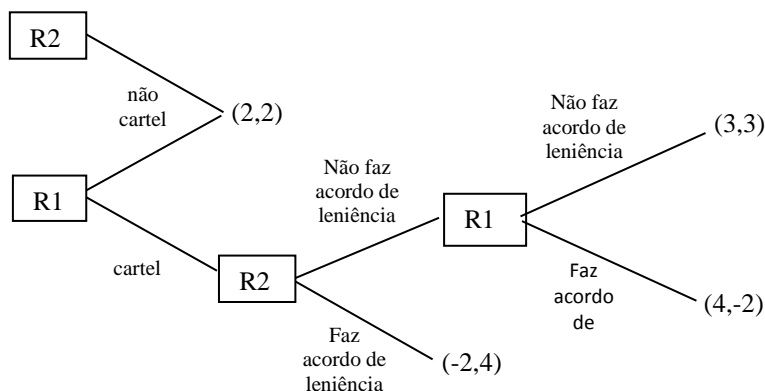
A Teoria dos Jogos pressupõe que as pessoas são racionais, e que elas vão optar pelas estratégias que maximizam os seus respectivos *payoffs*, ou seja, dadas as opções disponíveis, elas vão escolher a que lhe é mais favorável. No que tange a infrações contra a ordem econômica, uma decisão a ser tomada pelo potencial infrator é praticar ou não o ilícito, considerando que fazê-lo lhe traz um lucro adicional (benefício), mas que implica em risco de condenação futura (custo). A princípio, a função do Estado, e do CADE em particular, é fazer com que o ganho esperado da infração para o agente econômico seja menor do que o ganho esperado da atuação lícita, o que pode ser calibrado a partir da probabilidade e do montante da sanção.

Essa situação pode ser modelada²²³, considerando que nos mercados propensos a cartelização, a possibilidade de penalizações, principalmente com a utilização do principal instrumento de detecção de cartel, o acordo de leniência²²⁴, pode alterar a estrutura de incentivos. Embora o ganho conjunto dos infratores seja maximizado quando eles cooperam entre si, os incentivos individuais podem levar à não cooperação, deixando-os em uma situação não pareto eficiente para eles próprios²²⁵.

²²³ Modelo é uma simplificação, de forma que obviamente não se aplica a todos os casos. Mercados muito desconcentrados, por exemplo, podem não oferecer condições para ocorrência de cartel, o que impede a sua prática, independentemente da sanção. Nesses casos, o estudo sobre cartéis também teria pouca utilidade, pois eles não ocorreriam independentemente da ação do CADE. Além disso, os modelos podem apresentar outras variáveis, como eventual aversão ao risco dos agentes econômicos. Neste trabalho essas variáveis, que tornam os modelos mais complexos, não são utilizadas.

²²⁴ O Acordo de Leniência é regulado pelos arts. 197-210 do Regimento Interno do CADE, com redação dada pela Resolução nº 5/2013. Declarado o cumprimento do acordo, é decretada a extinção da ação punitiva da Administração Pública caso a Superintendência-Geral não tivesse conhecimento prévio da infração noticiada, ou redução de um a dois terços das penas aplicadas na seara administrativa. Em ambas as hipóteses, é extinta a punibilidade dos crimes tipificados na Lei nº 8.137/90, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93 e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848/40.

²²⁵ Eficiência de pareto é uma situação na qual a situação de um jogador não pode ser melhorada sem piorar a situação de pelo menos outro jogador (KELLY, 2003).

Figura 1 - Árvore de Decisão de Potenciais Participantes de Cartéis

* A árvore poderia ter sido estendida para incluir o TCC, mas o mesmo será analisado na subseção seguinte. Os valores são ilustrativos, dada a finalidade de mostrar a estrutura de incentivos.

Nesse jogo, duas empresas decidem inicialmente se ingressam ou não em um cartel. Se não ingressarem, cada uma ganha 2 (ganho conjunto de 4). Se o fizerem e nenhuma denunciar para a autoridade, por meio de acordo de leniência, cada uma ganha 3 (ganho conjunto de 6)²²⁶, visto que atuar em conluio tende a ser mais lucrativo do que atuar em um ambiente competitivo. Contudo, se uma denunciar a outra, a que denunciou ganha 4, o que pode ser explicado pela perda de competitividade de uma rival, e a outra perde 2 (ganho conjunto de 2). Nesse exemplo, cada empresa, sabendo que a outra teria incentivos para fazer o acordo de leniência, decide não ingressar no cartel. Para as empresas, não é a solução ótima, pois elas poderiam ganhar conjuntamente 6, mas é o que maximiza o ganho para a sociedade como um todo, tendo em vista as perdas sociais decorrentes dos cartéis. Em outras palavras, nesse jogo o CADE teria conseguido alcançar seus objetivos.

Para que isso se verifique, no entanto, é necessário que a probabilidade de punição em conjunto com o montante da pena seja suficiente para fazer com que o acordo ilícito entre os concorrentes não gere um lucro esperado maior do que o do não acordo. Do contrário, as empresas teriam incentivos para fazer a colusão e, caso detectadas e punidas, arcariam com os custos das penas e então ingressariam novamente em novo cartel.

Empiricamente, muitos estudos econômicos no exterior vêm concluindo que as multas aplicadas pelas autoridades concorrenciais, ainda que significativas, são

²²⁶ Note-se que se trata de ganho líquido, ou seja, os benefícios das Representadas descontados eventuais custos. Um exemplo de custo é o próprio risco de punição, sendo que neste modelo presume-se que o ganho líquido de ingressar no cartel, que é 3, é maior do que o de não ingressar e competir.

insuficientes para fins de dissuasão²²⁷, dado que cartel é uma prática que gera vultosos lucros (LANDE; CONNOR, 2005); (VELJANOVSKI, 2007); (CONNOR; HELMERS, 2006)²²⁸. Se verdade, o modelo acima pode não ser a regra, de modo que o equilíbrio nos mercados tenda a ser o cometimento de cartéis.

3.2 O Jogo após a Instauração do Processo

3.2.1. Por que um acordo é racional?

Considerando que cartel é uma atividade lucrativa, muitas empresas optam por assumir o risco da conduta. Se elas não são detectadas, auferem todo o lucro. Se detectadas, abre-se um processo administrativo, sendo possível, ou até provável, a ocorrência de punições. As opções que uma empresa detectada passa a ter, além de se defender, é arriscar o julgamento, com eventual aplicação de multa²²⁹, além de outras prováveis obrigações, ou fazer um TCC.

A opção pelo instituto do TCC, regulamentado nos arts. 179 a 196 do Regimento Interno do CADE, com redação dada pela Resolução n° 5/2013, implica, necessariamente, nos casos de cartel, em (i) obrigação de recolhimento de valor pecuniário ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos não inferior ao mínimo previsto no art. 37 da Lei 12.529/11, (ii) reconhecimento de participação na conduta e (iii) colaboração com a instrução processual.

No que tange à principal obrigação, que é a contribuição ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, é aplicado um desconto em relação à provável multa, visto que do contrário o Representado não teria interesse em fazer o acordo. Assim, em outras palavras, o Representado deve escolher entre um pagamento pecuniário menor, mas com

²²⁷ Considerar insuficiente para fins de dissuasão não implica em considerar que nenhum cartel deixaria de ocorrer em função das sanções, o que obviamente não seria verdade. Apenas implica que a cartelização, ainda que com risco de punição, tende a ser mais lucrativa do que a efetiva concorrência.

²²⁸ (BOSON, 2013) apresenta um exercício teórico sobre dissuasão de cartéis no Brasil. Utilizando-se de dados do exterior e de dados referentes a taxa de punição de servidores públicos por corrupção no Brasil, considerando os limites legais da Lei n° 8.884/94, concluiu que apenas multas tenderiam a ser insuficientes para dissuadir um agente racional de ingressar em cartel no Brasil.

²²⁹ Segundo o inciso¹ da Lei 12.529/11: “no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”. Em caso de reincidência, a multa é aplicada em dobro, conforme § 1°.

probabilidade de 100%, que é a contribuição no acordo, ou um pagamento pecuniário maior, com probabilidade inferior a 100%, que é a multa fixada no julgamento.

De forma assessória, mas potencialmente relevante, estão as obrigações de reconhecimento de participação na conduta e a colaboração com a instrução processual. Essas obrigações deixam de ter relevância no processo administrativo no que tange aos próprios contratantes, mas podem gerar para eles dois efeitos futuros indesejáveis fora do processo no CADE: um é aumentar o risco de virem a sofrer ações indenizatórias pelas vítimas do cartel e o outro é a possibilidade de seus funcionários e/ou administradores estarem respondendo a processo penal, visto que cartel também é crime para pessoas físicas²³⁰. Assim, se a colaboração demandada pela agência antitruste ou o reconhecimento da participação na conduta significar, na percepção das empresas, um aumento da probabilidade de condenações futuras, seja na esfera cível, seja na esfera penal, há um aumento no custo dos acordos, o que pode vir a dificultar a ocorrência dos mesmos²³¹.

Isso, contudo, pode ser precificado, por exemplo, reduzindo o valor da contribuição. Será a partir da experiência empírica do CADE, com algumas negociações resultando em acordos e outras em não acordos, que o Conselho pode calibrar suas exigências, buscando um conjunto de obrigações para as empresas que, na visão do Conselho, seja socialmente mais desejável. Se houver uma quantidade elevada de acordos em relação aos julgamentos, pode ser um indício de que eles estão “baratos”. Por outro lado, se nenhuma empresa fecha acordo, é um indicativo de que estão “caros”. A questão é procurar um equilíbrio.

De todo modo, o principal argumento aqui mostrado é que, a princípio, na negociação de TCC, é provável a existência de um espaço de ganho adicional para ambas as partes, o que pode ser chamado de zona de acordo positivo (SHELL, 2006), ou zona

²³⁰ Lei nº 8.137/90, com redação dada pela Lei nº 12.529/11. Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

²³¹ Teoricamente, haveria um custo adicional, mas na prática esse custo pode ser pouco significativo. O então presidente do CADE, Vinícius Carvalho, afirmou que “[a]lém de auxiliar a política de combate a cartéis, a confissão de culpa não inviabilizou a assinatura de acordos. Pelo contrário, o número de acordos aumentou”. BASILE, Juliano. Confissão de culpa pela formação de cartel elevada número de acordos no CADE. Valor Econômico, São Paulo, nº 3.636, p. A2, 17 nov. 2014.

de acordo possível²³². Para as empresas, o acordo encerra um processo administrativo sancionador, que pode afetar negativamente a imagem e o balanço da empresa, gera um desconto de 15% a 50% sobre a multa que poderia vir a ser aplicada²³³, bem como evita que, em caso de reincidência, a multa seja cominada em dobro²³⁴, dentre outras questões.

Já para o CADE a análise é mais complexa. Por um lado, o acordo (i) poupa recursos, principalmente de pessoal, para que se possa investigar e julgar outros casos, e (ii) permite-se obter colaboração do compromissário, ambos os benefícios supostamente contribuindo para aumentar a probabilidade de punição²³⁵, (iii) bem como torna mais célere a aplicação da pena²³⁶, sendo que essas variáveis são positivas para fins de dissuasão, que é um dos principais objetivos do CADE (ICN, 2008). Ocorre que esses benefícios têm um custo, que é a redução da pena²³⁷, de modo que para serem positivos para o CADE é necessário se analisar o efeito líquido sobre a dissuasão. Há, dessa forma, um claro *tradeoff*, visto que os agentes econômicos consideram essas informações para suas respectivas tomadas de decisão sobre se devem ou não cometer o ato ilícito. Assim, não é qualquer acordo que é benéfico para o CADE.

Vale destacar ainda que o ganho adicional das partes deve ser comparado com os ganhos existentes com o andamento regular do processo até o julgamento, e não com o efeito líquido no mercado. Dado que uma infração foi detectada, o instituto do TCC pode ser utilizado para colaborar para um aumento da eficiência do processo como um todo,

²³² Trata-se de um espaço de acordo vantajoso para ambas as partes, ou seja, melhor do que o não acordo. Nem sempre esse espaço existe em uma negociação.

²³³ Conforme previsto no art. 187 e seguintes do Regimento Interno, considerando a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário e o momento da apresentação da proposta, quando estimáveis, prevê-se redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro proponente, entre 25% e 40% para o segundo, e até 25% para os demais. Contudo, se o processo já se encontrar no Tribunal, o desconto máximo será de 15%, além do que não será permitida redução percentual superior a TCCs já celebrados no âmbito do mesmo processo administrativo.

²³⁴ Nos acordos com Air France, Itororó e Alcan consta expressamente que a contribuição não tem natureza punitiva, o que pode afastar eventual insegurança jurídica quanto à multa em dobro em caso de reincidência. Destaque-se que o benefício da não reincidência para os casos de acordo está embutido no preço da contribuição. O CADE teria a opção de considerar como tendo caráter punitivo o acordo, o que tenderia a reduzir o valor da contribuição. A menor contribuição somada a multa em dobro em caso de reincidência deixaria mais barata a primeira infração, mas encarceraria a segunda (reincidência). A depender especialmente se há uma tendência diferenciada, menor ou maior, de empresas já condenadas voltarem a delinquir, seria mais adequada uma ou outra regra. Contudo, seriam necessários dados a respeito.

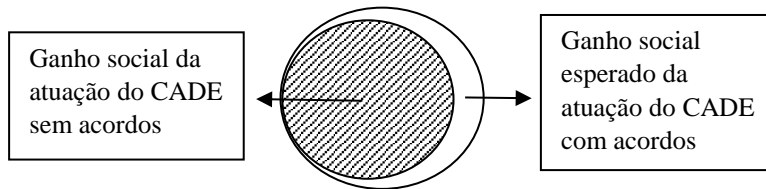
²³⁵ Embora haja alguma controvérsia, a literatura econômica indica que a probabilidade de punição tem efeito mais relevante para fins de dissuasão do que a severidade da pena (EIDE, 2000).

²³⁶ As pessoas, ao trazerem o valor futuro de algo para o presente, aplicam uma taxa de desconto. Posner (2011) dá o exemplo do valor da prisão. Se aplicada uma taxa de desconto de 10%, um tempo de prisão de 10 anos equivaleria a apenas 6,1 vezes a desutilidade de uma pena de um ano, enquanto que 20 anos aumentaria esse número para 8,5 vezes. Se considerada uma taxa de 5%, seriam 7,7 e 12,5 vezes, respectivamente.

²³⁷ Se as penas são diminuídas, as empresas terão menos receio de ingressar em condutas ilícitas.

além de oferecer algum ganho para as partes. O TCC é um complemento, e não um substituto da política sancionatória, podendo gerar benefícios marginais, limitados, para as partes. A figura 2 ilustra esses ganhos marginais.

Figura 2 – Ganhos Sociais Gerados pelo CADE



Pela teoria dos jogos, a princípio os acordos podem ser modelados como o jogo denominado Guerra dos Sexos, em que um casal possui interesse em estar juntos, havendo dois equilíbrios de Nash, um fazendo o programa de interesse do homem, outro fazendo o programa de interesse da mulher. No caso do TCC, dado que o acordo gera um ganho adicional, que será dividido entre as partes, ambos possuem interesse nele.

Note-se que no exemplo do jogo entre as empresas, aquela que ingressou no cartel e foi denunciada teria uma perda de -2 com o julgamento. Aqui ela terá a opção de propor ou não um TCC, o que ela só fará se tiver um ganho para ela. Dessa forma, o CADE só deve começar a negociar se entender que o potencial acordo gerará uma perda menor do que -2 para a compromissária. Na matriz seguinte, além desse pressuposto, apresenta-se a possibilidade de tanto o CADE quanto a Representada negociarem de forma mais ou menos rigorosa, o que alteraria os *payoffs*, como se segue.

Figura 3 - Matriz de Payoffs em TCC

		CADE	
		Negocia com Rigor	Age com Desídia
Representado	Negocia com Rigor	-3, -3	0, -1
	Age com Desídia	-1, 0	-2, -2

* *Payoffs* ilustrativos, com a finalidade de mostrar a estrutura de incentivos.

Esta tabela pressupõe as seguintes condições. Se ambos agem com desídia, significa que o acordo não é sequer proposto, e ambos assumem o custo processual até o julgamento, e eventualmente até o Judiciário, gerando um custo de -2 para cada um. Se ambos negociam com rigor, o acordo não é alcançado, havendo não apenas o custo do processo regular, mas também o custo da negociação infrutífera, havendo um custo total de -3. Se o Representado negocia com rigor e o CADE com desídia, o Representado se apropria da maior parte dos ganhos do acordo, sendo que o mesmo favorece o Conselho na situação oposta. Com isso, há dois equilíbrios de Nash, que são os dois em que há acordo, e cujo benefício total é de -1, apenas variando a repartição do ganho.

Destaque-se que o processo é custoso para ambas as partes, com uma perda conjunta de -2. Embora o ganho conjunto com acordo continue sendo negativo, de -1, ele é uma solução mais benéfica do que o não acordo. O ponto aqui é a redução da perda das partes, dado que o cartel ocorreu e houve a denúncia, e não uma geração de ganhos, ou lucros, para as partes.

No entanto, em que pese esse ganho potencial, ou essa redução potencial da perda, acordos podem não ser concretizados. Conforme Neale e Bazerman (1985), apesar de os modelos econômicos considerarem que sempre que houver zona de acordo possível, ele será obtido, tendo em vista a racionalidade dos agentes, há outros fatores que impedem que isso ocorra, em especial o fato de a racionalidade das pessoas serem limitadas²³⁸⁻²³⁹. A rigor, é possível até mesmo que acordos sejam fechados em detrimento de uma das partes, quando uma delas, digamos, a empresa, se apropria não apenas de todo o ganho extra gerado, mas consegue também fazer com que o CADE fique pior do que estaria se tivesse continuado com o processo até o julgamento. Além da racionalidade limitada, isso poderia decorrer do problema de agência²⁴⁰.

²³⁸ Os autores citam, dentre outros, o princípio da disponibilidade e do otimismo, e os efeitos de enquadramento e de custo afundado, todos dentro de um contexto de negociação.

²³⁹ Winham e Bovis (1979), em uma simulação envolvendo negociação complexa entre países, encontrou resultados que não maximizavam a utilidade dos participantes, seja pessoal, seja em defesa do respectivo país, como o não acordo, ou a busca de isonomia e justiça social. Além disso, o próprio processo de negociação também possui grande relevância, sendo que, sendo satisfatório, colabora para um acordo, ainda que as questões substantivas não agradem inteiramente os participantes.

²⁴⁰ Relação de Agência decorre da prestação de serviço de uma pessoa (agente) para outra (principal), o que gera um problema de divergência de interesses. Partindo do pressuposto que ambas querem maximizar seus próprios ganhos, o agente pode não atuar inteiramente no interesse do principal (JENSEN; MECKLING, 1976). No caso em análise, ele poderia estar relacionado ao fato de o servidor público ser pouco afetado pela qualidade do acordo, salvo se ficar evidente o seu erro ou displicência, mas arcar com o ônus do trabalho da negociação. Assim, pode haver um descompasso entre o interesse do CADE, ou da sociedade, e o interesse do servidor, gerando acordos de pior qualidade.

De todo modo, a existência do instituto do TCC nos processos administrativos é justificável, visto que tem um claro potencial para gerar um ganho adicional para as partes. A questão passa a ser apenas o desenvolvimento de suas regras e de sua operacionalização para que possa ser cada vez mais benéfico.

3.2.2. Quem tende a propor acordo?

A partir de uma análise empírica, pode-se considerar que, aparentemente, os acordos de TCC não são desproporcionalmente vantajosos ou desvantajosos em relação ao julgamento. Em 2013, por exemplo, segundo o Relatório Anual do CADE²⁴¹, foram julgados 77 processos de apuração de condutas anticompetitivas, com 22 condenações, somando-se R\$ 493 milhões em multas. Quanto aos TCC, foram celebrados 53 termos, arrecadando-se R\$ 41,6 milhões. Desses acordos, 42 foram com Unimed em todo o país, para colocar fim a casos de exigência de unimilitância. Se os benefícios oferecidos pelo CADE fossem desproporcionais, seria de se esperar nenhum acordo assinado, ou nenhuma condenação²⁴².

O problema decorre do viés de seleção. As empresas que possuem mais incentivos para propor acordo são aquelas com mais provas contra si, como nos casos em que há acordo de leniência. Para ilustrar esse fato, tome-se o acordo assinado pela Ashland²⁴³, a qual concordou com uma contribuição pecuniária de R\$ 11 milhões²⁴⁴. Suponha que na ausência do acordo, a multa final fosse 30% superior a esse valor²⁴⁵, alcançando, por assim dizer, R\$ 14 milhões. Além disso, a empresa pode ter considerado que com a ausência de condenação, em caso de reincidência não seria apenas com multa em dobro, o que significaria uma nova pena de R\$ 28 milhões, ao invés de R\$ 14 milhões.

²⁴¹ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9494949c63a162f84bf1>>. Acesso em: 12/01/2015.

²⁴² Mesmo desconsiderando os casos da Unimed, foram 11 acordos contra 22 condenações, o que mostra um relativo equilíbrio.

²⁴³ Requerimento 08700.004496/2014-19, referente ao Inquérito Administrativo 08700.003018/2014-91, no qual se apura cartel no mercado de resinas.

²⁴⁴ Valor arredondado para facilitar os cálculos seguintes.

²⁴⁵ Neste caso, o Relator informou expressamente que o valor proposto reflete o artigo 187, I, do Regimento Interno do CADE, resultando em um desconto de 30% a 50% da multa esperada, informando ainda que o CADE tem aplicado multas em torno de 15% do faturamento em casos de cartel. Informou ainda que, para o cálculo, a SG considerou o lapso temporal da prática, o fato de a empresa ter sido a primeira a propor o TCC, inclusive tendo sido a primeira na história do CADE a fazê-lo em caso de cartel antes da instauração do processo, além de ter colaborado significativamente com a instrução do processo. Considerando o exposto pelo Relator, em especial a significativa colaboração, é possível que o desconto tenha sido superior a 30%.

Considerando uma probabilidade de 10% de ser condenada novamente, tem-se os seguintes custos esperados do acordo:

$$C(a) = R\$ 11 \text{ milhões} + 0,1(M)$$

$$C(a) = R\$ 11 \text{ milhões} + 0,1 \times R\$ 14 \text{ milhões}$$

$$C(a) = R\$ 12,4 \text{ milhões}$$

Onde $C(a)$ é o custo total esperado do acordo, considerando também um risco de 10% de uma nova condenação, sendo M a multa que viria a ser aplicada²⁴⁶. Na ausência de acordo, o custo total da condenação $C(c)$, destacando o risco de multa com valor dobrado no futuro ($2M$), em virtude da reincidência, com 10% de chance de ocorrer, seria:

$$C(c) = R\$ 14 \text{ milhões} + 0,1 (2M)$$

$$C(c) = R\$ 14 \text{ milhões} + 0,1 \times R\$ 28 \text{ milhões}$$

$$C(c) = R\$ 16,8 \text{ milhões}$$

Supondo que a empresa tivesse considerado uma chance de 100% de ser condenada no processo, o acordo seria a estratégia dominante. No entanto, se ela entende que a chance de condenação é inferior a 100%, o mesmo pode não ser verdadeiro. Neste caso específico, uma previsão de risco de condenação inferior a 73% tornaria a opção pelo julgamento a estratégia dominante, supondo que ela seja neutra ao risco.

Essa estrutura, no entanto, não necessariamente é indesejável. Conceder descontos mais significativos no início do processo a determinada empresa porque acredita-se que há menos evidências contra ela é arriscado, visto não se conhecer bem o processo. Já no final do mesmo, os ganhos decorrentes do acordo seriam reduzidos. Dessa forma, não é clara a vantagem de um modelo em que houvesse uma variação maior do desconto em função das provas dos autos, mas é um tema que merece aprofundamento.

3.2.3 Os Acordos tendem a ser cumpridos?

Até o momento, verificou-se que há justificativa para a existência do instituto do TCC, mas que ele é voltado basicamente para empresas contra as quais há evidências fortes de participação em conluio. A pergunta agora é se elas possuem incentivos para cumprir com os acordos feitos.

²⁴⁶ No segundo processo, ainda haveria a possibilidade de novo acordo, o que foi desconsiderado para manter a simplicidade do raciocínio.

Sobre este ponto, verifica-se que a maioria das obrigações constantes dos acordos, como as três contidas no Regimento Interno, quais sejam, fazer a contribuição, reconhecer a participação na conduta e cooperar, e outras, como entregar relatórios e informações ao CADE, pode ser agrupada na categoria de deveres cujo inadimplemento é facilmente detectável pela autoridade concorrencial. Sobre essas obrigações, praticamente todas as multas diárias, quando existentes, foram fixadas entre R\$ 5.000,00 e 25.000 UFIR (as exceções foram os TCCs das empresas Itororó, ABB, Alsar, GM, Infineon, Politec e Whirlpool)²⁴⁷, havendo baixa correlação com o valor da contribuição²⁴⁸. Essa mesma baixa correlação foi verificada nos casos de declaração de descumprimento total do TCC, conforme Tabela 1, que traz uma amostra de acordos firmados no mesmo dia, em 10/12/2014²⁴⁹, última sessão analisada neste trabalho.

Tabela 1 – Relação entre Contribuição e Multa por Descumprimento

Compromissária	Contribuição	Multa por Descumprimento
Infineon	543 mil	150 mil
Alsar Tecnologia	1,138 milhão	100 mil
Panalpina	7,265 milhões	150 mil
CCP	10,570 milhões	1 milhão
Ashland	11,389 milhões	1 milhão
Novapol	13,739 milhões	1 milhão

Em que pese a possibilidade de um ajuste fino, e de estudos a respeito, essas multas dificilmente seriam aplicadas, pois isso não traria ganho para o compromissário. Por exemplo, comprometer-se com uma contribuição e fazê-la com atraso geraria um ônus financeiro e de imagem que dificilmente seria adequadamente compensado por um ganho maior. Neste caso, o inadimplemento, ainda que temporário, será considerado uma estratégia dominada em relação ao seu cumprimento.

²⁴⁷ O art. 39 da Lei nº 12.529/11 fixa multa diária por descumprimento no valor de R\$ 5.000,00, que pode ser aumentada em até 50 vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração, no caso de descumprimento de decisão do CADE ou do TCC.

²⁴⁸ A título ilustrativo, no caso da Auto Escola Brás Cuba, a contribuição foi fixada em R\$ 13 mil, enquanto que a multa diária por atraso, limitada a R\$ 50.000,00, foi fixada em R\$ 5.000,00. Este é o mesmo valor previsto no TCC da Expeditors, cuja contribuição ultrapassou R\$ 7 milhões.

²⁴⁹ Trata-se de casos julgados no mesmo dia, quase todos levados pelo mesmo Conselheiro. Se considerados casos anteriores, há divergências mais significativas.

Por outro lado, menos claros são os incentivos em relação às obrigações cujo descumprimento é de difícil detecção pelo CADE, em especial a obrigação de não mais praticar a conduta ou seus efeitos lesivos²⁵⁰. Para esses deveres, embora a assinatura do acordo possa criar algum incentivo de ordem moral, este incentivo, a princípio, não deve ser considerado como tão relevante, até porque o infrator já cometeu um ato ilícito²⁵¹, sinalizando que burla as regras do jogo quando tem oportunidade.

Dito isso, destaque-se que há dois momentos distintos para o compromissário no que tange aos incentivos para voltar a ingressar na prática ilícita: um durante a vigência do acordo e o outro após o seu término. Em ambos, os custos da conduta são comparados com os benefícios. Partindo do pressuposto que a prática do cartel é bastante vantajosa, conforme os estudos econômicos indicados, pode-se deduzir que ela o seria em qualquer um dos dois momentos. No entanto, durante a vigência do acordo, se detectado o ilícito, poderia haver imposição de sanção, se prevista no acordo, e a volta ao curso regular do processo, de modo que o compromissário não apenas perderia o desconto sobre a multa, como também, em caso de nova condenação, ela seria aplicada em dobro.

Considerando os dados do caso da Ashland, acima analisado, ela deixaria de pagar R\$ 11 milhões para pagar R\$ 14 milhões, bem como teria um risco de vir a ser punida em R\$ 28 milhões, ao invés de R\$ 14 milhões, em caso de reincidência. Além disso, naquele contrato está previsto uma multa por descumprimento no valor de R\$ 1 milhão. Mantendo um risco de detecção de 10%, é possível comparar o custo esperado do ingresso em um novo cartel durante e após a vigência do acordo.

$$C(v) = R\$ 11 \text{ milhões} + 0,1(m + d + 2M)$$

$$C(v) = R\$ 11 \text{ milhões} + 0,1(R\$ 1 \text{ milhão} + R\$ 3 \text{ milhões} + R\$ 28 \text{ milhões})$$

$$C(v) = R\$ 14,2 \text{ milhões},$$

onde $C(v)$ é o custo total esperado do descumprimento do acordo por nova formação de cartel, ou seja, durante a vigência do TCC. Com isso, haveria uma chance de 10% de pagar a multa por descumprimento (m), perder o desconto sobre a multa final (d) e vir a sofrer a sanção pecuniária em dobro em caso de nova punição futura ($2M$).

²⁵⁰ “Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis”. Lei nº 12.529/11, art. 85, § 1º.

²⁵¹ Condutas colusivas são infração à ordem econômica para pessoas jurídicas e físicas, sendo que para estas últimas também é crime contra a ordem econômica (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990).

Alternativamente, a compromissária poderia esperar o término da vigência do acordo, cumprindo-o em sua integralidade, e só então considerar o ingresso em nova conduta, incorrendo nos seguintes custos:

$$C(c) = \text{R\$ } 11 \text{ milhões} + 0,1 \text{ (M)}$$

$$C(c) = \text{R\$ } 11 \text{ milhões} + 0,1 \text{ (R\$ } 14 \text{ milhões)}$$

$$C(c) = \text{R\$ } 12,4 \text{ milhões}$$

Dada essa diferença de R\$ 1,8 milhão, pode ser vantajoso para a empresa aguardar o encerramento da vigência do acordo, para não assumir esses riscos adicionais. Claro que o equilíbrio deste jogo dependeria do ganho esperado com o cartel, o qual tende a ser significativo e poderia justificar o descumprimento do acordo. Em suma, se a prática de cartel é uma estratégia dominante, ainda assim a compromissária faria os cálculos para decidir ingressar novamente no cartel antes ou depois do término da vigência do TCC, visto que a estrutura de incentivos é diferente.

4. Conclusões

O artigo teve por objetivo analisar, à luz da teoria dos jogos, a estrutura de incentivos no instituto do TCC em processos administrativos sancionadores contra empresas por formação de cartel. Verificou-se que, diferentemente do instituto do acordo de leniência, que altera, diretamente, a estrutura de incentivos no mercado, dada a possibilidade de denúncia do ilícito pelas próprias empresas participantes do cartel, o TCC tem impacto direto no processo, e só de forma indireta no mercado. Nesse sentido, se por um lado o acordo reduz os custos da condenação para as empresas, entre outros benefícios, ele libera recursos materiais, financeiros e humanos do CADE, o que tende a gerar um aumento da probabilidade de punição de novas condutas.

Pelas regras atuais, há incentivos para TCC apenas para as empresas contra as quais as provas são fortes, como tende a ocorrer quando há leniência, e que em tese seriam mais provavelmente condenadas. Esse fato não é necessariamente indesejável, mas restringe bastante os ganhos decorrentes do instituto, visto que a princípio esses processos são relativamente mais fáceis de serem julgados. Para que houvesse mais acordos nos demais casos, poderiam ser necessários descontos maiores nas contribuições das

empresas, o que não necessariamente é benéfico, dada a dificuldade em se verificar o nível de probabilidade de punição.

De qualquer forma, assinado o acordo, verificaram-se duas categorias de obrigações no que tange aos incentivos para o seu cumprimento. A primeira é composta por aquelas cujo descumprimento é facilmente detectável pelo CADE, incluindo fazer a contribuição, reconhecer a participação na conduta, e entregar relatórios e informações, de forma que as multas, embora relativamente baixas, tendem a ser suficientes para garantir o seu cumprimento.

Já em um segundo grupo estão as obrigações de difícil detecção pelo CADE, em especial a não continuidade do ilícito, obrigação essa que exige multas maiores para fazer com que o agente racional tenda a cumprir o acordado. Durante a vigência do TCC, a continuidade da conduta é menos provável, não porque não seja lucrativo, mas porque pode compensar esperar o seu término, dado que a empresa se sujeitaria a menores sanções. Contudo, após o término da vigência do acordo, os incentivos para a reincidência são significativos, dada a lucratividade que tende a ser obtida com a prática de cartel.

Por fim, é válido destacar que os estudos econômicos sobre os acordos em processos administrativos, ou mesmo sobre punições, estão muito defasados em relação aos estudos sobre os mercados²⁵². Para estes últimos, há vasta literatura da ciência econômica, e o CADE despende bastante tempo e recursos em sua análise. Já a fixação da pena é deixada em segundo plano, seja na condenação, seja em acordos. O problema é que os ganhos sociais de uma boa decisão quanto à ocorrência ou não de uma infração podem ficar bastante comprometidos no caso de falha na fixação dos custos impostos aos infratores. Com isso, fica a proposta para um aprofundamento do tema, incluindo o uso de instrumentais avançados, como a Teoria dos Jogos. O custo de aprendizagem pode ser relativamente alto, mas os benefícios que se seguem tendem a compensá-los.

5. Bibliografia

BECKER, G. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169–217, 1968.

BOSON, D. S. O Jurista que Calculava. In: RIBEIRO, G. F.; GICO JUNIOR, I. T. (Eds.). *O Jurista que Calculava*. Curitiba: CRV, 2013. p. 147–160.

²⁵² Por exemplo, nas próprias faculdades de Direito o estudo da teoria da negociação não é difundido.

BOSON, D. S. Three Strikes and You're Out: uma análise econômica das penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 17–37, 2015.

CONNOR, J.; HELMERS, C. Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005. [s.l: s.n.].

EIDE, E. Economics of criminal behaviour. *Encyclopedia of law and economics*, 5, v. 5, p. 345–389, 2000.

GICO JR, I. T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7–32, 2010.

GUL, F. A Nobel Prize for Game Theorists: The Contributions of Harsanyi, Nash and Selten. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 11, n. 3, p. 159–174, 1997.

ICN. Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions: report to the 7th ICN Annual Conference. [s.l: s.n.].

JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p. 305–360, 1976.

KELLY, A. Decision Making using Game Theory: an introduction for managers. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LANDE, R. H.; CONNOR, J. M. How High do Cartels Raise Prices? Implications for optimal cartel fines. *Tulane L*, v. 80, p. 513–539, 2005.

MASCHLER, M.; SOLAN, E.; ZAMIR, S. Game Theory. [s.l.] Cambridge University Press, 2013.

NEALE, M.; BAZERMAN, M. Perspectives for Understanding Negotiation: viewing negotiation as a judgmental process. *The Journal of Conflict Resolution*, v. 29, n. 1, p. 33–55, 1985.

POSNER, E. A. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? [s.l: s.n.]. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=304977>.

POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. 8. ed. New York: Aspen, 2011.

RASMUSEN, E. *Games and Information: an introduction to game theory*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.

SHELL, G. R. *Bargaining for Advantage*. New York: Penguin Group, 2006.

SPAGNOLO, G. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In: BUCCIROSSI, P. (Ed.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2008.

VELJANOVSKI, C. Cartel Fines in Europe: Law practice and deterrence. *World Competition*, v. 29, 2007.

WATSON, J. Contract and Game Theory: Basic Concepts for Settings with Finite Horizons. *Games*, v. 4, n. 3, p. 457–496, 2013.

WINHAM, G. R.; BOVIS, H. E. Distribution of Benefits In Negotiation: Report On a State Department Training Simulation. *Journal of Conflict Resolution*, v. 23, n. 3, p. 408–424, 1979.

Anexo - TCCs em casos de cartel firmados pelo CADE até 2014²⁵³

Requerimento ²⁵⁴	Compromissário	Mercado	Data	Contribuição ²⁵⁵	Cooperação	Nº Representados ²⁵⁶	Multa Não Cumprimento ²⁵⁷
2493/2005-16	JBS	Gado para Abate	28/11/2007	13,761 milhões	Não	9	-
4221/2007-56	Lafarge	Cimento	28/11/2007	43 milhões	Sim	8	-
5281/2007-96	Alcan Embalagens	Embalagens	23/07/2008	24,218 milhões	Sim	13	-
1882/2008-19	Bridgestone	Mangueiras Marítimas	27/08/2008	1,594 milhões	Sim	12	-
5321/2008-21	Manulli	Mangueira Marítmas	21/01/2009	2,1 milhões	Sim	12	-
2312/2009-19	Trelleborg	Mangueiras Marítmas	16/06/2009	4,4 milhões	Sim	12	-
1369/2009-09	Whirpool	Compressores para Refrigeração	30/09/2009	100 milhões	Sim	7	100 mil UFIR

²⁵³ Listados no site do CADE.

²⁵⁴ Foram listados apenas os números finais do Requerimento, o suficiente para que eles sejam encontrados no site do CADE.

²⁵⁵ Valores arredondados, em reais.

²⁵⁶ Apenas empresas, incluindo compromissária.

²⁵⁷ Apenas o descumprimento total. Não está incluída multa diária por atraso no pagamento da contribuição ou na sua comprovação.

Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogos

2709/2010-44	Politec	TI para Licitações	02/03/2011	33,9 milhões	Sim	17	100 mil UFIR
10220/2012-16	Air France e KLM	Frete Aéreo	20/02/2013	13,7 milhões ²⁵⁸	Sim	7	-
2321/2011-24	Braz Cuba	Auto-Escolas SP	07/08/2013	13 mil	Sim	6	-
2028/2013-29	Liquigás	GLP Pará	28/08/2013	17,891 milhões	Sim	3	-
6544/2012-41	Parker	Mangueiras Marítimas	23/10/2013	5,101 milhões	Não	12	150 mil
2074/2013-28	ABB	Cabos	18/12/2013	1,504 milhão	Sim	10	150 mil
10662/2012-54	Expeditors	Frete Internacional	22/01/2014	7,423 milhões	Não	28	-
9872/2013-80	Dutra	Licitação de Ambulâncias	16/07/2014	450 mil	Sim	3	100 mil
3071/2014-92	Itororó	Licitação de Ambulâncias	16/07/2014	2,4 milhões	Sim	3	1 milhão

²⁵⁸ R\$ 9,9 milhões pagos pela Air France e R\$ 3,8 milhões pela KLM.

4258/2014-03	Atmosfera	Lavanderia	30/07/2014	2,959 milhões	Não	7	150 mil
2740/2014-09	GM Ambulâncias	Ambulâncias	30/07/2014	33 milhões	Não	3	5 milhões
2404/2013-85	RV Tecnologia e Beiramar	Recarga Para Celular	26/11/2014	2,501 milhões	Sim	8	100 mil
5159/2014-49	Novapol	Resinas	10/12/2014	13,739 milhões	Sim	Confidencial	1 milhão
3376/2013-13	Alsar Tecnologia	TI para Licitações	10/12/2014	1,138 milhão	Sim	7	100 mil
1718/2011-07	Infineon	DRAM	10/12/2014	543 mil	Sim	12	150 mil
4627/2014-68	CCP	Resinas	10/12/2014	10,570 milhões	Sim	Confidencial	1 milhão
4496/2014-19	Ashland	Resinas	10/12/2014	11,389 milhões	Sim	Confidencial	1 milhão
10314/2013-68	Panalpina	Frete Internacional	10/12/2014	7,265 milhões	Sim	28	150 mil

Obs: Foram colocados apenas os últimos números do Requerimento, suficiente para encontrar o processo no site. Contribuição em Reais.

Standards como eventual limite à concorrência: breve consideração acerca do cartel do cimento no Brasil

Vicente Bagnoli²⁵⁹
Maria Fernanda Madi²⁶⁰

RESUMO

Standards, ou normas técnicas, definem requisitos técnicos ou de qualidade a produtos e processos de produção ou serviços. Ainda que existam eficiências econômicas não desprezíveis no processo de normatização, a literatura concorrencial também vem mostrando que em um mercado onde os *standards* são excessivos, a livre concorrência pode ser prejudicada, pois a iniciativa de várias empresas passa a ser limitada. No presente artigo serão abordadas as preocupações concorrenciais que devem ser consideradas pela autoridade de concorrência em suas análises e investigações. O artigo utiliza como exemplo, e breve estudo de caso, o chamado cartel do cimento, julgado em 2014 pelo CADE.

Palavras-chaves: Standards; Normatização; Colusão; Concorrência.

ABSTRACT

Standards can be defined as technical or quality requirements for products, production processes or services. Even knowing that the standard setting might lead to economic efficiencies, the antitrust literature also shows that markets where standards are excessive, free competition may be harmed as the initiative of several companies happens to be restricted in some form. This paper aims to present which are the antitrust concerns that should be taken into account by the competition authority in their analysis and future investigations. The article also uses as an example and case study the so-called cement cartel, judged by CADE in 2014.

Keywords: Standards; Standard Setting; Collusion; Competition.

Classificação JEL: L4

²⁵⁹ Vicente Bagnoli é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e advogado; Consultor não governamental da ICN e Consultor temporário do Banco Mundial; Presidente da Cecore OAB SP (2013-2015); Conselheiro do IBRAC; Coordenador do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

²⁶⁰ Maria Fernanda Madi é Doutoranda em *Law & Economics* pela Erasmus University Rotterdam, advogada e economista; Membro do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

SUMÁRIO: 1. Introdução: *standards* e o papel das SSOs; 2. O Cartel do cimento e a imposição de barreiras à entrada; 3. *Standards* e concorrência; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução: standards e o papel das SSOs

Na literatura concorrencial brasileira, muito já se discutiu sobre o papel das associações e sindicatos na formação de cartéis nos mais diversos setores da economia. Discutiu-se que estas entidades estão expostas a um risco não desprezível de se envolverem em práticas contrárias à concorrência e ao livre mercado, uma vez que as recorrentes discussões entre as empresas associadas podem extrapolar as funções legítimas das entidades, permitindo que os concorrentes se engajem, por exemplo, em definir estratégias de mercado tais como preços, quantidade produzida e clientes.²⁶¹

Uma questão que vem sendo questionada pelas autoridades de concorrência no mundo é se estas entidades que unem concorrentes, também podem se envolver na elaboração de “*standards*”, ou seja, na definição de normas técnicas para cada setor específico, potencialmente com o intuito de favorecer uma minoria e prejudicar a livre concorrência em determinados mercados. As implicações concorrenciais da normatização ganham espaço na atualidade, uma vez que aumentam a importância das padronizações para interoperabilidade nos mercados de tecnologias.

Vale notar que restrições à concorrência podem ser implementadas em níveis diversos de regulação, podem assumir inúmeras formas (técnicas, financeiras e jurídicas) a partir de iniciativas pública e privada.²⁶² As normas técnicas, também chamadas de normas padrão (ou, em inglês, *standards*, expressão utilizada ao longo deste artigo), geralmente definem requisitos técnicos ou de qualidade a que produtos, processos de produção ou serviços podem ou devem cumprir. Em um mercado em que os *standards* sejam excessivos, a livre concorrência fica prejudicada, pois a livre iniciativa de certas empresas passa a ser limitada.²⁶³

Especificamente, *standards* podem ser definidos como um conjunto de normas e especificações técnicas que visam fornecer um padrão ou *design* comum para um produto

²⁶¹ Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009. p.3.

²⁶² OECD. *Implementing Competition Policy in Developing Countries*. 2007. p.86

²⁶³ OECD. *Competition Assessment Toolkit*. Volume 1 and 2. Disponível em: www.oecd.org/competition/toolkit. p.67

ou processo produtivo.²⁶⁴ Lundqvist²⁶⁵ explora a ideia de que um *standard*, na sua definição mais ampla, pode ser descrito como uma “solução para uma demanda”.

Os *standards* podem assumir diferentes formas, qualidades ou dimensões de um determinado produto ou de uma especificação técnica nos mercados de produtos ou serviços. Por exemplo, as normas podem: estabelecer parâmetros de qualidade relacionados à segurança, desempenho ou eficiência do produto; estabelecer parâmetros para garantir que o consumidor esteja bem informado sobre as características de um produto, tais como as normas de rotulagem; definir critérios para o desempenho de determinadas profissões; garantir a interoperabilidade entre dois ou mais produtos ou processos; entre outros.²⁶⁶

Segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a existência dos *standards* permite “o estabelecimento de soluções, por consenso das partes interessadas, para assuntos que têm caráter repetitivo, tornando-se uma ferramenta poderosa na autodisciplina dos agentes ativos dos mercados, ao simplificar os assuntos, e evidenciando ao legislador se é necessária regulamentação específica em matérias não cobertas por normas”.²⁶⁷ Ainda, a ABNT ISO/IEC Guia 2:2006, apresenta como os objetivos da normatização: a segurança, proteção do produto, controle da variedade, proteção do meio ambiente, intercambialidade, eliminação das barreiras técnicas e comerciais, compatibilidade e comunicação.

O procedimento de criação de um *standard* pode surgir a partir de iniciativas do setor público, bem como dos entes privados. Quando se pensa em criação de *standards* pelos entes públicos, algumas características devem ser avaliadas. O setor alimentício, por exemplo, é caracterizado pela presença de externalidades e assimetrias de informação, sendo assim, este mercado, isoladamente, dificilmente conseguiria fornecer a quantidade socialmente desejável de segurança alimentar e, portanto, a competência para padrões de segurança alimentar continua a ser uma responsabilidade do setor público.²⁶⁸

Sob uma perspectiva concorrencial, os *standards* têm claramente alguns efeitos pró competitivos a serem levados em consideração quando analisada a economia como

²⁶⁴ Geradin, Damien and Layne-Farrar, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. p.3

²⁶⁵ Lundqvist, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p.35

²⁶⁶ OECD. *Setting Standard*. 2010. p. 10

²⁶⁷ Informação disponível em: <http://www.abnt.org.br/normalizacao/o-que-e/objetivos>

²⁶⁸ Smith, G. *Interaction of Public and Private Standards in the Food Chain*. OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Papers, No. 15, OECD Publishing. 2009. p. 4

um todo, uma vez que podem ser usados para garantir uma melhor qualidade de determinados produtos no mercado, além de fornecer informações para as partes e assegurar a compatibilidade entre os produtos, aumentando assim, o valor dos produtos para os consumidores. Estas eficiências não podem ser ignoradas.

No entanto, os mesmos *standards* podem gerar efeitos anticompetitivos no mercado, já que podem limitar ou controlar níveis de produção, inovação e desenvolvimento técnico. Isso significa que os *standards* nem sempre maximizam o bem-estar social e, portanto, cabe à lei e às políticas de concorrência evitarem potenciais danos à concorrência causados por essa padronização nos mais diferentes tipos de indústria.

Vale ressaltar que os *standards* também têm um papel na definição de mercados relevantes uma vez que eles podem alterar a dinâmica do mercado. A Comissão Europeia, por exemplo, nas suas Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ou em inglês *Treaty on the Functioning of the European Union* – TFEU) aos acordos de cooperação horizontal, propõe que os *standards* (nominados de ‘acordos de normalização’ pela autoridade europeia) podem produzir os seguintes efeitos:

Os acordos de normalização podem ter repercussões em quatro mercados, que serão definidos em conformidade com a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado. Em primeiro lugar, a fixação de normas pode ter efeitos no mercado ou mercados do produto ou dos serviços a que a norma ou normas dizem respeito. Em segundo lugar, quando a fixação de normas implica a seleção de tecnologia e quando são comercializados direitos de propriedade intelectual independentemente dos produtos a que dizem respeito, a norma pode ter efeitos no mercado da tecnologia relevante. Em terceiro lugar, o mercado da fixação de normas pode ser afetado se existirem organismos ou acordos de normalização diferentes. Em quarto lugar, quando existe, o mercado distinto dos ensaios e da certificação pode ser afetado pela fixação de normas.²⁶⁹

Na grande maioria das vezes, a fim de elaborar tais regras, a cooperação entre os agentes do mercado se faz necessária. Os fóruns de discussão entre as indústrias de um determinado mercado para discutir a criação e manutenção de determinadas normas técnicas são internacionalmente conhecidos como Organização para Criação de Normas Técnicas, em inglês, *Standard Setting Organizations (SSOs)*; ou ainda Organização para Desenvolvimento de Normas Técnicas, em inglês, *Standard Developing Organization (SDOs)*.

²⁶⁹ Veja parágrafo 261 das "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal" de 2011.

Importante notar que cada *SSO* tem suas próprias regras sobre os critérios de participação nas entidades, os métodos de definição das normas técnicas e regras de voto. Segundo consta das melhores práticas internacionais, as regras internas das *SSOs* e todo o procedimento de definição do *standard* deve ter um caráter não discriminatório, aberto e transparente, uma vez que deverá ter como objetivo o aumento do bem-estar total do mercado a que se refere.²⁷⁰ Há algumas *SSOs* com um alcance internacional, como por exemplo, a Organização Internacional para Padronização ou Organização Internacional de Normalização (em inglês *International Organization for Standardization – ISO*).

Internacionalmente, a ISO é uma das principais instituições que tem como objetivo estabelecer padrões internacionais de qualidade para diversos produtos e serviços existentes, desde segurança para computadores até agricultura e saúde. No Brasil, estas normas são criadas e gerenciadas, em sua maioria, pela própria ABNT.

Os objetivos das *SSOs* são diferentes dos objetivos de associações comerciais convencionais ou ainda de sindicatos profissionais, uma vez que as associações e sindicatos, na sua grande maioria, têm objetivos mais amplos como - além do estabelecimento de normas e certificação - compartilhamento de notícias da indústria, *lobbying*, treinamento de profissionais, aconselhamento profissional, organização de conferências, entre outras funções.²⁷¹

O Guia de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações publicado em 2009 pela extinta Secretaria de Direito Econômico, já apresentava a ideia de que por vezes, sindicatos e associações de classe extrapolam suas funções institucionais e acabam por coordenar e/ou influenciar acordos entre seus associados no sentido de uniformizar condutas comerciais.²⁷² O mesmo Guia já alertava quanto ao risco destas entidades se envolverem em condutas anticompetitivas relativas a normatização:

[...]as associações devem tomar as devidas precauções para que os meios utilizados não sejam injustificadamente restritivos à concorrência, ou seja, para que não ergam barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes no mercado, impeçam a inovação da indústria ou, de qualquer outra forma, inibam a concorrência. [...] **A adoção de critérios de padronização e certificação deve ser imparcial, sem gerar propositalmente benefícios a determinadas empresas, em detrimento de outros concorrentes.** Ainda, quaisquer

²⁷⁰ OECD. *Setting Standard*. 2010. p. 10

²⁷¹ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 24

²⁷² Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009. p. 12.

discussões relativas à padronização e à certificação devem ser abertas a todos os interessados.²⁷³ (destacou-se)

Antes de um *standard* ser definido, as empresas de determinado setor competem em tecnologia, oferecendo soluções diferentes para os problemas em que a normalização se destina a abordar.²⁷⁴ No entanto, dentro de uma SSO reúnem-se grupos específicos de concorrentes que geralmente têm interesses mútuos e, portanto, pode ser um ambiente facilitador para colusão. Em outras palavras, as regras das SSOs e os *standards* em si podem não ser projetados visando um aumento de um bem-estar da sociedade como um todo, mas podem ser destinadas a favorecer os interesses de seus próprios produtos no referido mercado.

Autores como Farrell, Hayes, Shapiro e Sullivan²⁷⁵ discutem, por exemplo, que a configuração das SSOs envolve frequentemente concorrentes horizontais (i.e., de um mesmo mercado) concordando sobre certas especificações dos produtos que pretende comercializar, implicando questões concorrenciais fundamentais sobre a fronteira entre cooperação e colusão. O potencial para a colusão nesses casos não pode ser ignorado visto que os maiores riscos de violação à Lei de Concorrência estão naquelas entidades que congregam concorrentes como seus associados.²⁷⁶

Lundqvist²⁷⁷, por sua vez, declara que o procedimento de fixação de normas depende de processo colaborativo, onde os membros das SSOs ou SDOs realizam as atividades de Pesquisa & Desenvolvimento (P&D) e negociam os *standards*. O referido autor também declara que se as regras gerais definidas por tais Organizações são agressivas e não transparentes, os *standards* refletem que essas Organizações são orientadas para proteger os interesses de uma "minoría" e não os interesses da sociedade, tais como a proteção dos consumidores. Em outras palavras, estas Organizações têm como objetivo principal criar normas e não defender a concorrência, minimizar problemas advindos de abuso de propriedade intelectual (patentes), ou, proteger outros objetivos de política pública.

²⁷³ Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009. p. 20.

²⁷⁴ Geradin, Damien; Layne-Farrar, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. p.4

²⁷⁵ Farrell, J., J. Hayes, C. Shapiro and T. Sullivan. *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*. 2007, No. 3, Antitrust Law Journal, 603-670. p. 1

²⁷⁶ Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009. p. 12 e 20.

²⁷⁷ Lundqvist, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p.145

Finalmente, uma nota deve ser feita em relação às implicações dos *standards* terem um caráter obrigatório ou facultativo. Os *standards* obrigatórios devem ser mais do que apenas uma "solução para a demanda",²⁷⁸ um *standard* obrigatório deve ter um instrumento similar e/ou complementar à regulação econômica, especialmente nas áreas de meio ambiente, saúde e segurança, uma vez que a justificativa para a imposição dessas normas resulta de falhas de mercado, ou seja, da crença de que, sob certas condições, a livre concorrência pode não alcançar níveis de bem estar social desejáveis.²⁷⁹ Outro exemplo importante a ser considerado como *standards* obrigatórios, para além daqueles do setor alimentício, são específicos de segurança relacionados às engenharias civil, mecânica e elétrica, pois eles têm a finalidade de proteger a saúde humana, garantindo a segurança dos usuários de vários produtos, os trabalhadores no local de trabalho e infraestrutura segura.²⁸⁰

2. O Cartel do cimento e a imposição de barreiras à entrada

Para o pleno entendimento dos conceitos apresentados no presente artigo, utiliza-se como referência o caso conhecido como o cartel do cimento ou das cimenteiras, Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 2014.

Conforme explicado pelo CADE à época do julgamento, o cimento é um produto essencial usado para a indústria de construção civil e infraestrutura de maneira geral. É um produto com uma natureza homogênea e que, geralmente, apresenta uma demanda inelástica (o produtor pode aumentar o preço que ainda haverá consumo, dado a essencialidade do produto em questão), o que significa que é um mercado em que os riscos de aumento de preços advindos de uma coordenação entre os concorrentes é alto. Historicamente, o mercado de cimento é caracterizado por significativas barreiras à entrada e inúmeros *standards* instaurados por diferentes órgãos governamentais e não-governamentais.

²⁷⁸ Lundqvist, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p.35

²⁷⁹ Smith, G. *Interaction of Public and Private Standards in the Food Chain*. OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Papers, No. 15, OECD Publishing. 2009. p. 4

²⁸⁰ RSB. *Compulsory Standards Booklet*. 2013. p. 1. Disponível em: http://www.rsb.gov.rw/~rbs/fileadmin/user_upload/files/pdf/Compulsory-mandatory_stds_booklet.pdf

No Brasil, o cartel entre as empresas de cimento perdurou, a princípio, de 2002 a 2006. Entre estas empresas encontravam-se: Holcim Ltda., Cimpor Cimentos de Portugal, Votorantim Cimentos S.A., Camargo Correa S.A., Itabira Agro Industrial S.A. e Cia. de Cimentos Itambé S.A. Em 2014, oito anos após o início da investigação, o CADE condenou por unanimidade estas seis empresas, além de indivíduos e associações (tais como a Associação Brasileira de Cimento Portland – ABCP, o Sindicato Nacional da Indústria de Cimento – SNIC e a Associação Brasileira de Serviços de Concretagem – ABESC), e impôs uma das maiores penalidades já aplicada pela autoridade em um caso de cartel. Para além da multa pecuniária que somou mais de três bilhões de Reais, o Conselho determinou ainda a venda de fábricas e impedimentos de realizar operações no ramo de cimento e de concreto até 2019.

Em análise detalhada dos fatos, a investigação começou quando um ex-funcionário de uma destas empresas de cimento fez um acordo de leniência com a autoridade, descrevendo toda a dinâmica do cartel. Os documentos sugeriram que as empresas, em conjunto com as associações, acordavam em: fixação de preços e quantidade de cimento e concreto no mercado brasileiro; divisão de mercado, especificamente, de clientes entre as regiões do Brasil e celebração de acordos de não concorrência; aumento de barreiras à entrada de novos concorrentes nos mercados de cimento e concreto; entre outros.

Especificamente, o CADE condenou as empresas por infração à ordem econômica, com fulcro no art. 20, incisos I, II, III e IV, c/c art. 21, incisos I, II, III e IV, ambos da antiga Lei de Concorrência, Lei nº 8.884/1994, atualmente art. 36, incisos I, II, III e IV, e §3º, incisos I, II e III, sob o fundamento de que atuaram, conscientes da ilicitude da prática e de forma concertada para:

- “(…)
- i. Fixar preços e quantidades e dividir regionalmente os mercados de cimento e de concreto no Brasil;
 - ii. Alocar clientes de forma concertada e, conseqüentemente, respeitar a carteira de clientes de cada empresa;
 - iii. Impedir a entrada de novos concorrentes nos mercados de cimento e de concreto;**
 - iv. Dividir o mercado de concreto por meio de participações equivalentes às participações de mercado no cimento; Estabelecer trocas ("swap") de ativos de empresas concretreiras, de maneira a otimizar o cartel;
 - v. Coordenar o controle das fontes de insumos do cimento, principalmente o insumo escória de alto-forno;
 - vi. Utilizar associações como fórum de troca de informações concorrencialmente sensíveis, possibilitando a formação e o monitoramento de acordos, inclusive por meio da elaboração de tabelas de preços;
 - vii. Promover ações com o objetivo de combater concorrentes que não participavam do cartel, prejudicando suas imagens; e

viii. Alterar normas técnicas sobre cimento e concreto, a fim de elevar artificialmente as barreiras à entrada nesses mercados²⁸¹ (destacou-se)

Como efeito de um mercado cartelizado, nos últimos 20 anos, o número de produtores de cimento diminuiu drasticamente em mais da metade.²⁸² E um fator que não pode ser menosprezado é que o excesso de normas técnicas impostas pelas associações de cimento e concreto criaram um cenário de grandes barreiras à entrada (regulação privada) e prejudicaram diretamente a concorrência no mercado de cimento brasileiro.

Uma das estratégias do cartel que ganha importância no presente artigo é a atuação das empresas junto a Associação Brasileira de Normas Técnicas ("ABNT"), a fim de criar novas normas que, de fato, caracterizavam-se por ser significativas barreiras à entrada de novos concorrentes ou ainda acabavam por excluir do mercado as empresas que não faziam parte do esquema imposto, sendo estas, em geral, empresas de pequeno e médio porte. Além das empresas envolvidas no cartel, a Associação Brasileira de Cimento Portland (ABCP), também agiu para pressionar e convencer ABNT para criação destas novas normas que, na verdade, conforme relatado pelo CADE²⁸³, possuíam, em sua essência, características claramente anticompetitivas.

Ainda como parte da prática, a ABCP preparou uma declaração pública de alerta aos consumidores de cimento, a fim de alertá-los sobre os riscos associados ao uso de cimento fora dos padrões, indicando inclusive as empresas que não estariam em conformidade com as suas normas.²⁸⁴

Apesar da ABNT não ser oficialmente uma agência reguladora do governo brasileiro, os serviços e os produtos disponíveis devem respeitar as normas técnicas (*standards*) definidos no mercado. Especificamente, normas técnicas para mercado de produção de cimento são reguladas pela ABNT, no entanto, qualquer outra entidade, uma vez certificada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial ("CONMETRO"), pode vir a criar uma norma técnica.

²⁸¹ Vide Voto da Conselheira Ana Frazão nos embargos de declaração no Processo Administrativo no 08012.011142/2006-79, disponível em:

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?iEGDFf7Oqt_QxtNOdtHnsiqw-fjeH5Rf6B99-fsnUs9xr3wMQx8ve8-mw55uN4wV5kqkAOLS4UcEjprucuWk4g

²⁸² Informação disponível em: http://www.worldcement.com/the-america/24012014/Brazilian_cement_companies_accused_of_cartel_behaviour_644/

²⁸³ Vide análise e citação a seguir do voto do Conselheiro Alessandro Octaviani no Processo Administrativo 08012.011142/2006-79.

²⁸⁴ Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, voto do Conselheiro Alessandro Octaviani, § 604, p 284.

Documentos apreendidos em buscas e apreensões conduzidas pelo CADE neste Processo Administrativo mostraram que, sob a justificativa aparente que as normas técnicas seriam necessárias para melhorar a qualidade do cimento vendido no mercado brasileiro, *standards* foram criados para alterar as condições de entrada e para excluir deliberadamente concorrentes do mercado.²⁸⁵

Conforme definido pelo próprio Conselheiro do CADE, Alessandro Octaviani:

“[...] As alterações das normas **não visavam à melhoria da qualidade do produto, mas sim a criação de restrições** à atuação dos misturadores, tornando-os "fora de norma". [...] **“Dificultar” para “tornar fora da norma” concorrentes não é justificativa para alteração de padrões técnicos.** É estratégia exclusionária coletiva, sob vestes do Estado e da competência delegada para o exercício do múnus. A coletividade confia nos técnicos para sua sobrevivência e harmonia na sociedade de risco; se técnicos são colonizados por outros interesses, a sociedade está fraudada, à mercê.”²⁸⁶
(grifou-se)

Em outras palavras, as mudanças nestas regras técnicas foram destinadas a criar restrições concorrenciais aos empreendedores de médio e pequeno porte. Tendo este caso como referência, analisar-se-á na próxima seção como a definição de *standards* podem gerar efeitos anticompetitivos em determinados mercados.

3. Standards e concorrência

Há uma série de razões que justificam a regulação e normatização em determinados mercados.

Um primeiro ponto a ser destacado nesse sentido é que alguns setores da economia estão sujeitos a: (a) economias de escala (após o investimento inicial, os custos médios declinam com cada unidade adicional produzida); (b) custos irrecuperáveis e fixos elevados; (c) vencimento de longo prazo dos investimentos, exigindo condições financeiras especiais, a fim de mitigar os riscos financeiros associados ao descasamento entre custos e geração de caixa; (d) externalidades; entre outros.

Adicionalmente, existem outros aspectos a serem levados em conta quando da regulação econômica ou na definição de um *standard*. É o caso das questões de segurança, meio ambiente, igualdade de gênero, direitos humanos e exclusão social. Esses itens são

²⁸⁵ Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, voto do Conselheiro Alessandro Octaviani, § 592, p 277.

²⁸⁶ Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, voto do Conselheiro Alessandro Octaviani, § 595 e 597.

considerados pela literatura como questões transversais, ou em inglês, *cross setting regulation*.²⁸⁷

Em relação aos efeitos pró competitivos dos *standards*, entende-se que estes podem reduzir os custos de transação e informação entre a oferta e a demanda de determinado produto, além de facilitar a escolha do consumidor. *Standards* também permitem economias de escala, facilitam a entrada de concorrentes no mercado na medida em que garantem uma melhor aceitação e reconhecimento da qualidade do produto para os consumidores. Além disso, muitos *standards* garantem a saúde ou segurança alimentar, ambiental, entre outros²⁸⁸.

Neste sentido, a OCDE descreve que tais normas técnicas podem ser entendidas como pró competitivas por facilitar a criação de mercado, instituindo um ambiente em que os consumidores podem se comprometer com o produto e em que as empresas podem obter economias de escala e uma entrada facilitada no mercado, além de proteger os consumidores e aumentar os incentivos das empresas para inovar pela redução dos custos de informação entre as partes.²⁸⁹

De acordo com as "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal", os *standards* normalmente aumentam a concorrência e o valor dos produtos para os consumidores, pois mantêm e/ou melhoraram a qualidade, a prestação de informações, além de garantir a interoperabilidade e compatibilidade entre os produtos.²⁹⁰

Na mesma linha, a ABNT, por sua vez, entende que *standards* tornam o desenvolvimento, a fabricação e o fornecimento de produtos e serviços mais eficientes, mais seguros e mais limpos, além de facilitar o comércio entre países; garantem aos governos e suas entidades uma base técnica para saúde, segurança e legislação ambiental, disseminam a inovação e protegem os consumidores e usuários em geral, de produtos e serviços.²⁹¹

Um último ponto que deve ser ressaltado é que os *standards* também podem ser importantes para promover produtos de determinadas regiões específicas. Por exemplo, a denominação de origem visa proteger qualidade, reputação, entre outras características

²⁸⁷ OECD. *Sectors and cross-cutting issues*. 2002. p.3

²⁸⁸ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 11

²⁸⁹ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 26

²⁹⁰ Veja parágrafo 263 das "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal" de 2011.

²⁹¹ Informação disponível em: <http://www.abnt.org.br/normalizacao/o-que-e/o-que-e>

que podem ser atribuídas à referida origem geográfica, e cuja produção, processo de transformação ou fabricação são realizados na área geográfica em questão.²⁹²

Contudo, existem vários tipos de *standards* que podem afetar a concorrência. Como exemplo, pode-se citar as normas técnicas: (i) que criam barreiras à entrada no mercado ou afetam diretamente o número de fornecedores em determinado mercado, por exemplo, a partir da imposição de requisitos difíceis e custosos para eles se adaptarem; (ii) que limitam a capacidade dos fornecedores para competir através de regras que reduzem a concorrência de preços ou restringem a publicidade; (iii) que limitam as opções e informações disponíveis para os consumidores, entre outros.

De acordo com a teoria microeconômica, os *standards* tendem a reduzir a rivalidade em um mercado específico e, portanto, a capacidade dos ofertantes para aumentar os preços pode ser potencializada. O declínio da rivalidade no mercado também reduz os incentivos para que as empresas sejam eficazes e inovadoras no longo prazo.²⁹³

As "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal" também definem que:

“[...]o fato de as empresas se lançarem em discussões anticoncorrenciais no âmbito da fixação de normas pode reduzir ou eliminar a concorrência em matéria de preços nos mercados em causa, **facilitando assim a adoção de um comportamento colusivo no mercado**; [...]as normas que fixam especificações técnicas pormenorizadas para um produto ou serviço podem limitar a evolução técnica e a inovação. [...] Quando uma tecnologia é escolhida e a norma é fixada, as tecnologias e empresas concorrentes podem **confrontar-se com uma barreira à entrada e podem ser, potencialmente, excluídas do mercado**; [...] a normalização pode dar origem a efeitos anticoncorrenciais ao **impedir que determinadas empresas obtenham um acesso efetivo aos resultados do processo de fixação das normas** (ou seja, especificações e/ou patentes essenciais para a aplicação da norma). Se uma empresa for completamente impedida de obter acesso aos resultados da norma ou se só lhe for concedido acesso em condições proibitivas ou discriminatórias, existe um risco de um efeito anticoncorrencial”²⁹⁴.
(grifou-se)

Outra forma de analisar os efeitos anticompetitivos na definição dos *standards* é a partir do entendimento do procedimento no qual tais normas são definidas e o próprio papel das SSOs nesse processo.

²⁹² Alguns exemplos de denominação de origem na União Europeia podem ser encontrados em: <http://www-sre.wu-wien.ac.at/ersa/ersaconfs/ersa00/pdf-ersa/pdf/465.pdf>

²⁹³ Motta, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004.

²⁹⁴ Veja os parágrafos 265-272 das "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal" de 2011.

Em primeiro lugar e mais relevante, *standards* podem facilitar a exclusão de concorrentes no mercado, o que significa que o grupo das empresas que geralmente definem as normas podem ter incentivos à criação de critérios que são caros ou difíceis de se implementar, e em muitos casos, não absolutamente necessários para garantir a qualidade/segurança dos produtos.²⁹⁵ As empresas que não podem suportar os custos elevados impostos por essas normas, de alguma forma passam a ser excluídas do mercado. Em alguns casos, o custo da implementação de um *standard* pode ser muito diferente de empresa para empresa e, uma vez mais, as empresas que mais se afetam com esses custos, terão uma desvantagem competitiva e são forçadas a sair do mercado.

Vale notar que em mercados oligopolizados e com elevada homogeneidade de produtos ou serviços, a consequência da criação de normas técnicas pode ser ainda maior que em um mercado competitivo, como é o caso do cartel do cimento analisado na seção anterior.

Ainda que se possa ter a interpretação de que o aumento de qualidade é sempre positivo do ponto de vista do consumidor, *standards* também podem promover o aumento de preço conjunto entre os concorrentes e impedir o acesso ao mercado a indivíduos de baixo poder aquisitivo. Os custos adicionais de adequação dos *standards* no mercado (suportados pelas empresas) podem ser traduzidos diretamente no aumento dos preços pagos pelos consumidores, além da redução na variedade de produtos e serviços disponíveis.

Por exemplo, as normas de segurança alimentar acabam por empurrar a qualidade dos alimentos a níveis muito superiores aos níveis necessários, e podem ter o efeito de reduzir a variedade oferecida aos consumidores, além do próprio aumento de preço. Da mesma forma, as regras técnicas de construção civil são extremamente necessárias, mas o excesso de *standards* acaba por elevar consideravelmente o preço das estruturas habitacionais, negando o acesso ao mercado a muitos indivíduos de baixa renda, especialmente nos mercados oligopolizados.

Por isso, o cumprimento dos *standards* em determinadas indústrias em que estas normas técnicas são desnecessárias ou mesmo excessivas, em termos práticos, significa uma restrição à concorrência para as empresas que não possuem qualquer poder econômico e também para o bem-estar do consumidor.

²⁹⁵ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 32

Recentemente, especialmente na Europa e nos EUA, os *standards* têm sido criados muito em função da proteção de direitos de propriedade intelectual (PI) das novas tecnologias. Em relação aos direitos de propriedade intelectual, dois potenciais problemas podem ser associados com os *standards*: (i) o chamado “*royalty stacking*”, ou, em português, múltiplas obrigações de patentes e (ii) situações oportunistas também conhecidas como problemas de “*hold-up*”. No caso do *royalty stacking* (i), este acontece quando um produto contém muitas tecnologias protegidas por patentes e, por consequência, as taxas de royalties acumuladas a serem pagas por um fabricante passam a ser proibitivamente altas. Já no caso dos problemas de *hold-up* (ii), estes podem surgir a partir de um comportamento oportunista, desonesto, criado pela existência de assimetria de informações das partes no momento da negociação dos *standards*.

Em geral, o problema de *hold-up* acontece quando uma das partes faz diversos investimentos específicos em determinado negócio antes que todos os termos dos *standards* sejam acordados.²⁹⁶ Por exemplo, suponha-se que um *standard* a respeito de uma nova tecnologia seja aplicado em um mercado específico. As empresas que pretendem implementar a nova norma técnica e que já fizeram investimentos irreversíveis em suas instalações e equipamentos estão em uma posição de desvantagem em relação às empresas que já possuem a patente da nova tecnologia objeto do *standard* ou até mesmo em relação às empresas que estão no mesmo mercado, mas que ainda não fizeram qualquer investimento anterior à definição do referido *standard*.

Essas empresas - que já realizaram os investimentos - provavelmente preferem pagar a licença do uso da tecnologia ao titular da patente do que arcar com altos investimentos adicionais para mudança tecnológica (no caso do custo de implementação da nova tecnologia ser maior do que o custo da referida licença).²⁹⁷ Considerando que as negociações de licenciamento de patente entre o titular do direito e o futuro licenciado são realizadas fora das *SSOs*, as empresas titulares do direito de patentes sobre a tecnologia imposta pelo *standard* podem ter um comportamento oportunista nesta negociação, pedindo um valor pela licença maior do que o valor real da contribuição da patente para as garantias de cumprimento do *standard*.²⁹⁸

²⁹⁶ Farrell, J., J. Hayes, C. Shapiro and T. Sullivan. *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*. 2007, No. 3, Antitrust Law Journal, 603-670. p. 1

²⁹⁷ Geradin, Damien ; Layne-Farrar, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. p.4

²⁹⁸ Geradin, Damien; Layne-Farrar, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. p.11

No caso de patentes essenciais, (ou, em inglês, “*standard-essential patents*” ou ainda SEPs), esse problema de *hold-up* pode ser ainda pior. Nesses casos, o titular da patente essencial está em uma posição de vantagem maior do que aquela exposta no parágrafo anterior e conseqüentemente pode impor taxas de royalties ainda mais excessivas. Por esta razão, um desentendimento em relação à essencialidade de uma patente pode gerar o aumento do comportamento oportunista no setor e, conseqüentemente, o desincentivo ao investimento e inovação.

Em outras palavras, Lundqvist²⁹⁹ observa que são três os problemas concorrenciais advindos das normatizações excessivas sendo eles: (i) colusão; (ii) eliminação da competição por tecnologia entre as empresas (por exemplo, a partir do boicote à tecnologia de determinadas empresas); e (iii) eliminação da competição por tecnologia intra empresas, que nada mais é que o desincentivo a realizar futuras inovações.

Existem algumas formas de evitar problemas de *hold-up* dentro das SSOs, como regras de transparência nas negociações dos direitos de patentes e regras específicas para os licenciamentos.³⁰⁰ Por exemplo, uma solução *ex ante*, ou seja, antes da definição da patente essencial para determinado *standard* é que, os membros das SSOs devem se comprometer a licenciar sua tecnologia em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (também chamado na literatura econômica de “termos *FRAND*”, por fazer alusão à expressão em inglês “*fair, reasonable, and non-discriminatory terms*”), o que reduz o incentivo para o problema de *hold-up*.³⁰¹ Muitas SSOs já têm implementado políticas neste sentido.³⁰²

O componente “não-discriminatório” do termo *FRAND* impede que a detentora do direito da patente possa prejudicar a concorrência através da cobrança de royalties diferenciados a determinados concorrentes horizontais no mercado. Isso não significa, todavia, que o licenciante deve necessariamente garantir que todos os licenciados recebem termos de licença idênticos. Já os componentes “justo e razoável” do termo

²⁹⁹ Lundqvist, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p.384

³⁰⁰ Farrell, J., J. Hayes, C. Shapiro and T. Sullivan. *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*. 2007, No. 3, Antitrust Law Journal, 603-670; p. 624.

³⁰¹ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 10

³⁰² Abbott, A. *Standard Setting, Patents, and Competition Law: Enforcement—The Need for U.S. Policy Reform*. CPI Antitrust Chronicle. March 2015. p. 9.

FRAND são imprecisos e podem ser usados de muitas maneiras diferentes, cabendo a análise caso a caso no contexto de uma disputa particular.³⁰³

Para facilitar e sintetizar o acima exposto, apresenta-se o Quadro a seguir, que resume os aspectos positivos e negativos dos *standards*, do ponto de vista concorrencial:

Quadro 1 – Efeitos dos *standards* no ambiente concorrencial

Efeitos pro competitivos dos <i>standards</i>	Efeitos Anticompetitivos dos <i>standards</i>
Criação de economias de escala	Redução da rivalidade
Redução dos custos de transação e informação entre os ofertantes e demandantes	Aumento de barreiras à entrada no mercado
Garantia e reconhecimento da qualidade do produto para os consumidores	Exclusão de concorrentes no mercado
Base técnica para saúde, segurança e legislação ambiental	Redução da variedade de produtos disponíveis aos consumidores
Aumento do valor dos produtos para os consumidores	Aumento de preços e limite no acesso aos mercados por indivíduos de baixa renda
Garantia de interoperabilidade e compatibilidade entre os produtos	Alta probabilidade de colusão
Maior facilidade no comércio entre países	Redução da competição por tecnologias intra e entre empresas
Promoção de produtos de regiões específicas	Problemas de “hold-up” e “royalty stacking”

Fonte: Elaborado pelos autores.

4. Considerações finais

Os *standards*, ou normas técnicas, definem requisitos técnicos ou de qualidade a produtos, processos de produção ou serviços que podem ou devem cumprir. Em um mercado em que os *standards* são excessivos, a livre concorrência pode ficar prejudicada, pois a iniciativa de várias empresas passa a ser censurada. As implicações concorrenciais

³⁰³ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 45

da normatização ganha espaço na atualidade, uma vez que aumenta a importância das padronizações para interoperabilidade nos mercados de tecnologias.

Especificamente, *standards* podem ser definidos como um conjunto de normas e especificações técnicas que visam fornecer um padrão ou *design* comum para um produto ou processo produtivo. Dentre os objetivos da normatização pode-se citar a segurança, a proteção do produto, o controle da variedade, a proteção do meio ambiente, a intercambialidade, a eliminação das barreiras técnicas e comerciais, além da facilidade na compatibilidade e comunicação entre os ofertantes e demandantes dos produtos e serviços.

Sob uma perspectiva concorrencial, os *standards* têm claramente alguns efeitos pró competitivos a serem levados em consideração quando analisada a economia como um todo, uma vez que podem ser usados para garantir uma melhor qualidade de determinados produtos no mercado, além de fornecer informações para as partes e assegurar a compatibilidade entre os produtos, aumentando assim, o valor dos mesmos para os consumidores. A existência destas eficiências econômicas vindas da estipulação de *standards* em determinados mercados não pode ser ignorada.

No entanto, os mesmos *standards* podem gerar efeitos anticompetitivos no mercado, já que podem limitar ou controlar níveis de produção, inovação e desenvolvimento técnico. Um dos mais relevantes efeitos anticompetitivos é a imposição de barreiras à entrada e/ou exclusão de concorrentes no mercado, o que significa que o grupo das empresas que geralmente definem as normas podem ter incentivos à criação de critérios que são caros ou difíceis de se implementar, e em alguns casos, não absolutamente necessários para garantir a qualidade/segurança dos produtos. Isso significa que os *standards* nem sempre maximizam o bem-estar social e, portanto, cabe à lei e às políticas de concorrência se adequarem a fim de evitar potenciais danos à concorrência causados por essa padronização nos mais diferentes tipos de indústria.

O entendimento da dinâmica das *SSOs* é essencial neste contexto uma vez que o fato de as empresas se lançarem em discussões anticoncorrenciais no âmbito da fixação de normas pode reduzir ou eliminar a concorrência em matéria de preços nos mercados em causa, facilitando assim a adoção de um comportamento colusivo no mercado.

O caso do cartel dos cimentos ou das cimenteiras, julgado pelo CADE e utilizado como referência neste artigo, teve como foco demonstrar as práticas de impedimento à entrada de novos concorrentes nos mercados de cimento e de concreto e alteração das

normas técnicas sobre cimento e concreto, a fim de elevar artificialmente as barreiras à entrada nesses mercados. Como visto, foi decidido pelo CADE que as alterações das normas não visavam à melhoria da qualidade ou segurança do produto, mas sim a criação de restrições à atuação de empresas menores. Esta estratégia exclusionária coletiva foi punida pelo CADE em 2014.

Por fim, ressalta-se a importância da transparência no processo normativo de elaboração de *standards* e o fato de que a análise dos efeitos pró competitivos e anticompetitivos dos *standards* devem ser feitas caso a caso pelas autoridades concorrenciais. Estudos vindouros para buscar critérios mais objetivos no devido processo normativo de construção de *standards* tenderiam a minimizar a criação de padrões ou normas exclusionários.

5. Referências

ABA Section of Antitrust Law. *Handbook on the Antitrust Aspects of Standard Setting*. American Bar Association: Chicago, 2004.

ABBOTT, A. *Standard Setting, Patents, and Competition Law: Enforcement - The Need for U.S. Policy Reform*. CPI Antitrust Chronicle. March 2015.

BHARDWAJ, R. *Standard Setting in India: Competition Law and IP Issues*. IMJ Volume 5. April-December 2013.

CADE. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun2RLsf8UiVKsmBDBt_IDV6U-Cu0jGxQv7dNel2ogQ7aNg,,

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. 2011.

FARRELL, J., J. Hayes, C. Shapiro and T. SULLIVAN. *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*. Antitrust Law Journal, 603-670, Nº 3, 2007.

GERADIN, Damien; LAYNE-FARRAR, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987321>

HARMS, Simon. *EU competition: industry standards and antitrust compliance*. GTM Alert: Competition and Regulatory, February 2011.

LUNDQVIST, B. *Competition Law as the Limit to Standard-Setting* (August 16, 2014). Forthcoming, Josef Drexl and Fabiana Di Porto (ed) *Competition Law as Regulation*.

Edward Elgar, 2015. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2551026> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2551026>

LUNDQVIST, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

OECD. *Sectors and cross-cutting issues*. 2002. p.3

OECD. *Setting Standard*. 2010.

OECD. *Intellectual Property and Standard Setting*. Background note by the Secretariat. 2014.

Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009.

SMITH, G..*Interaction of Public and Private Standards in the Food Chain*. OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Papers, No. 15, OECD Publishing. 2009.

STRYSZOWSKA, M. *EU competition law vs. standard setting agreements*. 2010

SCHELLINGERHOUT, Ruben. *Standard-setting from a competition law perspective*. Competition Policy Newsletter, Number 1 — 2011.

TSAI & WRIGHT. *Standard Setting, Intellectual Property Rights, and the Role of Antitrust in Regulating Incomplete Contracts*. Hoover Institution Working Group on Intellectual Property, Innovation, and Prosperity Stanford University. Working Paper Series No. 15002. 2014.

WILKINSON & KUCERIK. *Standard-Setting and Antitrust*. The Practical Lawyer. February 2010.

O Novo CPC Entrou em Vigor. E Agora? Considerações Iniciais sobre a Aplicação Subsidiária e Supletiva do CPC/2015 ao Processo Antitruste Sancionador

Gabriela Reis Paiva Monteiro³⁰⁴

RESUMO

O novo Código de Processo Civil estabelece que suas normas serão aplicadas subsidiária e supletivamente a processos administrativos. Como a interpretação desse dispositivo já tem suscitado diversas dúvidas e discussões doutrinárias, especialmente quanto ao sentido e alcance das referidas expressões, o objetivo deste trabalho é traçar parâmetros iniciais para o exercício dessas técnicas integrativas no processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. Neste âmbito, o CPC/2015 poderá ser aplicado subsidiariamente para completar lacunas ou supletivamente para complementar ou aperfeiçoar seus dispositivos processuais. Todavia, conforme defendido, essa aplicação não é ilimitada, sendo vedada quando houver incompatibilidade entre os dispositivos do CPC/2015 e as normas, princípios e particularidades da legislação especial concorrencial, prevalecente à luz do princípio da especialidade.

Palavras-Chave: Código de Processo Civil. CPC. Subsidiária. Supletiva. Processo administrativo.

ABSTRACT

The new Civil Procedure Code establishes that its rules are subsidiary and supplementarily applicable to administrative proceedings. Since the interpretation of such provisions is causing doubts and discussions among scholars, especially with regard to the meaning and scope of the referred expressions, the purpose of this paper is to delineate initial parameters for the exercise of these integration technics within the administrative proceeding for the imposition of penalties for infractions to the economic order. Within this sphere, the CPC/2015 may be applied in a subsidiary manner to complete legal omissions or in a supplementary manner to complement or improve its procedural provisions. However, as it is argued, such application is not unlimited and it is forbidden whenever there is an incompatibility between a provision of CPC/2015 and the rules, principles and particularities pertaining to the competition special legislation, which prevails in light of the speciality principle.

Keywords: Civil Procedure Code. CPC. Subsidiary. Supplementary. Administrative proceeding.

Classificação JEL: L40

³⁰⁴ Mestranda em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Graduada em Direito pela FGV Direito Rio (2012), com bolsa da Fundação Faz Diferença (2010-2012). Advogada, com experiência nas áreas de Direito Regulatório, Antitruste, Anticorrupção e *Compliance* e Direito do Consumidor. E-mail: gmonteiro@fgvmail.br.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A previsão legal de aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 a processos administrativos: qual a distinção? 3. Limites da aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 na seara concorrencial; 3.1. Prevalência da legislação concorrencial sobre o CPC/2015; 3.2. Respeito aos princípios e particularidades do processo administrativo sancionador antitruste e proteção do administrado; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Introdução

A livre concorrência foi consagrada na Constituição Brasileira de 1988 como um dos princípios basilares da ordem econômica e financeira do país (art. 170, IV), dispondo o artigo 173, §3º, da referida Carta que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A política de defesa da concorrência constitui instrumento estatal essencial para o bom funcionamento do mercado, além de garantir, de uma forma geral, o bem-estar do consumidor, assegurar inovação tecnológica e proporcionar maior desenvolvimento econômico.

Conforme previsão constitucional (art. 173, §4º), a Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, sendo os seus preceitos orientados pelos ditames constitucionais de livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º, Lei nº 12.529/2011). Nesse instrumento legislativo, também estão previstas as principais normas processuais aplicáveis aos processos administrativos instaurados pela autoridade concorrencial brasileira, tanto no controle de estruturas (atuação preventiva), quanto na investigação e punição das condutas lesivas à concorrência (atuação repressiva). Outros diplomas legais, contudo, também preveem dispositivos processuais aplicáveis aos processos antitrustes, como é o caso das normas processuais civis³⁰⁵.

³⁰⁵ Conforme dispõe o artigo 115 da Lei de Defesa da Concorrência, “aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999”.

Após longos 06 (seis) anos de amplo debate, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015 ou CPC/2015) foi finalmente promulgado e entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, trazendo inúmeras alterações para o processo judicial civil com o objetivo de atender a anseios da sociedade, especialmente por celeridade, efetividade e isonomia nas decisões proferidas em casos similares, mas sem se descuidar das garantias processuais constitucionais (CARNEIRO, 2015, p. 57). O CPC/2015 criou, alterou e aperfeiçoou diversos institutos. Foram introduzidas mudanças, por exemplo, nas regras de citação e intimação, contagem de prazos, fundamentação das decisões judiciais e vinculação a precedentes, entre outras.

Uma das grandes novidades do CPC/2015 foi a incorporação de artigo sobre a incidência subsidiária e supletiva das normas processuais civis a processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, na ausência de normas que os regulem (art. 15). Ainda que de forma bastante incipiente, já têm emergido nesses campos diversos debates doutrinários acerca da correta aplicação do dispositivo em comento, especialmente no que diz respeito à definição, distinção e ao alcance das funções integrativas subsidiária e supletiva estabelecidas pelo novo código processual civil.

Dito isto, o objetivo do presente ensaio é apresentar considerações iniciais sobre a aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 ao processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)³⁰⁶. Dessa forma, nas seções que seguem, serão tecidos comentários – alguns até mesmo de cunho propositivo – sobre o sentido das expressões “subsidiária” e “supletiva” e os limites dessa atividade integrativa, com foco especial no processo antitruste sancionador.

Este artigo foi desenvolvido a partir de pesquisa e análise bibliográfica da doutrina geral e específica disponível aplicável à matéria, bem como da legislação pertinente.

O presente trabalho divide-se em 5 seções, incluindo esta introdução. Na seção 2, é apresentada a previsão legal da aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 ao processo administrativo, discorrendo-se sobre a distinção dessas aplicações. Na seção 3, são abordados os limites da aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 na seara concorrencial, tratando-se da prevalência da legislação concorrencial sobre os dispositivos

³⁰⁶ É importante esclarecer que, conquanto o foco deste ensaio seja o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, entende-se que o artigo 15 do CPC/2015 se aplica a todas as espécies de processo administrativo, incluindo, portanto, todas aquelas atribuídas à competência do CADE pelo artigo 48 da Lei nº. 12.529/2011.

do CPC/2015 na subseção 3.1. e do respeito aos princípios e particularidades do processo administrativo sancionador antitruste e da proteção do administrado na subseção 3.2. As considerações finais e conclusões deste trabalho são expostas na seção 4. Na seção 5, encontram-se as referências bibliográficas que foram utilizadas para a realização da análise desenvolvida neste ensaio.

É importante destacar que este trabalho não tem a pretensão de analisar, de forma exaustiva, os impactos do CPC/2015 sobre cada um dos dispositivos processuais da legislação concorrencial aplicável ao processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. Com o presente ensaio, busca-se, tão somente, introduzir orientações gerais para a aplicação subsidiária e supletiva das normas processuais civis àquela espécie processual.

Como será visto, à luz de sua aplicação subsidiária e supletiva, novos dispositivos do CPC/2015 poderão incidir sobre o regramento do processo administrativo sancionador de competência do CADE, seja para (i) completar suas lacunas ou omissões legais (função integrativa subsidiária) ou para (ii) complementar ou otimizar os seus dispositivos processuais (função integrativa supletiva). Todavia, essa incidência não é irrestrita ou desmedida, sendo vedadas tais técnicas integrativas quando houver incompatibilidade entre os dispositivos do CPC/2015 e as normas, os princípios e todas as demais particularidades da legislação especial concorrencial, prevalecente à luz do critério da especialidade em uma primeira análise. Além disso, apesar desses parâmetros iniciais, é importante que o CADE se posicione de forma clara e expressa sobre as hipóteses em que aplicará normas do novo código processual civil ao processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica, a fim de garantir maior segurança jurídica aos representados e o exercício de seus direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

2. A previsão legal de aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 a processos administrativos: qual a distinção?

O artigo 15 do CPC/2015 estabelece que as disposições desse código serão aplicadas (i) **supletiva** e (ii) **subsidiariamente** aos processos eleitorais, trabalhistas e **administrativos** na ausência de normas que os regulem.

Sem dispositivo correspondente no antigo Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869/1973 ou CPC/1973), o referido artigo já tem provocado diversas discussões na doutrina quanto ao seu alcance e os impactos do CPC/2015 para os processos em que esse código passa a incidir de forma subsidiária e supletiva. Com foco no processo administrativo antitruste para imposição de sanções por infração à ordem econômica, é sobre essas questões que discorreremos nos próximos capítulos deste ensaio.

Em sua teoria, o ordenamento jurídico é concebido como um sistema ou conjunto de normas unitário, dinâmico, coerente e completo. Intimamente relacionada à própria ideia de unidade do ordenamento jurídico, a completude é a característica que lhe atribui a propriedade de conter normas para regular todo e qualquer caso³⁰⁷. Na realidade, contudo, diversas questões não são particular ou precisamente disciplinadas em um sistema³⁰⁸, exigindo-se do intérprete, no caso concreto, por via da hermenêutica, a busca de soluções para tais deficiências normativas (*i.e.*, as lacunas) no ordenamento jurídico, ainda que em outras fontes do direito, distintas da legislativa.

No domínio da dogmática hermenêutica, a doutrina se refere a diversos modos de integração do ordenamento, como a analogia, os costumes, a equidade, os princípios gerais de direito, a interpretação extensiva e a indução amplificadora, entre outros métodos. Os ordenamentos jurídicos nacionais, contudo, podem enfrentar essa questão de diversas formas, prevendo de forma expressa, ou não, os mecanismos hermenêuticos de integração a serem utilizados pelo intérprete (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 314).

Em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº. 4.657/1942) estabelece expressamente que “quando

³⁰⁷ De acordo com Noberto Bobbio, “por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’ (num dos sentidos do termo ‘lacuna’), ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna” (BOBBIO, 1999, p. 115).

³⁰⁸ Dificilmente um ordenamento jurídico positivo é perfeito ou completo. Na realidade de muitos ordenamentos jurídicos, a completude não é uma condição ou requisito necessário para o funcionamento do sistema: ou porque o juiz não está obrigado a julgar cada controvérsia; ou porque não se exige que o juiz julgue cada caso com base em uma norma jurídica, estando autorizado a se valer de métodos de integração na falta de um dispositivo de lei (BOBBIO, 1999, p. 120).

a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 é também uma técnica de integração do direito³⁰⁹, por meio da qual se autoriza o intérprete a preencher ou colmatar lacunas do processo administrativo pelo permeio de normas do direito processual civil, aqui considerado como o direito processual comum ou geral.

Conquanto o CPC/1973 não previsse dispositivo semelhante, a aplicação **subsidiária** de normas do código processual civil a processos administrativos não é novidade. Sérgio Ferraz e Adilson Dallari explicam que o “socorro subsidiário” das normas do processo jurisdicional civil se fundamenta na própria ideia de unidade da teoria geral do processo (sendo una, essa teoria se aplicaria a todos os processos, independentemente do âmbito estatal de sua aplicação) e no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (FERRAZ e DALLARI, 2012, p. 141 e 162).

Na seara concorrencial, o artigo 115 da própria Lei de Defesa da Concorrência já estabelecia que as normas do código de processo civil se aplicam **subsidiariamente** aos processos administrativos por ela previstos³¹⁰. Conforme Caio Mário Pereira Neto e Paulo Casagrande, as normas processuais aplicáveis a procedimentos perante o CADE valem-se tanto de dispositivos da própria Lei de Defesa da Concorrência, quanto de leis correlatas, como as processuais civis, para enfrentarem o duplo desafio de garantia em sede de processo administrativo (*i.e.*, concretização das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa dos administrados sujeitos a restrições e sanções pelo CADE) e de eficácia da política de defesa da concorrência. Ainda de acordo com os autores, “o CPC, ao reger extenso conjunto de atos processuais judiciais, tem condições de orientar por analogia inúmeras situações não previstas explicitamente na Lei n. 12.529/2011” (PEREIRA NETO e CASAGRANDE, 2016, p. 167-168)

Portanto, nos casos de lacuna da legislação antitruste, dispositivos processuais civis já vinham sendo aplicados subsidiariamente aos processos administrativos de competência do CADE, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015. Esse era o caso, por exemplo, da contagem em dobro do prazo para apresentação de defesa ou

³⁰⁹ Entende-se, no presente ensaio, que a aplicação subsidiária de normas do processo civil é uma técnica integrativa do direito. Todavia, é importante observar que, em outros ramos jurídicos em que também há essa previsão, como o processo do trabalho, se discute sobre se esta diretriz é um princípio (princípio da subsidiariedade) ou, de fato, simplesmente uma técnica de preenchimento de lacunas.

³¹⁰ Observa-se que o dispositivo em comento ainda faz referência ao CPC/1973, substituído pelo CPC/2015, carecendo a Lei de Defesa da Concorrência, portanto, de atualização nesse sentido.

manifestação nos autos no caso de litisconsórcio passivo, por força do disposto no artigo 191 do CPC/1973.

A grande novidade introduzida pelo CPC/2015 é a previsão expressa de sua aplicação aos processos administrativos também de forma **supletiva**.

Conquanto o artigo 15 do CPC/2015 se refira àquelas situações em que há “ausência de normas”, à luz da expressão “supletiva” inserida na redação desse dispositivo, a doutrina tem sustentado que as regras processuais civis devem ser aplicadas ao processo administrativo quando:

(i) Não houver regra específica disciplinando determinada questão nessa seara; ou

(ii) A despeito de haver dispositivo processual a disciplinar a questão, as normas do CPC/2015 puderem complementar, aprimorar ou valorizar o dispositivo aplicável do regime administrativo ou, ainda, oferecerem uma solução melhor ou mais efetiva ao caso concreto, sem que haja incompatibilidade, é claro, com as demais regras e princípios processuais do direito administrativo.

É nesse sentido, por exemplo, o entendimento de Egon Bockmann Moreira sobre o assunto:

O CPC/2015 presta-se a *suprir as lacunas* das leis processuais – seja por *instalar novas hipóteses* de incidência (ausência da norma: lacuna normativa), seja por *criar novas compreensões* no sistema processual (atualizando a construção de normas que não mais correspondiam à realidade social e, também, permitindo soluções processuais mais justas: lacunas ontológicas e axiológicas). Na medida em que o artigo 15 valeu-se da “aplicação supletiva” ao lado da ‘aplicação subsidiária’, positivou a incidência do CPC/2015 a processos administrativos tanto nos casos em que se constatar omissão legislativa (e/ou normativa em sentido estrito) como naqueles em que o dispositivo a ser aplicado possa ser valorizado/aprimorado no caso concreto por meio da incidência de norma recém-positivada. (MOREIRA, 2016).

Conquanto o debate acerca da distinção entre “subsidiariedade” e “supletividade” ainda seja bastante incipiente, já emergem na doutrina posicionamentos bastante divergentes sobre o sentido de cada uma dessas expressões.

Em análise crítica ao artigo 15 do CPC/2015, Teresa Wambier observa que a expressão “subsidiária” teria um sentido mais amplo, abarcando a aplicação “supletiva”, de modo que a inserção desta expressão na redação do dispositivo em comento teria sido desnecessária:

1.1. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. 1.2. A aplicação supletiva é que ocorre apenas quando há omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, senão, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata. 1.3. Na verdade, teria sido suficiente (e melhor) que o legislador se tivesse referido apenas à subsidiariedade (WAMBIER, 2016, p. 84).

Por seu turno, José Miguel Garcia Medina defende que a aplicação “supletiva” é que seria mais ampla, abrangendo a aplicação “subsidiária”:

Aplicar supletivamente é mais que subsidiariamente, e disso dá conta o próprio sentido de tais expressões: naquele caso, está-se a *suprir* a ausência de disciplina na lei omissa; a aplicação subsidiária, por sua vez, é *auxiliar*, operando como que a dar sentido a uma disposição legal menos precisa. Ambas as figuras, de algum modo, acabam englobadas pela analogia (prevista no art. 4º do Dec.-Lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Refere-se o art. 15 do CPC/2015, de todo modo, tanto à aplicação supletiva quanto à aplicação subsidiária (MEDINA, 2016, p. 82).

Evidentemente, o alcance do dispositivo e a interpretação dessas expressões serão gradativamente construídos pela jurisprudência provinda de cada um dos âmbitos de aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015. Apesar disso e não obstante o respeito que merecem os doutrinadores citados acima, ousa-se aqui a discordar de tais posicionamentos sobre o assunto. Valendo-se da máxima da hermenêutica jurídica segundo a qual a lei não contém palavras inúteis ou supérfluas, devendo-se, sempre que possível, extrair um significado útil para cada expressão contida na norma, entende-se que a melhor interpretação para o dispositivo é a de que as expressões “subsidiária” e “supletiva” têm sentidos distintos, porém complementares:

(i) Subsidiária: corresponde à aplicação de normas processuais civis nos casos em que se verifica a existência de lacuna legal, isto é, quando não há qualquer norma disciplinadora da matéria, havendo um espaço completamente vazio no direito. Esse é o sentido que tradicionalmente já vinha sendo atribuído à expressão, inclusive, na seara antitruste, como visto acima; e

(ii) Supletiva: diz respeito à incidência de normas processuais civis para o complemento, aperfeiçoamento ou valorização de um dispositivo do regime processual administrativo³¹¹. Ou seja, aplica-se supletivamente o CPC/2015 nos casos em que a lacuna não resulte propriamente da falta de uma norma que regule uma situação, mas sim quando essa norma é insuficiente.

Para uma melhor compreensão da distinção proposta acima, é útil se debruçar sobre a classificação adotada por Maria Helena Diniz para os tipos de lacuna do ordenamento jurídico, que seriam de 03 (três) espécies principais³¹²: (i) **lacunas normativas**: ocorrem na ausência de norma sobre determinado caso; (ii) **lacunas ontológicas**: ocorrem quando, apesar de haver norma, esta já não corresponda mais aos dados sociais; e (iii) **lacunas axiológicas**: ocorrem na ausência de norma justa, ou seja, quando apesar de existir um preceito normativo, em sua aplicação, a solução for insatisfatória ou injusta (DINIZ, 2000, p. 95).

Com base nessa classificação, entende-se aqui que a atividade integrativa subsidiária deve ocorrer nos casos em que se verificam lacunas normativas. Já a aplicação supletiva é aquela feita no caso de lacunas ontológicas e axiológicas, com vistas a garantir, nesse último caso, maior efetividade ao processo administrativo e aos preceitos que o regem.

De toda sorte, independentemente das divergências expostas acima, o que interessa para fins do presente trabalho é que, em razão de sua aplicação subsidiária e supletiva, as alterações processuais trazidas pelo CPC/2015 poderão ter impactos sobre o

³¹¹ Veja-se, nesse mesmo sentido, os comentários feitos por Mauro Schiavi acerca da aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 ao processo do trabalho: “Trata-se de inovação do Novo Código, pois o atual não disciplina tal hipótese. Doravante, o CPC será aplicado ao processo do trabalho, nas lacunas deste, nas seguintes modalidades: **a) supletivamente**: significa aplicar o CPC quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maior efetividade e justiça ao processo do trabalho. [...] **b) subsidiariamente**: significa aplicar o CPC quando a CLT não disciplina determinando instituto processual” (SCHIAVI, Mauro. **Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho**. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL- APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2016.

³¹² Na doutrina, é possível encontrar diversas classificações para lacunas, as quais variam de acordo com a perspectiva pela qual o problema é encarado. Além disso, muitas vezes, juristas se utilizam de terminologias distintas para se referir a um mesmo fenômeno. Por exemplo, Noberto Bobbio se refere a “lacunas ideológicas” (em contraposição a “lacunas reais”, decorrentes da ausência de critérios válidos para decidir a norma aplicável), ao tratar da situação em que não falta propriamente uma norma ou solução (qualquer que seja ela), mas sim uma “norma justa” ou “solução satisfatória” (BOBBIO, 1999, p. 139-140). Divergências a parte, a ideia que nos interessa para o presente trabalho é a de que há lacunas tanto quando há propriamente um vazio no direito, como também quando o ordenamento jurídico prevê a hipótese normativa de forma insatisfatória.

processo administrativo sancionador de competência do CADE, já que seus dispositivos são aplicáveis a esse regime para (i) completar suas lacunas ou omissões legais; ou (ii) complementar ou otimizar os seus dispositivos processuais. Isso, evidentemente, se não houver incompatibilidade com a legislação especial concorrencial e os princípios e singularidades que norteiam o processo administrativo antitruste, questão que será exposta no próximo capítulo.

Superado o ponto, exemplifica-se, a seguir, alguns casos em que as alterações processuais trazidas pelo CPC/2015 poderão ter impactos sobre o processo administrativo sancionador de competência do CADE, aplicando-se as normas processuais civis ora de forma subsidiária, ora de maneira supletiva:

1º - Aplicação subsidiária do CPC/2015 no prazo para cumprimento de medida preventiva: Sem dispositivo que regule a questão na legislação concorrencial, o CADE poderá aplicar subsidiariamente, por exemplo, o artigo 231, §3º, do CPC/2015 para o cumprimento de medida preventiva prevista no artigo 84 da Lei de Defesa da Concorrência. De acordo com o dispositivo em comento, “quando o ato tiver de ser praticado diretamente pela parte ou por quem, de qualquer forma, participe do processo, sem a intermediação de representante judicial, o dia do começo do prazo para cumprimento da determinação judicial corresponderá à data em que se der a comunicação”.

2º - Aplicação subsidiária do CPC/2015 na intimação de testemunhas: as novas regras instituídas pelo artigo 455 do CPC/2015 para a intimação de testemunhas é outro exemplo em que pode haver a aplicação subsidiária das normas processuais civis. Conforme dispõe o referido dispositivo do novo código processual civil, “cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha que arrolou do local, do dia e do horário da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo”. Essa matéria não é disposta especificamente na legislação concorrencial e o CADE não teria mais a obrigação de enviar ofícios às testemunhas arroladas pelos representados.

3º - Aplicação supletiva do CPC/2015 para início de prazo no caso de litisconsórcio passivo: o CADE poderá aplicar supletivamente o artigo 231, §1º, do CPC/2015 aos artigos 70 da Lei de Defesa da Concorrência e 151, §1º, do Regimento

Interno do CADE, para que, no caso de litisconsórcio passivo, o prazo dos representados para a apresentação de defesa apenas se inicie a partir da juntada do último aviso de recebimento aos autos do processo administrativo. Além de já ser consolidada no CADE, essa prática permite que todos os representados tenham prazos iguais de defesa.

3. Limites da aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 na seara concorrencial

3.1 Prevalência da legislação concorrencial sobre o CPC/2015

Como visto, a incidência do CPC/2015 em todos os processos administrativos é de forma subsidiária e supletiva, não tendo o novo código, por óbvio, revogado dispositivos processuais administrativos pretéritos, previstos na Lei de Processo Administrativo da Administração Pública Federal (Lei nº. 9.784/1999) e demais leis especiais, como é o caso da Lei de Defesa da Concorrência. E a interpretação não poderia ser diferente. Afinal, essas leis são específicas (e, pelo princípio da especialidade, as normas gerais não derogam as especiais) e têm âmbitos estatais de aplicação distintos (processo judicial vs. processo administrativo), apenas sendo possível a incidência de dispositivos do processo civil em processos administrativos por força da própria diretriz de aplicação subsidiária e supletiva prevista no CPC/2015 (ou, como visto, no artigo 115 da própria Lei de Defesa da Concorrência) ou dos recursos estabelecidos no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Todas essas leis, portanto, convivem no mesmo ordenamento jurídico e, não raramente, podem conter dispositivos incompatíveis entre si. Por esse motivo, no exercício das atividades integrativas subsidiária e supletiva³¹³, o intérprete deverá atentar para a existência de eventuais antinomias entre o dispositivo do CPC/2015 que se pretende aplicar e as normas processuais dispostas no regime do processo administrativo.

Além da própria incompatibilidade do conteúdo das normas ditas conflitantes, Noberto Bobbio exige ainda que as seguintes condições também sejam verificadas para que se caracterize uma antinomia: (i) pertencimento das normas ao mesmo ordenamento

³¹³ Como visto, a aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 é uma técnica hermenêutica para a integração de lacunas do processo administrativo, com vistas a garantir resposta a casos concretos e, ao cabo, realizar a própria ideia completude de um ordenamento jurídico. Apesar disso, entende-se aqui que não é possível descartar, de pronto, um outro problema que atinge ordenamentos jurídicos, as antinomias, que poderão ocorrer na aplicação supletiva do CPC/2015 para o complemento ou aperfeiçoamento de um dispositivo já existente do processo administrativo.

jurídico; e (ii) sua aplicação no mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal (destinatário da norma) e material (BOBBIO, 1999, p. 86-88)³¹⁴. Evidentemente, essas condições se verificam na aplicação subsidiária e supletiva de dispositivos do CPC/2015 ao processo antitruste sancionador, já que as normas desse código passam a ter o mesmo âmbito de validade no ordenamento jurídico que as normas processuais administrativas³¹⁵.

Com vistas a garantir a coesão do sistema e, ao cabo, permitir maior segurança jurídica aos destinatários da norma, a doutrina e jurisprudência desenvolveram critérios para a solução de antinomias, muitos dos quais posteriormente incorporados por ordenamentos jurídicos nacionais:

(i) **Cronológico:** segundo o critério cronológico (*lex posterior*), entre duas normas incompatíveis, deve prevalecer a norma posterior (*lex posterior derogat priori*)³¹⁶;

(ii) **Hierárquico:** o critério hierárquico (*lex superior*) estabelece que, no conflito entre duas normas, deve prevalecer aquela que for hierarquicamente superior (*lex superior derogat inferiori*); e

(iii) **Especialidade:** pelo critério da especialidade (*lex specialis*), entre duas normas incompatíveis, aquela que for especial deve prevalecer sobre a geral, sendo que a lei especial é aquela que anula parcialmente uma lei mais geral, submetendo a matéria subtraída a uma regulamentação diferente ou contrária.

A doutrina também desenvolveu meta-regras para solucionar o embate entre critérios concomitantemente aplicáveis à solução de uma antinomia, mas com respostas

³¹⁴ Na mesma linha, Tercio Sampaio Ferraz Júnior também esclarece que é preciso diferenciar a antinomia de uma mera contradição, exigindo, como condição, a existência de um âmbito normativo de aplicação comum. De acordo com o autor, duas normas contraditórias somente constituirão uma antinomia quando: (i) a relação entre receptor e emissor da mensagem for complementar e válida em contextos iguais (*i.e.*, as normas devem emanar da autoridade competente no mesmo âmbito normativo); e (ii) as instruções dadas ao comportamento do receptor se contradizerem. O jurista, contudo, exige ainda uma terceira condição: a de que (iii) a posição do receptor da mensagem seja insustentável (ou seja, não haja recursos no ordenamento jurídico para se livrar da antinomia) (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 209-210). Esse último requisito, contudo, não é exigido por Noberto Bobbio, que apenas o utiliza para classificar as antinomias em antinomias solúveis ou aparentes (quando há critérios para a solução) e insolúveis ou reais (quando não há critérios pré-estabelecidos e a solução depende do intérprete) (BOBBIO, 1999, p. 92).

³¹⁵ Socorrendo-se, mais uma vez, das lições de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ao classificar as antinomias quanto ao âmbito de sua verificação, o autor esclarece que as antinomias de direito interno são aquelas que ocorrem dentro de um ordenamento estatal, podendo ser, inclusive, **entre normas de diferentes ramos do direito** (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 213).

³¹⁶ Em nosso ordenamento, esse critério está previsto no artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

opostas (antinomias de segundo grau). Nesses casos, não se podem aplicar simultaneamente dois ou mais critérios, de modo que as meta-regras indicam a preferência que deve ser dada a cada norma no caso concreto:

(i) **Cronológico vs. hierárquico:** no conflito entre os critérios cronológico e hierárquico, este prevalece sobre aquele (*lex posteriori inferior non derogat priori superiori*);

(ii) **Cronológico vs. especialidade:** igualmente, no conflito entre os critérios cronológico e de especialidade, este prevalece sobre aquele (*lex posteriori generalis non derogat priori speciali*); e

(iii) **Hierárquico vs. especialidade:** não existe uma regra geral consolidada para o conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade, dependendo a solução do caso do intérprete, para que seja mantida a coerência do ordenamento jurídico.

No caso de eventual antinomia entre normas do CPC/2015 e da Lei de Defesa da Concorrência, esta deverá prevalecer com fundamento no princípio ou critério da especialidade. Como exposto, ainda que cronologicamente posterior, o CPC/2015 é considerado uma norma processual geral, de aplicação subsidiária e supletiva nessa qualidade, enquanto a Lei de Defesa da Concorrência é uma norma especial (ambas são leis ordinárias e, portanto, não é aplicável o critério hierárquico nesse caso)³¹⁷. É nesse mesmo sentido o entendimento de André Marques Gilberto com relação à aplicação das regras previstas no CPC/2015 e nas Leis nº 9.784/1999 e 7.347/1985 aos processos antitruste sancionadores:

Todos os instrumentos legais antes mencionados incluem normas que se destinam a complementar, no que for necessário e na medida do possível, o texto da Lei Antitruste. Somente isso. No caso de existirem conflitos entre os postulados específicos dessa última e as disposições genéricas dos demais diplomas legislativos acima mencionados, prevalecem as regras da Lei Antitruste. Existe, portanto, um processo administrativo tido por “geral”, incidente em toda a esfera de atuação administrativa federal que não tenha sido objeto de tratamento específico em lei; adicionalmente, existem processos administrativos dotados de procedimentos especiais, em virtude de seu conteúdo ou objeto (GILBERTO, 2016, p. 42-43)³¹⁸.

³¹⁷ Entende-se, aqui, que o mesmo raciocínio é válido em caso de eventual conflito entre normas do CPC/2015 e da Lei de Processo Administrativo da Administração Pública Federal. Afinal, esta lei, que também tem aplicação subsidiária aos processos administrativos antitrustes por força de seu artigo 69 e do artigo 115 da Lei de defesa da Concorrência, é mais especial que o CPC/2015.

³¹⁸ Ainda defendendo a prevalência da Lei de Defesa da Concorrência, o autor continua o raciocínio “Poder-se-ia argumentar, em oposição, que não consta do artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) o critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) como mecanismo apto a dirimir conflito de normas; o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº. 4.657/42 limita-se a dizer que a lei posterior revoga a anterior quando: (a) expressamente a declare, (b) seja com ela incompatível, ou (c) regule

Feito esse esclarecimento, um questionamento inicial seria se a atividade integrativa supletiva poderia ter incidência sobre os dispositivos processuais que regem os processos administrativos de competência do CADE. Isso porque o artigo 115 da Lei de Defesa da Concorrência apenas se refere à aplicação subsidiária do código processual civil, não tendo a sua redação sido alterada após a entrada em vigor do CPC/2015.

Entende-se aqui que não há um conflito (uma antinomia) entre o artigo 115 da Lei de Defesa da Concorrência e o artigo 15 do CPC/2015: não é que este último dispositivo estabeleça uma atividade integrativa que seja proibida pela primeira norma. Pelo contrário, esses dispositivos se complementam. O artigo 15 do CPC/2015 apenas prevê uma hipótese nova e adicional (a “supletiva”) para a sua incidência sobre o regime processual administrativo, sendo que essa hipótese não consta no artigo 115 da Lei de Defesa da Concorrência apenas porque a sua redação é anterior ao CPC/2015, e não por vontade do legislador. No mais, me parece que esse caso enseja a própria aplicação supletiva do artigo 15 do CPC/2015 ao artigo 115 da Lei de Defesa da Concorrência, com vistas a complementar e aperfeiçoar este último dispositivo, passando-se a permitir que a atividade integrativa supletiva também possa ser feita com relação às demais normas processuais da legislação concorrencial.

De solução mais difícil podem ser as eventuais antinomias existentes entre normas do Regimento Interno do CADE (RICADE) e do CPC/2015. Isso porque o RICADE é hierarquicamente inferior ao CPC/2015, conquanto seja mais especial que este. Há, portanto, um conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade, para os quais, como visto, não há uma meta-regra previamente estabelecida pela doutrina para a sua solução.

A resposta apropriada, evidentemente, deverá ser dada pelo operador no caso concreto. Por ora, parece acertado defender que a regra do RICADE deverá prevalecer

inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Além disso, o parágrafo 2º do mencionado artigo 2º determina que lei nova, ao estabelecer disposições gerais ou especiais, a par das existentes, não revoga e nem modifica a lei anterior. Entretanto, a doutrina brasileira entende, há décadas, ou o critério da especialidade – ao lado dos critérios hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) e cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) – deve ser considerado pelo intérprete no momento de dirimir conflitos entre normas. O tema envolve vasta discussão; conforme Miguel Maria de Serpa Lopes, mesmo não tendo a Lei de Introdução ao Código Civil previsto de forma expressa o critério da especialidade como forma de resolver conflitos normativos, a solução a ser aplicada a casos práticos de conflitos é analisá-los um a um, pesquisando os objetivos da lei e a vontade do legislador. Dessa forma, se o próprio texto a Constituição Federal foi claro ao determinar que uma lei específica viria a tratar das formas de repressão ao abuso do poder econômico no Brasil, as disposições constantes da Lei Antitruste devem prevalecer em caso de conflitos com outras normas previstas no ordenamento jurídico nacional aplicáveis subsidiariamente ao direito da concorrência” (GILBERTO, 2016, p. 43).

sobre a regra do CPC/2015. É que o RICADE não só é mais especial, como também regulamenta e retira sua validade da Lei de Defesa da Concorrência (art. 9º, I e XV)³¹⁹, uma norma mais especial, que prevalece sobre o CPC/2015, cuja aplicação é subsidiária e supletiva. Com autorização da própria Lei de Defesa da Concorrência, o Plenário do Tribunal do CADE elaborou e aprovou o RICADE (e mesmo outras resoluções), regulamentando diversos aspectos daquela lei e dos processos administrativos que atribui à competência do órgão concorrencial. Ademais, é ao próprio Plenário do CADE que compete zelar pela observância da Lei de Defesa da Concorrência e do RICADE.

Superado o ponto, exemplifica-se, a seguir, possíveis situações em que pode haver conflito entre os dispositivos do RICADE e do CPC/2015, apresentando-se a solução que parece mais adequada ao caso:

1º - Modalidades de citação: Um exemplo concreto dessa situação é se as modalidades de citação inicial previstas no CPC/2015 podem ser aplicadas para a intimação inicial do interessado. Explica-se: o artigo 246 do CPC/2015 estabelece diversas modalidades para a realização da citação inicial³²⁰, muitas das quais não são estabelecidas pela legislação concorrencial para a intimação inicial do investigado no processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica. Entende-se aqui, contudo, que esse dispositivo não deve ser aplicado subsidiária ou supletivamente à Lei de Defesa da Concorrência ou ao RICADE. É que a legislação concorrencial já prevê regra específica para a matéria (ou seja, não há lacuna legal), a qual determina de forma expressa e taxativa que a intimação inicial do administrado deve ser efetivada por meio postal, com aviso de recebimento, sem admitir outras modalidades (ou seja, há incompatibilidade entre as normas do CPC/2015 e do RICADE, que afasta a possibilidade de sua complementação pela regra processual civil). O artigo 70, §2º, da Lei de Defesa da Concorrência dispõe que a notificação inicial do representado será feita pelo correio com aviso de recebimento em nome próprio, ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado, admitindo a possibilidade de notificação por edital apenas quando a via postal não tiver êxito. Ocorre que o RICADE, por sua vez,

³¹⁹ “Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; (...) XV - elaborar e aprovar regimento interno do CADE, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos”.

³²⁰ As modalidades de citação inicial previstas no artigo 246 do CPC/2015 são: (i) pelo correio; (ii) por oficial de justiça; (iii) pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; (iv) por edital; e (v) por meio eletrônico, conforme regulado em lei.

regulamentou esse dispositivo no artigo 57, §1º, dispondo que “a notificação inicial da pessoa contra a qual é instaurado o processo **deverá** ser efetivada pelo meio postal, com aviso de recebimento” (grifou-se), **sem** prever outras modalidades de intimação, ainda que igualmente hábeis a assegurar a certeza da ciência do interessado. Ou seja, o RICADE expressamente restringiu a efetivação da notificação inicial à modalidade postal. Dessa forma, ao prever outras modalidades de citação inicial, além da via postal, o teor do artigo 246 do CPC/2015 é incompatível com o artigo 57, §1º, do RICADE, que deverá prevalecer à luz do princípio da especialidade, não sendo possível o seu complemento pela norma processual civil.

2º – Contagem de prazos em dias úteis: Outro exemplo semelhante diz respeito à inovação trazida pelos artigos 216 e 219 do CPC/2015, que determinam que, na contagem de prazos processuais em dias, computar-se-ão somente os dias úteis, considerando-se feriados, além dos declarados em lei, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense. É que, também neste caso, o RICADE é incompatível e deverá prevalecer sobre o dispositivo do novo código processual, uma vez que o seu artigo 62 dispõe expressamente que os prazos expressos em dias devem ser contados de modo contínuo, não se interrompendo nos feriados.

3.2. Respeito aos princípios e particularidades do processo administrativo sancionador antitruste e proteção do administrado

A processualização e regência das atividades da Administração Pública à luz do devido processo legal são fundamentais e mesmo inerentes à concepção de um Estado Democrático de Direito, em que impera a submissão à Lei³²¹.

O processo administrativo tem uma função eminentemente de proteção de garantias, funcionando não apenas como um instrumento de controle da própria

³²¹ Conforme registrado por Ada Pellegrini Grinover: “Acolhendo as tendências contemporâneas do direito administrativo, tanto em sua finalidade de limitação ao poder e garantia dos direitos individuais perante o poder, como na assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade e de abertura para o cenário sócio-político-econômico em que se situa, a Constituição Pátria de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas também informar a função administrativa. Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função

Administração Pública, mas exercendo também um relevante papel na proteção de interesses e direitos dos administrados frente ao Estado. Nesse sentido, dentre as diversas finalidades do processo administrativo, Odete Medauar destaca o seu desígnio garantista (MEDAUAR, 2011, p. 175-176).

Sobre o processo administrativo, Egon Bockmann Moreira explica que este se caracteriza

como instrumento de garantia dos direitos individuais. Ao administrado não será apenas dado o dever de submeter-se aos atos estatais, pois o caminho processual prestar-se-á a proteger o direito material dos particulares, que têm condições de participar e controlar a sequência predefinida de atos anteriores ao provimento final (MOREIRA, 2010, p. 70).

No que tange especificamente ao processo antitruste sancionador, André Marques Gilberto esclarece que é “inevitável a existência de processo para o desenvolvimento das atividades sancionadoras desempenhadas pelos órgãos antitruste” (GILBERTO, 2016, p. 72). Decorre do próprio artigo 5º, LIV, da Constituição Federal (CF)³²², a observância compulsória de regras processuais pela Administração Pública, sobretudo quando a atividade ou providência administrativa puder produzir efeitos na esfera privada dos administrados, tolhendo-os de liberdade ou de seus bens.

Para atender a essas finalidades garantistas, o processo administrativo (e mesmo cada uma de suas espécies) é munido de características e singularidades próprias. Conforme asseverado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os processos estatais até obedecem a determinados princípios em comum, formando uma teoria geral do processo, mas cada um deles “está sujeito a determinados princípios próprios, específicos, adequados para a função que lhes incumbe”, de modo que “não podem ser iguais o processo legislativo e o processo judicial, e um e outro não podem ser iguais ao processo administrativo” (DI PIETRO, 2015, p. 764).

Dessa forma, ao direito processual administrativo punitivo pertence um conjunto específico de normas processuais, princípios e garantias. Nesse sentido, Fabio Medina Osório explica que no âmbito do processo sancionador, o devido processo legal obriga a

administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do “devido processo legal”, seja para fixa imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração” (GRINOVER, 2015, p. 11).
³²² “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

sua submissão a uma série garantias e direitos fundamentais, de dimensão processual, que são especialmente relevantes nas relações punitivas, como o respeito à legalidade, à segurança jurídica e a todas as demais cláusulas constitucionais que abrigam direitos fundamentais (OSÓRIO, 2011, p. 395)³²³.

Além de princípios processuais gerais da teoria do processo, conforme observado por André Marques Gilberto, ao processo sancionador antitruste são aplicáveis uma série princípios gerais de direito administrativo e, ainda, diversos princípios especificamente vinculados ao processo administrativo (GILBERTO, 2008, p. 301- 328)³²⁴.

Sendo assim, da mesma forma com que prevalecem sobre o CPC/2015 as normas processuais da legislação especial antitruste (*i.e.*, Lei de Defesa da Concorrência, RICADE, etc.), os seus princípios e particularidades também devem ser integralmente respeitados na aplicação subsidiária e supletiva do novo código ao processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. Ao aplicar tais técnicas de integração, o intérprete deve respeitar todos os vetores normativos e baluartes norteadores do processo sancionador antitruste, sobretudo as garantias conferidas aos administrados nesse âmbito.

Por se tratar de atividade atribuída à órgão da Administração Pública, a qual pode culminar em ato administrativo (a decisão) com efeitos imediatos sobre o administrado, é importante que sejam respeitados os princípios gerais de direito administrativo, como os princípios da legalidade, publicidade, motivação e boa-fé, entre outros.

É necessário que sejam resguardados também os princípios especificamente vinculados ao processo administrativo sancionador, como o devido processo legal e todos os direitos inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório do administrado nos processos insaturados na seara concorrencial.

³²³ De acordo com o autor, “a garantia do devido processo legal indica, já pelo ângulo formal, a necessária submissão do processo sancionador ao Estado de Direito, à legalidade, à segurança jurídica e a todas as cláusulas constitucionais que abrigam direitos fundamentais relevantes nas relações punitivas submetidas à dimensão processual, ou seja, encaradas do ponto de vista de sua processualização, v.g., formas adequadas, prazos razoáveis, contraditório, defesa, publicidade, ônus probante distribuído de modo equânime e razoável, presunção de inocência, direitos de informação e publicidade. Aqui, o devido processo é cláusula que desempenha todas suas potenciais funcionalidades, positivas e negativas, gerando, inclusive, regras não previstas anteriormente no ordenamento jurídico, ao menos não de modo ostensivo” (OSÓRIO, 2011, p. 395).

³²⁴ Segundo o autor, “o desempenho das atividades da Administração Pública demanda a preexistência de regra jurídica com finalidade própria. Por essa razão, é inevitável que exista um processo pré-determinado, por meio do qual o órgão antitruste possa investigar, processar e, quando necessário, punir a prática de atos potencialmente nocivos à economia; as investigações devem obedecer a um método e forma previamente estabelecidos, aptos a tornar o processo previsível e também a respeitar as garantias do administrado” (GILBERTO, 2016, p. 62).

Os administrados também não podem ser surpreendidos ou prejudicados de qualquer forma pela aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015, em respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica, implícito em diversas passagens da Carta maior e aplicável aos processos administrativos sancionadores.

De outra banda (mas na mesma linha de raciocínio), especialmente no que diz respeito à atividade integrativa supletiva, o operador não deve descartar a aplicação de normas do CPC/2015, se essas puderem efetivamente complementar, aprimorar ou reforçar a obediência normas processuais administrativas em benefício de princípios protetivos e das garantias conferidas ao administrado na seara concorrencial.

4. Conclusão

Como visto, a previsão de aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 a processos administrativos já tem suscitado diversas dúvidas doutrinárias, especialmente quanto ao sentido e alcance dessas expressões. Por isso, no presente trabalho, buscou-se traçar parâmetros iniciais para a realização dessas atividades integrativas no processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica.

Dada a sua aplicação subsidiária e supletiva, novos dispositivos do CPC/2015 poderão incidir sobre o processo administrativo sancionador de competência do CADE, seja para (i) completar suas lacunas ou omissões legais (função integrativa subsidiária) ou para (ii) complementar ou otimizar os seus dispositivos processuais (função integrativa supletiva).

Essa incidência subsidiária e supletiva do CPC/2015, no entanto, não é irrestrita ou desmedida, sendo vedadas tais técnicas integrativas quando houver incompatibilidade entre os dispositivos do código processual civil e as normas, os princípios e todas as demais particularidades da legislação especial concorrencial, prevalecente à luz do critério da especialidade em uma primeira análise.

Todavia, a despeito desses parâmetros iniciais, com vistas a garantir maior segurança jurídica aos representados e a realização de seus direitos inerentes à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, é de suma importância que o CADE, tão logo quanto possível, se posicione de forma clara e expressa sobre as hipóteses em que aplicará normas do novo código processual civil ao processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica, promovendo as alterações apropriadas no seu regimento interno.

5. Bibliografia

BOBBIO, Noberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil /Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Sergio. DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GILBERTO, André Marques. O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil. São Paulo: Editora Singular, 2016.

_____. Processo antitruste sancionador: aplicabilidade dos princípios de direito. In: Desafios atuais do direito da concorrência. Organizadores: Pedro Zanotta e Paulo Bramcher. São Paulo: Singular, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 183, p. 9-18, jan. 2015, p. 11. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44160/47833>>. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. O impacto do CPC/2015 nos processos administrativos: uma nova racionalidade. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-racionalidade>>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIAVI, Mauro. Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL- APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. 2^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Neutralidade de Redes entre Regulação e Concorrência: Uma Análise da Literatura Especializada a Partir da Teoria Das Múltiplas Funcionalidades do Direito

Victor Oliveira Fernandes³²⁵

RESUMO

O Brasil tem assistido a intensos debates acerca do estabelecimento de exceções à regra geral de neutralidade de redes prevista no Marco Civil da Internet. Nessas discussões, a literatura estrangeira especializada tem se revelado a principal fonte de orientação no enfrentamento de controvérsias jurídicas e econômicas. Considerando esse cenário, o presente artigo busca demonstrar que as abordagens teóricas sobre neutralidade de redes construídas nos últimos 15 (quinze) e por nós usualmente importadas se propõem a idealizar um modelo pretensamente neutro e universal de intervenção regulatória, que esconde uma compreensão estática do fenômeno jurídico diante de transformações na ordem econômica.

Palavras-chave: Neutralidade de Redes; Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito.

ABSTRACT

Brazil is currently engaged in fierce debates over the exceptions to the general provision on Net Neutrality established by the “Marco Civil da Internet” (the Brazilian Bill of Rights for Internet Users). In these discussions, the most prominent sources employed to tackle the legal and economic issues posed by the Net Neutrality principle are of foreign origin. Taking this into account, this article aims to demonstrate that the theoretical approaches to Net Neutrality (that emerged elsewhere and have been imported to Brazil over the past 15 years) idealize an allegedly neutral and universal model of regulatory intervention, which conceals a static interpretation of the legal phenomenon before prominent changes in the economic order.

Keywords: Net Neutrality; Theory of Multiples Functions of Law.

Classificação JEL: K00 – K2 – K29; L00 – L4 – L42; L00 – L5 – L51;

³²⁵ Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB) e bacharel em Direito pela mesma instituição. É Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações da Agência Nacional de Telecomunicações e atualmente no cargo de Assessor Técnico na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Ressalta-se que as opiniões do autor expressas neste artigo não representam posicionamentos das instituições mencionadas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Parte I: Revisão da literatura jurídica e econômica sobre neutralidade de redes; 3. Parte II: As limitações da Análise Econômica do Direito (AED) e das ideias de *Law and Finance* na definição de regras de discriminação de tráfego: um olhar a partir da Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito; 4. Parte III: As possibilidades de aprofundamento da funcionalidade coordenativa do Direito no Marco Civil da Internet; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Em 11 de maio de 2016, foi publicado o Decreto nº 8.771, que regulamenta o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.956/14) e estabelece exceções à regra geral de neutralidade de redes prevista nesse diploma.³²⁶ O Decreto define os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações, bem como as situações emergenciais que, a princípio, tornariam lícita a discriminação ou degradação de tráfego.³²⁷ O texto atribui à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) competência para regulamentar e apurar as violações às regras de neutralidade,³²⁸ destacando também a competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para apurar eventuais infrações à ordem econômica decorrentes dessas

³²⁶ O art. 9º do Marco Civil da Internet estabeleceu que: “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. O § 1º desse dispositivo, porém, remeteu à regulamentação por decreto presidencial a definição pormenorizada das hipóteses de exceção à regra geral de discriminação de tráfego: “a discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II - priorização de serviços de emergência”.

³²⁷ Tais definições encontram-se nos arts. 5º, § 1º, e 8º do Decreto nº 8.771/16: “os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável de atividades de transmissão, de comutação ou de roteamento, no âmbito de sua respectiva rede, e têm como objetivo manter sua estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade. § 1º Os requisitos técnicos indispensáveis apontados no caput são aqueles decorrentes de: I - tratamento de questões de segurança de redes, tais como restrição ao envio de mensagens em massa (spam) e controle de ataques de negação de serviço; e II - tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência e Art. 8º “a degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de: I - comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsto na regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; ou II - comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública”.

³²⁸ O art. 5º, § 2º, do Decreto nº 8.771/16 estabelece que: “a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel atuará na fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos elencados neste artigo, consideradas as diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet – CGIbr”.

condutas,³²⁹ além da competência da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacom) para assegurar o cumprimento dos direitos dos consumidores.³³⁰

Embora o ato normativo consigne diretrizes gerais para o controle dos atos de discriminação de tráfego, a definição precisa dos limites da licitude dessas condutas estará sujeita à eventual regulamentação específica da Anatel, além do enquadramento *ex post* por parte da autoridade antitruste. No enfrentamento das controvérsias ainda remanescentes, é factível que, tal qual ocorreu nas fases de elaboração legislativa,³³¹ a literatura jurídica e econômica especializada influencie a tomada de decisões das entidades responsáveis pela fiscalização do cumprimento da regra de neutralidade. Daí ser pertinente examinar os pressupostos teóricos dos principais trabalhos desenvolvidos sobre o tema nos últimos 15 (quinze) anos, a fim de identificar como a relação entre Direito e Economia neles está sendo pensada.

O diagnóstico do presente artigo é de que parcela significativa desses trabalhos preocupa-se quase que exclusivamente em investigar as possíveis repercussões econômicas das regras de não discriminação de tráfego, demonstrando uma nítida aproximação com perspectivas tradicionais de Análise Econômica do Direito (AED)³³² e, em certa medida, com as ideias de *Law and Finance*.³³³

Com o intuito de expor as limitações dessas correntes jurídico-econômicas, nosso objetivo é demonstrar que os principais estudos sobre neutralidade de redes, a serem analisados, idealizam modelos pretensamente neutros e universais de intervenção regulatória, os quais escondem uma visão estática do ordenamento jurídico diante das transformações na ordem econômica.

³²⁹ O art. 19 do Decreto nº 8.771/16 prevê que “a apuração de infrações à ordem econômica ficará a cargo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011”.

³³⁰ O art. 18 do Decreto nº 8.771/16 prevê que: “a Secretaria Nacional do Consumidor atuará na fiscalização e na apuração de infrações, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

³³¹ A respeito das influências da literatura internacional sobre neutralidade de redes no Brasil, J. Gregory Sidak defende que o debate público sobre neutralidade de redes no cenário nacional tem sido fortemente influenciado pelas abordagens teóricas da academia norte-americana. O autor sustenta, de forma crítica, que “os defensores da neutralidade de rede no Brasil têm invocado as teorias desenvolvidas por Tim Wu e Lawrence Lessig, compartilhando uma visão utópica da tecnologia e míope em relação à ordem econômica privada nacional” (tradução livre) (SIDAK, J. Gregory, *The Fallacy of Equal Treatment in Brazil’s Bill of Right for Internet Users*, *Revista Direito GV*, v. 8, n. 2, p. 651–676, 2012, p. 653).

³³² Na Parte III deste trabalho será oportunamente esclarecido o sentido em que a expressão “Análise Econômica do Direito (AED)” está sendo empregada.

³³³ Também na Parte III, será explicado o significado da expressão “*Law and Finance*” para os fins propostos no presente artigo.

Para alcançar o objetivo proposto, o texto será dividido em 3 (três) partes. Na Parte I, realizar-se-á uma breve revisão da literatura especializada, esclarecendo que luzes esses estudos podem lançar sobre o debate regulatório. Na Parte II, será feita uma breve incursão pelo marco teórico eleito, a Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito, desenvolvida na obra de Curtis Milhaupt e Katharina Pistor,³³⁴ expondo-se as limitações dos pressupostos normativos da Análise Econômica do Direito (AED), identificados nos trabalhos analisados na Parte I. Já na Parte III, serão exemplificadas algumas possibilidades de aprofundamento da funcionalidade coordenativa do Direito no Marco Civil da Internet e no Decreto nº 8.771/16. Por fim, será delineada uma breve conclusão sobre os assuntos explorados no presente trabalho.

Em busca de um consenso semântico

Antes de se adentrar na parte material deste artigo, é inicialmente necessário aclarar em que sentidos as seguintes expressões serão empregadas:

- **Neutralidade de Rede:** a expressão tem assumido, pelo menos, 5 (cinco) acepções distintas, quais sejam (i) não interferência no conteúdo trafegado; (ii) liberdade dos usuários finais; (iii) política transparente de gestão de dados; (iv) proibição de cobrança de usuários finais ou de provedores de conteúdo ou ainda (v) não diferenciação de pacotes. No presente artigo, iremos nos referir à expressão, em regra, no sentido (v). Em todo o caso, porém, deixaremos claro em que sentido ela está sendo empregada.
- **Provedores de Acesso à Internet:** são empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que, por delegação administrativa, oferecem acesso à rede de internet a usuários finais – seja na modalidade de banda larga fixa (Serviço de Comunicação Multimídia – SCM),³³⁵ seja na

³³⁴ Conforme será analisado, Curtis Milhaupt e Katharina Pistor defendem que o direito deve ser pensado a partir de funcionalidades alternativas, além da típica definição de direitos de propriedade e de *enforcement* contratual. As autoras sustentam então que, conquanto seja indiscutível a importância da função de proteção (*protection*) de direitos privados no sistema jurídico, a razão de ser do direito nas sociedades capitalistas não pode se resumir a tal funcionalidade. (MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina, *Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around The World*, 1 Ed. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2008, p. 31).

³³⁵ O art. 3º da Resolução nº 614/2013 da Anatel define que: “o SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.”.

modalidade de internet móvel (Serviço Móvel Pessoal – SMP)³³⁶ – por meio de Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) integrante de seu grupo econômico.³³⁷

- **Serviços *Over The Top* (OTT Services):** são serviços de valor adicionado que acrescentam a um serviço de internet fixa ou móvel, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. Como exemplo desse serviço, podemos citar os populares aplicativos de internet. **Fonte:** elaboração própria

2. Parte I: Revisão da literatura jurídica e econômica sobre neutralidade de redes

Examinando os últimos 15 (quinze) anos de produção acadêmica sobre neutralidade de redes, verifica-se que parcela considerável dos estudos aproxima as transações econômicas que se desenvolvem na internet a um mercado de duas pontas.³³⁸ Essa configuração foi desenvolvida por Nicholas Economides e Joachim Tåg e repercutiu nos demais trabalhos sobre o tema.³³⁹

No formato proposto, de um lado se postam os usuários finais de internet fixa ou móvel e, na outra ponta, os chamados prestadores de serviços *Over The Top* (OTT), como Facebook, Gmail, Youtube, entre outros. No controle da plataforma central, situam-se os Provedores de Acesso à Internet (*Internet Service Provider* – ISP), que podem cobrar tanto dos usuários finais, pelo acesso à rede, quanto dos provedores de conteúdo, pela movimentação dos seus dados. No regime de neutralidade de redes, os Provedores de

³³⁶ O art. 4º da Resolução nº 477/2007 da Anatel estabelece que: “Serviço Móvel Pessoal - SMP é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento”.

³³⁷ Na regulação de telecomunicações brasileira, embora se conceba a figura do Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) independente, fato é que este agente de mercado não possui condições para, sozinho, discriminar o tráfego. Isso porque esses provedores independentes apenas conectam os usuários às redes mantidas pelos prestadores de SCM ou SMP. Logo, não nos aproveitaria – num debate sobre discriminação de tráfego – tratarmos de agentes que não possuem condição técnica de discriminá-lo. Por esse motivo, optamos por falar genericamente de provedores de internet, enquanto aqueles que prestam o serviço e que possuem em sua estrutura um PSCI próprio.

³³⁸ Tal diagnóstico é feito por Alissa Cooper. A autora indica que “embora isso não seja dito de forma explícita, muito do debate sobre neutralidade de rede tem se centrado em modelos em que os provedores de acesso à internet taxam os provedores de aplicativos pela priorização do tráfego e, ao mesmo tempo, os usuários finais pelo acesso à rede, enxergando a internet como um mercado de duas pontas. Na literatura especializada, várias configurações desse tipo de mercado têm sido desenvolvidas, com resultados diversos que mostram efeitos positivos, negativos ou ambíguos sobre o bem estar do consumidor, a depender dos parâmetros utilizados na pesquisa” (tradução livre) (COOPER, Alissa, *How Regulation and Competition Influence Discrimination in Broadband Traffic Management: A Comparative Study of Net Neutrality in the United States and the United Kingdom*, University of Oxford, 2013, p. 34).

³³⁹Cf. ECONOMIDES, Nicholas; TÅG, Joacim, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, Information Economics and Policy, v. 24, n. 2, p. 91–104, 2012.

Acesso à Internet estariam impedidos de cobrar dos aplicativos ou dos usuários pela priorização de tráfego. Já num cenário sem regras de neutralidade, tal cobrança seria lícita.³⁴⁰ A figura abaixo sistematiza o modelo representado pelos autores:

Figura 1: representação simplificada do modelo de mercado de duas pontas apresentado em ECONOMIDES e TÅG, 2012.



Fonte: elaboração própria

Essa aproximação de mercado é útil para demonstrar como podem surgir os incentivos à discriminação de tráfego. Principalmente quando no mercado atuam prestadores de serviços OTT que oferecem serviços substitutivos ou análogos aos tradicionalmente prestados no setor de telecomunicações (como serviços típicos de voz e dados), tais incentivos começam a se fazer tangíveis.

É o que ocorre, por exemplo, com os serviços de *Voice-over-Internet-Protocol* (VoIP) que, em certa medida, substituem as ligações de telefonia móvel. Nesses casos, os prestadores de VoIP – tal como ocorrem com os demais aplicativos que utilizam uma base de internet – só podem chegar aos consumidores finais se estiverem conectados à plataforma. Por outro lado, os prestadores de internet móvel, que tradicionalmente prestam serviço de voz e dados (como ligações telefônica e mensagens de textos), teriam hipoteticamente o interesse de bloquear ou tornar mais lenta a transmissão de dados dos serviços VoIP. Os Provedores de Acesso à Internet, portanto, atuariam como uma infraestrutura essencial de acesso de usuários finais a um mercado complementar de bens

³⁴⁰ Simulando dois cenários – um em que o provedor de internet é monopolista e outro em que há duopólio na plataforma – os autores concluem então que, em ambos, a existência de incentivos de discriminação de tráfego por parte dos IPS depende da relação entre o valor adicional de um usuário final para um provedor de conteúdo e o valor de um provedor de conteúdo adicional para um usuário final. Essa relação decorre do chamado *network effect* e permite que se preveja em que condições de mercado estarão presentes os estímulos para discriminação de tráfego. (ECONOMIDES e TÅG, *op. cit.*, p. 97).

serviços de internet. Tal configuração acaba por revelar-se propícia à formação de restrições verticais.³⁴¹

Partindo de análises como essa, a literatura especializada investiga os efeitos econômicos das regras de neutralidade de rede primordialmente no que diz respeito a três temas fundamentais: (i) existência de incentivos de discriminação de tráfego por parte dos provedores de acesso à internet; (ii) possíveis eficiências alocativas resultantes da diferenciação de preços e (iii) efeitos anticompetitivos que podem decorrer da livre discriminação.

Os incentivos à discriminação de tráfego são estudados a partir da racionalidade econômica dos Provedores de Acesso à Internet e dos prestadores de serviços OTT. Os defensores da neutralidade de rede como regra sustentam que, ainda que não se possa dizer que tais incentivos se fazem sempre presentes, eles são altamente prováveis. Isso porque os provedores teriam uma tendência natural a excluir alguns de seus rivais do mercado complementar de aplicativos, aumentando-lhes o custo de operação ou simplesmente bloqueando seus serviços, como forma de garantir lucros de monopólio da plataforma.³⁴²

Essa tese, no entanto, é rechaçada por autores que alegam não existir evidências empíricas dos incentivos à discriminação de tráfego. Gerald Faulhaber, por exemplo,

³⁴¹ Nesse sentido, Christopher Yoo explica que: “o setor de internet banda larga ou móvel se encaixa facilmente na formatação de estruturas verticais. Nessa perspectiva, o nível superior da cadeia seria composto por companhias que produzem conteúdo *web* e pelos serviços baseados em internet [OTT], como os de e-commerce e VoIP. Já o segmento de varejo seria composto por provedores DSL e de outras tecnologias. Concebendo a cadeia de distribuição dessa maneira, fica claro a que práticas a neutralidade de redes tem direcionado a sua atenção. Basicamente, o favorecimento de aplicativos e conteúdos são essencialmente formas de integrações verticais” (tradução livre) (YOO, Christopher S., *Beyond Network Neutrality*, *Harvard Journal of Law & Technology Volume*, v. 19, n. 1, p. 1–77, 2005, p. 14).

³⁴² Analisando detidamente as relações entre provedores de internet e desenvolvedores de aplicativos e conteúdos em diversos cenários, Barbara Van Shewick conclui que: “se as condições para configuração desse incentivo estarão presentes na vida real, isso é uma questão de pesquisa empírica. Na maioria dos casos, porém, o provedor de internet não necessariamente precisa atingir um monopólio no mercado complementar de conteúdos e aplicativos para entender que condutas excludentes constituem uma boa estratégia para garantir lucros. Assim, o risco de discriminação é mais relevante do que comumente assumido pela teoria econômica” (tradução livre) (SCHEWICK, Barbara Van, *Internet Architecture and Innovation*, London: The MIT Press, 2010, p. 270). Posicionamento semelhante é perfilado por Mark Lemley e Lawrence Lessig. Esses autores explicam que o exemplo histórico do mercado de telefônica fixa norte-americano demonstra como os segmentos de telecomunicações estão sujeitos a esse tipo de condutas excludentes e quão necessária é a intervenção regulatória nesses casos: “o fato é que a estrutura do mercado de cabos e telecomunicações requer alguma forma de regulação geral sobre o uso e a distribuição da rede em si. [...] O problema da regulação de telefonia não foi a existência da regulação em si (que sempre foi necessária), mas sim o excesso dela” (tradução livre) (LEMLEY, Mark A; LESSIG, Lawrence, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era* *The End of End-to-End*, *UCLA Law Review*, v. 48, n. 20, p. 1–63, 2001, pp. 59 e 60.). No mesmo sentido, destaca-se ainda o entendimento exposto em WU, T., *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 2, n. 2001, p. 141–179, 2003, p. 154.

critica essas análises, aduzindo que “a simples aplicação de modelos econômicos sem verificação empírica dos mercados não conduz a nenhuma resposta definitiva”. Para o autor, a literatura econômica sobre neutralidade de redes é tão elástica que permitiria a defesa de qualquer posição política no tocante à existência ou não de incentivos à discriminação.³⁴³ No mesmo sentido, Adam Thierer sustenta que “as propostas de neutralidade de rede defendem a necessidade de uma política regulatória para um problema hipotético de poder de mercado que sequer existe”.³⁴⁴

As possíveis eficiências alocativas resultantes da discriminação de tráfego também constituem matéria altamente controversa no debate regulatório. Parte da literatura entende que a diferenciação de preços por pacotes de dados poderia melhor ajustar a oferta de internet às necessidades dos usuários.³⁴⁵ Isso seria especialmente relevante num cenário em que é crescente a demanda por aplicativos muito sensíveis à demora na transmissão de dados, como ocorre com serviços de *videostraming*, entre outros.³⁴⁶ Há quem sustente ainda que a discriminação de tráfego poderia ajudar a contornar a escassez de recursos na rede, o que traria eficiências alocativas consideráveis.³⁴⁷

Por outro lado, defensores das regras de neutralidade consideram que essas supostas eficiências alocativas não se sustentam quando se analisa o mercado numa

³⁴³ FAULHABER, G. R., Economics of Network Neutrality: a Review, *Communications & Convergence Review*, v. 3, n. 1, p. 53–64, 2011, p. 20.

³⁴⁴ THIERER, Adam, “Net Neutrality” Digital Discrimination or Regulatory Gamesmanship in Cyberspace?, *Cato Policy Analysis Series*, v. 12, n. 507, p. 2–28, 2004, p. 20. No mesmo sentido, cf. NUECHTERLEIN, J.E., Antitrust Oversight of an Antitrust Dispute: An Institutional Perspective on the Net Neutrality Debate, *AEI Center for Regulatory and Market Studies Working Paper*, p. 8–7, 2008 e YOO, *op. cit.*

³⁴⁵ Becker *et al.*, por exemplo, defendem que “o impacto da diferenciação de preços sobre o bem estar dos consumidores é ambíguo e pode resultar em um aumento da demanda, em relação ao cenário em que não há discriminação de preços. A diferenciação de preço pode resultar em preços menores do que aqueles que prevaleceriam na sua ausência e pode aumentar significativamente a venda de serviços a esses consumidores” (tradução livre). (BECKER, Gary S.; CARLTON, Dennis W.; SIDER, Hal S., Net neutrality and consumer welfare, *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 3, 2010, p. 501).

³⁴⁶ Em seu debate com Tim Wu sobre os contornos e efeitos de uma política neutralidade de redes, Christopher Yoo afirma: “pode ser que a diferenciação de tráfego represente nada além do que um resultado natural das necessidades dos donos de rede de atender satisfatoriamente a intensa e heterogênea demanda dos usuários finais. A internet foi dominada por aplicativos, como e-mail e navegadores de internet, em que atrasos de segundos seriam virtualmente imperceptíveis. Esses têm sido substituídos por novos aplicativos, como os de telefone virtual e transmissão de vídeos (*videostraming*) nos quais esses mesmos atrasos de segundos poderiam ser catastróficos. Uma solução óbvia seria dar prioridade de tráfego para esses aplicativos mais sensíveis a atrasos na entrega de pacotes. Infelizmente, esse é precisamente o tipo de discriminação que a neutralidade de redes condenaria” (tradução livre) (WU, Tim; YOO, Christopher S., Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate, *Federal Communications Law Journal*, v. 59, n. 3, p. 575–592, 2007, p. 576).

³⁴⁷ Nesse sentido, cf. HAZLETT, Thomas; WRIGHT, Joshua, The Law and Economics of Network Neutrality, *George Mason Law & Economics Research Paper*, n. 11–36, p. 1–82, 2011, p. 19.

perspectiva dinâmica. Assim, entendem que a discriminação de tráfego é potencialmente anticompetitiva e coloca em risco as possibilidades de inovação no segmento de conteúdos e aplicativos, ao aumentar de forma significativa as barreiras à entrada.³⁴⁸

Diverge-se ainda sobre a efetividade da competição entre Provedores de Acesso à Internet na ausência de regras de neutralidade de rede. Há quem alegue que, mesmo na falta dessas regras, a própria demanda dos usuários tenderia a acirrar a competição entre os planos de internet, sem que isso necessariamente resultasse em fechamento de mercado. Nesse cenário, se a oferta discriminatória de conteúdos não agradasse ao consumidor, as próprias forças de oferta e demanda tenderiam a retirar o ofertante do mercado. Já os autores que entendem pela existência inerente de incentivos à discriminação de tráfego, postulam que a concorrência desregulada não seria capaz de, por si só, conter práticas anticompetitivas.³⁴⁹

A partir dessas investigações, a literatura regulatória busca responder qual seria o melhor modelo institucional para a preservação da neutralidade de redes. Em geral, propõem-se (i) a definição de normas regulatórias *ex ante* ou (ii) o controle *ex post* de discriminações ineficientes por meio da moldura antitruste.

³⁴⁸ A respeito dos efeitos da neutralidade de rede sobre a inovação, Tim Wu defende que “é verdade que a teoria antitruste tem analisado a diferenciação de preços como algo em geral controverso ou pelo menos ambíguo. Entre consumidores, ela pode beneficiar uns e prejudicar outros, e ao mesmo tempo aumentar os lucros dos produtores. Essa análise, no entanto, deve ser revista no contexto de provedores de internet, porque a prática de discriminação de preços pode ensejar efeitos colaterais no processo de inovação e de competição entre os aplicativos. É dizer, mesmo que se entenda que a diferenciação de preços não seja um problema numa perspectiva estática (entre os atuais consumidores e produtores), ela pode ter consequências dinâmicas para o desenvolvimento de novos aplicativos numa perspectiva dinâmica”. (tradução livre) WU, *op. cit.*, p. 154. Também defendem que a discriminação de tráfego pode comprometer as possibilidades de inovação na internet LEMLEY e LESSIG, *op. cit.*, e VAN SHEWICK, *op. cit.*

³⁴⁹ Sustentando a possibilidade de competição entre os provedores de internet, Becker *et al.* esclarecem que “os provedores de acesso à internet comumente enfrentam concorrência e um grande número de firmas que entra ou se renova na prestação de serviços. Dada a existência de alternativas no mercado, os provedores se arriscariam a perder assinantes se bloqueassem o tráfego de aplicativos de alta preferência dos consumidores. Essa circunstância reduz o risco de os provedores se engajarem na discriminação de tráfego e sugere que as preocupações dos defensores da neutralidade de rede podem estar são exageradas” (tradução livre) (BECKER *et al.*, *op. cit.*, p. 505). Argumentação semelhante é feita por Faulhaber: “para os economistas, a competição em um mercado livre de externalidades vai dar aos consumidores o que eles demandam; não porque as firmas são generosas, mas porque a competição as força a melhor satisfazer a demanda dos consumidores. Apenas na presença de sérias falhas de mercado, como monopólio, os produtores poderiam agir de forma diferente. Em um mercado competitivo, portanto, se os consumidores quiserem a neutralidade de redes, as firmas vão (eventualmente) ser direcionadas pelas forças do mercado a proporcionar essa neutralidade. Também se os consumidores quiserem algumas partes da rede neutra e outras não, eles também irão conseguir isso”. Tal constatação leva o autor a defender que “o agente regulador precisa apenas incentivar a competição nesses mercados, para atingir um nível apropriado de abertura, baseado naquilo que os consumidores efetivamente desejam” (traduções livres). (FAULHABER, *op. cit.*, pp. 22 e 23).

A posição dominante é de que somente uma regulação prévia, com o rígido controle de obrigações por parte de um ente estatal, poderia resguardar o mercado de condutas discriminatórias. Os defensores dessa posição argumentam que a definição *ex ante* de normas traria maior segurança ao mercado, reduzindo os riscos de bloqueio de aplicativos.³⁵⁰ Dentro desse grupo, há uma gama de especulações sobre que espécies de discriminação poderiam ser permitidas, o que resulta em vários modelos institucionais disponíveis para o controle da regra de neutralidade.³⁵¹

Já os defensores da moldura antitruste sustentam que as integrações verticais entre provedores de acesso à internet e conteúdos e aplicativos podem gerar benefícios para os consumidores, principalmente pela melhoria na qualidade dos serviços e pela diminuição de custos. Nessa perspectiva, seria quase impossível para o regulador identificar antecipadamente que restrições seriam benéficas e quais seriam danosas à concorrência. A dinamicidade do mercado e as diferentes formas de interações contratuais entre os agentes econômicos recomendariam, por isso, uma análise caso a caso das eficiências envolvidas, o que poderia ser muito bem endereçado pelo escrutínio antitruste, sob a regra da razão.³⁵²

Os fundamentos da literatura acerca dos efeitos econômicos da discriminação de tráfego e suas propostas normativas podem ser sistematizados na tabela abaixo:

³⁵⁰ Nessa linha, posicionam-se fundamentalmente WU, *op. cit.*, pp. 169 e 170 e ECONOMIDES, Nicholas, “Net Neutrality” Non-Discrimination and Digital Distribution of Content through the Internet, *Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 4, n. 2, p. 209–233, 2008, p. 228.

³⁵¹ Barbara Van Schewik sistematiza, por exemplo, algumas propostas institucionais de neutralidade de rede, tais como os modelos de (i) regulação tudo ou nada; (ii) proibição da discriminação que se mostra anticompetitiva ou danosa aos usuários; (iii) proibição da discriminação irrazoável e (iv) proibição da discriminação que viola o escrutínio antitruste. A esse respeito, cf. SCHEWICK, Barbara Van, Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation, *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 5, p. 329–392, 2007.

³⁵² Esclarecendo esse posicionamento, Thomas Hazlett e Joshua Wright explicam que “as restrições verticais possuem efeitos ambíguos sobre o bem estar dos consumidores, já que algumas formas de discriminação são eficientes para eles, enquanto que outras ensejam preocupações anticompetitivas. A jurisprudência antitruste desenvolveu uma ferramenta de análise caso-a-caso para as restrições verticais, que é a regra da razão” (tradução livre) (HAZLETT, e WRIGHT, *op. cit.*, p. 32). Os autores defendem que essa deve ser a moldura aplicável ao controle de discriminação de tráfego, uma vez que “considerando as condições em que uma regra per se seria recomendável – que são restrições verticais que sempre geram práticas anticompetitivas – e contrastando-a falta de base empírica que indique esse diagnóstico nas negociais de discriminação de tráfego, fica claro que a neutralidade de redes [enquanto definição de regras *ex ante*] não pode ser suportada em bases econômicas como uma política pública” (tradução livre) (Idem, p. 36). Esse entendimento também é perfilado por BECKER *et al.*, *op. cit.*, p. 519; THIERER, *op. cit.* p. 14 e YOO, *op. cit.*, p. 582.

Tabela 1: Resumo dos principais argumentos e das proposições normativas da literatura especializada.

	Fundamentos da Literatura Especializada	Proposições Normativas
Defensores da neutralidade de rede como regra	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Há incentivos naturais para discriminação de tráfego, que provêm da própria racionalidade econômica dos agentes. ▪ Um modelo de livre discriminação resultaria no comprometimento da inovação no segmento de conteúdos e aplicativos. ▪ A competição entre os provedores de acesso não seria, por si só, suficiente para evitar atos de bloqueio e discriminação não razoável do tráfego. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Regulação <i>ex ante</i> das hipóteses de discriminação de tráfego, controle e sanção do comportamento dos provedores de internet.
Defensores da discriminação de tráfego como regra	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Não há evidências empíricas que comprovem os incentivos de discriminação de tráfego. ▪ A liberdade de cobrança poderia tornar o acesso à rede menos custoso para determinados usuários, permitindo uso mais eficiente da rede. ▪ O processo competitivo, por si só, é suficiente para garantir o bem estar dos consumidores. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Controle <i>ex post</i> dos atos anticompetitivos com base na regra da razão (<i>rule of reason</i>), valorizando uma análise caso a caso.

Fonte: elaboração própria

Realizada essa breve incursão na literatura especializada sobre neutralidade de redes, cabe examinar mais a fundo em que dimensão o relacionamento entre Direito e Econômica tem sido explorado nessas análises. Para que isso seja feito, realizar-se-á uma breve digressão sobre os aspectos fundantes da Análise Econômica do Direito (AED) e do movimento de *Law and Finance*, para que então se explore o marco teórico do presente artigo, a Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito.

3. Parte II: As limitações da Análise Econômica do Direito (AED) e das ideias de Law and Finance na definição de regras de discriminação de tráfego: um olhar a partir da Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito

A Análise Econômica do Direito (AED) pode ser identificada como a corrente teórica desenvolvida nas décadas de 1960 e 1970 nos Estados Unidos, a partir dos trabalhos de Ronald Coase,³⁵³ Guido Calabresi³⁵⁴ e Garry Becker³⁵⁵ e principalmente de Richard Posner, em seu *Economic Analysis of Law* de 1973.³⁵⁶ Em linhas gerais, pode-se dizer que a marca distintiva da AED consiste no emprego da teoria microeconômica neoclássica para a explicação do comportamento social e, sobretudo, da formação das instituições jurídicas.

Nesse sentido, Mercurio e Medema destacam como fundamentos centrais da AED as pressuposições de que: (i) os indivíduos buscam a maximização dos seus interesses tanto nos seus comportamentos mercadológicos quanto nos não mercadológicos; (ii) os indivíduos respondem a incentivos de preço e (iii) as regras jurídicas podem ser examinadas a partir da possível eficiência que elas são capazes de trazer.³⁵⁷ A partir desses axiomas, a AED normativamente prescreve que a tomada de decisões sobre Direitos deve ser orientada por preceitos de eficiência alocativa:

A ideia de que indivíduos são maximizadores racionais implica que eles reagem a incentivos de preço – como consumidores que consumiriam menos na medida em que os preços subissem (tudo o mais permanecendo constante). Na arena jurídica, as leis estabelecem preços, como multas, serviços comunitários e prisão, para as práticas de várias espécies de condutas ilegais. O ideal maximizador, assim, vai comprar os benefícios marginais de cada unidade da atividade ilegal com os custos ponderados pela probabilidade de detecção e condenação” (tradução livre)³⁵⁸.

A perspectiva normativa da AED foi explorada em profundidade por Richard Posner.³⁵⁹ Na percepção do autor, a promoção da eficiência alocativa seria realizável a

³⁵³ Cf. COASE, Ronald H., The Problem of Social Cost, *The Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 1–44, 1960.

³⁵⁴ Cf. CALABRESI, Guido, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.

³⁵⁵ Cf. BECKER, Gary S., Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 1–54, 1974.

³⁵⁶ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, New York: Little Brown and Co., 1973.

³⁵⁷ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G., *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and Beyond*, Princeton: Princeton University Press, 2006.

³⁵⁸ MERCURO e MEDEMA, *op. cit.*, p. 58

³⁵⁹ POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010

partir da definição de regras jurídicas que minimizassem custos de transação. A eficiência, nesse sentido, traduzir-se-ia na “maximização da riqueza da sociedade” (*wealth-maximization*), valor que representaria a base moral mais sólida para a organização e operação das instituições sociais e, portanto, para a interpretação do Direito.³⁶⁰

A despeito das várias críticas à abordagem normativa da AED,³⁶¹ fato é que os seus pressupostos teóricos se refletiram significativamente nos estudos sobre Direito e Desenvolvimento que se surgiram na década de 1990. Tal influência pode ser sentida principalmente a partir da publicação de *Law and Finance* de Rafael La Porta *et al.*³⁶² Nesse trabalho, buscou-se examinar de que forma institutos jurídicos – como os que caracterizam as famílias do *Common Law* e do *Civil Law* – poderiam garantir maior segurança e atratividade a investimentos nacionais e estrangeiros e, assim, influenciar no desenvolvimento econômico das nações.³⁶³

A conclusão de que as nações da tradição do *Common Law* deteriam instituições jurídicas e regras de *enforcement* contratual mais atrativas ganhou notável respaldo em *guidelines* elaborados por entidades centrais do sistema financeiro como Banco Mundial.³⁶⁴ Acerca das relações entre AED e *Law and Finance*, é válido destacar as explicações de Castro:

Por diversos motivos, o programa de estruturação das relações entre direito e economia que, nas últimas quatro décadas, acabou alcançando notoriedade internacional mais acentuada foi o da abordagem da AED. Além disso, em alguns meios tecnocráticos de organizações do sistema

³⁶⁰ Idem, p. 18.

³⁶¹ No campo da Filosofia do Direito, as principais críticas à AED foram formuladas por Ronald Dworkin em seu “*Is Wealth a Value?*”, publicado originalmente em 1980. Nesse artigo, Dworkin argumenta que a noção de “maximização da riqueza” seria marcada por um “limbo normativo”, uma vez que a AED não conseguiria demonstrar como uma sociedade com mais riqueza, no sentido posneriano, seria necessariamente melhor do que uma sociedade com menos dela. Segundo Dworkin, essa incapacidade decorre de uma deficiência inerente à teoria de Posner, que é a impossibilidade de se considerar a “riqueza” (*wealth*) como componente do valor social. De acordo com o autor, a riqueza da sociedade, por não ser um fim em si mesmo, não consegue se colocar nem como o único valor social possível, nem mesmo como um valor social existente dentre outros. Considerando que a busca pela maximização da riqueza também congrega perdas nas dimensões utilidade e justiça social, “um ganho em riqueza, considerado por si só, e não racionalizado a partir dessas perdas, não representa um ganho em nada, afinal de contas”. (DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?*, *Journal of Legal Studies*, v. 1, 1980, p. 191).

³⁶² LA PORTA, Rafael *et al.*, *Law and Finance*, *The Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, p. 1113–1155, 1998.

³⁶³ LA PORTA, *op.cit.*, p. 1151.

³⁶⁴ Nesse sentido, cf. BECK, Thorsten; DEMIRGUC-KUNT, Asli; LEVINE, Ross, *A New Database on Financial Development and Structure*, *World Bank Policy Research Working Paper No. 2146*, p. 1–38, 1999.

multilateral, tem encontrado prestígio, a partir da década de 1990, a perspectiva de análise conhecida como *Law and Finance*, que, apoiada em preocupações “institucionalistas” parecidas com as dos autores da chamada “Economia Neoinstitucional” na vertente liderada por Douglass North, resulta em uma agenda de reformas que é de um modo geral coincidente com aquela derivada da AED.³⁶⁵

As limitações tanto da abordagem de AED quanto da abordagem de *Law and Finance* são exploradas por Curtis Milhaupt e Katharina Pistor em seu *Law & Capitalism – What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World*, eleita como marco teórico do presente artigo.

Na obra citada, as autoras desenvolvem uma análise jurídica do desenvolvimento econômico nos sistemas capitalistas que tem como pressuposto o caráter dinâmico e mutável da relação entre Economia e Direito, traduzida na noção de “*rolling relation*” entre o ordenamento jurídico e os mercados.³⁶⁶ Em especial, critica-se a visão de que institutos jurídicos equivaleriam a estruturas fixas capazes de conduzir de forma determinante ao sucesso ou ao fracasso econômico das nações (“*endowment perspective*”).³⁶⁷

Curtis Milhaupt e Katharina Pistor sustentam que estudos como o de Rafael La Porta *et al.* são excessivamente reducionistas, pois tratam o ordenamento jurídico como uma estrutura politicamente neutra e materialmente estática. Na concepção as autoras, ao contrário, o Direito é um produto político que é afetado constantemente pelos interesses de agentes políticos, sociais e econômicos. Por isso, para que sejam realmente úteis à estruturação dos mercados, as leis devem se adequar às condições locais e acompanhar conjuntamente o seu desenvolvimento econômico e social.³⁶⁸

³⁶⁵ CASTRO, Marcus F. de, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica, *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, v. 1, n. 2, p. 23–51, 2011, p. 30.

³⁶⁶ MILHAUPT e PISTOR, *op. cit.*, p. 28. Nesse aspecto, a obra de Curtis Milhaupt e Katharina Pistor admite a mutabilidade da arquitetura institucional dos mercados, compartilhando, em certa medida, dos mesmos pressupostos das abordagens de autores como Douglass North (NORTH, Douglass C, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York: Cambridge University Press, 1990).

³⁶⁷ Curtis Milhaupt e Katharina Pistor utilizam a expressão *endowment perspective* para designar abordagens teóricas que “concebem a proteção de direitos de propriedade e o *enforcement* de contratos como uma pré-condição essencial e determinante para o desenvolvimento econômico, já que, sem a definição desses direitos, custos de transação (relacionados à falta de previsibilidade e problemas de cumprimento dos contratos) impediriam este desenvolvimento” (tradução livre) (MILHAUPT e PISTOR, *op. cit.*, p. 17). O posicionamento das autoras é de que essas abordagens são frágeis, na medida em que consideram o direito como politicamente neutro e estático. Elas defendem que uma análise jurídica do desenvolvimento econômico nos sistemas capitalistas deve considerar a relação entre direito e econômica como um processo estratégico de ação e reação (Idem, p. 27).

³⁶⁸ Idem, p. 22.

No âmbito desse relacionamento dinâmico com a Economia, o ordenamento jurídico assumiria então funcionalidades outras, além da mera proteção de direitos de propriedade e de regras de *enforcement* contratual. As autoras destacam pelo menos outras 3 (três) funcionalidades do Direito, além da protetiva, quais sejam funcionalidades (i) coordenativa; (ii) sinalizadora e a de (iii) garantia de credibilidade de estruturas de governança. A primeira delas garante a coordenação de participantes dos mercados (como produtores, consumidores e a sociedade de um modo geral) na tomada de decisões importantes para sua estruturação.³⁶⁹ A função sinalizadora, por sua vez, traduz-se na noção de que, ao estabelecer regras jurídicas, o Direito consegue indicar amplamente as prioridades do governo, as direções futuras da política econômica, a força de grupos de interesse preocupados com assuntos específicos e outras informações que podem ser úteis para os agentes de mercado.³⁷⁰ Já a última dessas funcionalidades reduz o custo total da governança e garante a sua efetividade, afastando, na medida do possível, as instabilidades políticas que assolam os mercados.³⁷¹

É a partir dessa moldura teórica que serão expostas as limitações da literatura sobre neutralidade de redes abordada na Parte I do presente artigo, que, como visto, estruturam proposições regulatórias da literatura especializada sem fazer qualquer ressalva sobre características específicas dos mercados.

É possível fazer um paralelo entre as abordagens teóricas examinadas na Parte I e os trabalhos desenvolvidos na perspectiva de AED e de *Law and Finance*, na medida em que, sem fazer qualquer ressalva às peculiaridades locais dos mercados, as publicações examinadas se baseiam na premissa de que normas jurídicas devem ser estabelecidas de modo a garantir primordialmente a maior eficiência alocativa possível. O diagnóstico aqui esboçado coincide com o de Alissa Cooper, que, ao analisar os principais trabalhos sobre neutralidade de redes conclui que:

Os primeiros trabalhos sobre neutralidade de redes foram elaborados por juristas (como Lessig, Speta, Wu e Yoo), na maioria das vezes baseados na tradição de *Law and Economics*. Embora o tópico desde

³⁶⁹ Em relação à função coordenativa do Direito, as autoras destacam que “além da proteção de direitos, os mercados também exigem coordenação de atividades. Os mercados são essencialmente feitos de relações, que, de alguma forma, podem ser administradas a fim de se garantir o seu adequado funcionamento. As leis ajudam a administrar essas relações de diversas maneiras. Por exemplo, elas alocam posições entre incumbentes, fixam os termos de acesso aos novos entrantes e determinam quais atores poderão responder às questões trazidas pelas transformações no mercado”. (tradução livre) (Idem, p. 32).

³⁷⁰ Idem, p. 34.

³⁷¹ Idem, p. 35.

então venha sendo abordado por várias perspectivas, a maioria da literatura especializada tem sido composta por abordagens jurídicas que analisam os aspectos econômicos do tema, avaliando as repercussões econômicas da discriminação de tráfego e propondo soluções regulatórias. O núcleo dessa literatura opera, na maioria das vezes de forma implícita, com os confins da tradicional teoria do interesse público da regulação econômica (tradução livre).³⁷²

É nesse sentido que se demonstra que as principais abordagens teóricas da neutralidade de redes desenvolvidas nos últimos 15 (quinze) anos se propõem a idealizar um modelo pretensamente neutro de intervenção regulatória, que busca, na definição de direitos privados (especialmente na definição de regras de neutralidade de rede), a concretização de soluções universalmente válidas.

Sob a ótica do marco teórico eleito, verifica-se que as proposições normativas detalhadas na Tabela 1 endereçam aspectos controvertidos da regulação de discriminação de tráfego a partir do aprofundamento quase que exclusivo da funcionalidade protetiva do Direito. Esse diagnóstico fica claro quando se percebe que as soluções propostas pela literatura especializada perpassam quase que exclusivamente pela definição da licitude de objetos negociais privados (mais precisamente dos acordos de priorização de tráfego).³⁷³ Em menor escala, é possível entender que tais proposições também buscam estabelecer critérios de credibilidade a estruturas de governança, avaliando qual será o melhor modelo de repartição de competências entre as autoridades regulatórias e concorrenciais para o controle dos atos de discriminação de tráfego.

A literatura especializada, no entanto, não fornece subsídios para o desenvolvimento das outras funcionalidades do direito na política de neutralidade de redes, em especial das funcionalidades coordenativa e sinalizadora destacadas por Curtis Milhaupt e Katharina Pistor. Essas funcionalidades, porém, afiguram-se fundamentais para que as relações sociais que se desenvolvem nos mercados sejam consideradas no processo de tomada de decisão das políticas regulatórias.³⁷⁴

³⁷² COOPER, *op. cit.*, p. 23.

³⁷³ É importante esclarecer que Milhaupt e Pistor não desconsideram a importância da funcionalidade protetiva do Direito, apenas entendem que tal funcionalidade têm sido sobrestimada pelos ordenamentos jurídicos vigentes nos países capitalistas. Como esclarecem as autoras: “é claro que o Direito desempenha um papel importante na proteção de direitos de propriedade nos sistemas capitalistas. Esses direitos devem ser protegidos contra abusos do poder político e de outros atores de mercado para fomentar a acumulação de riqueza e o investimento. [...] Mas o paradigma de proteção desses direitos exagera nesse ponto. [...] Nosso objetivo é identificar os atores e interesses que encontram proteção nos sistemas legais dos países que examinaremos e destacar o quanto a proteção de direitos é ofuscada em importância – no plano real e não apenas no teórico – por outras funcionalidades”. (tradução livre) (MILHAUPT e PISTOR, *op. cit.*, pp. 31 e 32).

³⁷⁴ *Idem*, p. 33.

A fim de se exemplificar como a funcionalidade coordenativa do Direito pode ser pensada em termos de compartilhamento das decisões sobre o controle de discriminação de tráfego, analisaremos, na próxima seção, o Marco Civil da Internet brasileira e o Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.

4. Parte III: As possibilidades de aprofundamento da funcionalidade coordenativa do Direito no Marco Civil da Internet

No ordenamento jurídico brasileiro, a perspectiva de compartilhamento da tomada de decisão dos agentes envolvidos na regulação da internet tem sido buscada como um dos objetivos da sua política de desenvolvimento. Nesse sentido, o art. 24, inciso II, do Marco Civil estabeleceu que:

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

I - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica;

A partir dessa formulação principiológica, tem-se fomentado, por meio de consultas públicas e de fóruns internacionais, a participação de usuários, prestadores de serviços de telecomunicações, prestadores de serviços OTT e outros agentes nos debates públicos sobre a definição de regras de neutralidade de redes.³⁷⁵

Visando concretizar o objetivo de garantir mecanismos de governança, o Decreto nº 8.771/16 buscou compartilhar a competência de apuração e fiscalização do cumprimento das exceções à regra de neutralidade entre a Agência Nacional de

³⁷⁵ No Brasil, por exemplo, a regulamentação da neutralidade de redes – definida no art. 9º, §1º, da Lei nº 12.965/14 foi objeto de debates em pelo menos 3 (três) Consultas Públicas realizadas entre o final do ano passado e o início deste ano. Essas consultas foram promovidas pelo Comitê Gestor de Internet (CGI.br) de dezembro de 2014 a fevereiro de 2015, pelo Ministério da Justiça de janeiro a abril de 2015 e pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) de março a maio de 2015. A consulta realizada pela Anatel tratou especificamente do tema da neutralidade de redes, enquanto que as demais abrangendo outros focos de discussão relacionados ao Marco Civil da Internet. Ao total foram colhidas 608 (seiscentos e oito) contribuições, sendo mais de 200 (duzentas) delas relativas à regulamentação de discriminação do tráfego. Os dados das consultas estão disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: <<http://marcocivil.cgi.br/contribuicoes/>>; < <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/debate-em-numeros/>> e <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp?Tipo=1&Opcao=finalizadas&PaginaAtual=1&Registros=10&cboAno=2015>>. (último acesso em 16/02/2016)

Telecomunicações (Anatel) e o Comitê Gestor de Internet (CGI.Br).³⁷⁶ Nos termos propostos, a este Comitê caberia o estabelecimento diretrizes a serem seguidas pela Anatel no controle dos requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações. Nesse sentido, destaca-se o art. 5º, incisos I a IV, e § 2º do Decreto:

Art. 5º Os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável de atividades de transmissão, de comutação ou de roteamento, no âmbito de sua respectiva rede, e têm como objetivo manter sua estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade.

§ 1º Os requisitos técnicos indispensáveis apontados no caput são aqueles decorrentes de:

I - tratamento de questões de segurança de redes, tais como restrição ao envio de mensagens em massa (*spam*) e controle de ataques de negação de serviço; e

II - tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência.

§ 2º A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel atuará na fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos elencados neste artigo, consideradas as diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet - CGI.Br.

Não está claro ainda em que medida as diretrizes do CGI.Br vincularão o poder normativo e sancionador do órgão regulador. De toda sorte, percebe-se no dispositivo transcrito uma tentativa de abertura para o controle compartilhado dos atos de discriminação de tráfego entre a autoridade regulatória e a entidade *multistakeholder*.

Embora ainda seja cedo para traçarmos conclusões sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet, os apontamentos feitos no presente trabalho, delineados numa dimensão exclusivamente teórica, afiguram-se oportunos para examinarmos as potencialidades da funcionalidade coordenativa no Direito na aplicação do Decreto nº 8.771/16.

5. Conclusão

³⁷⁶ O Comitê Gestor da Internet (CGI.Br) é a entidade *multistakeholder* de gestão da internet brasileira, criada pela Portaria Interministerial nº 147/1995 e que tem suas atribuições atualmente previstas no Decreto Presidencial nº 4.829/03. Uma das suas principais funções é estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil (art. 1º, inciso I, do Decreto Presidencial nº 4.829/03). O Comitê é integrado por representantes de órgão ministeriais e de autarquias, além de representantes do setor empresarial, do terceiro setor e da comunidade científica e tecnológica (art. 2º do Decreto Presidencial nº 4.829/03).

A licitude dos atos de discriminação de tráfego é matéria intensamente controvertida no debate regulatório. Os referenciais teóricos que guiam as discussões sobre o tema no Brasil – e em grande parte do mundo – estão quase sempre relacionados à literatura desenvolvida nos últimos 15 (quinze) anos nos Estados Unidos, como os trabalhos de Tim Wu, Christopher Yoo, Lawrence Lessig, Barbara Van Shewick, dentre outros. Se por um lado é nítida a utilidade prática da recepção dessas abordagens teóricas, por outro, essas importações não dispensam um tratamento crítico que evidencie suas limitações.

Reconhecendo a necessidade de se investigar de forma mais profunda os pressupostos da relação entre Direito e Economia identificados na literatura estrangeira sobre neutralidade de redes, o presente artigo objetivou demonstrar que essa literatura tem se proposto a idealizar um modelo pretensamente neutro e universal de intervenção regulatória, baseando-se primordialmente na definição de direitos contratuais privados.

Nesse sentido, ressaltou-se que os trabalhos examinados na Parte I deste artigo devotam-se quase que exclusivamente ao exame das repercussões econômicas de regras jurídicas de autorização ou vedação à discriminação de tráfego. Enquanto alguns autores compreendem que a definição *ex ante* de normas seria a melhor solução para conter os incentivos naturais à priorização de dados, outros ponderam que o controle antitruste *ex post* dos atos competitivos, com base na regra da razão, seria mais recomendável diante da inexistência de evidências empíricas de discriminação de tráfego.

A despeito das divergências travadas entre as produções acadêmicas exploradas, é possível reconhecer entre elas um traço comum: todas buscam emoldurar uma solução regulatória que seja universalmente útil para o atingimento da melhor eficiência alocativa possível no mercado de duas pontas. As receitas prescritas não fazem qualquer ressalva às características particulares de cada mercado. Ao contrário, buscam concretizar prescrições genéricas aptas a frutificar em qualquer cenário local.

Com o intuito de expor as limitações dessas abordagens, valemo-nos, na Parte II deste artigo, da Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito, desenvolvida na obra de Curtis Milhaupt e Katharina Pistor. Destacamos que a abordagem dessas autoras evidencia os equívocos reducionistas do trabalhos influenciados pelo movimento de *Law and Finance*, que, de certo modo, refletem os mesmos pressupostos da Análise Econômica do Direito (AED).

Aplicando a teoria concebida pelas autoras ao conjunto de produções acadêmicas analisado na Parte I, diagnosticamos que essas obras pressupõem, em última análise, uma relação materialmente estática entre Direito e Economia. Isso porque elas se preocupam, de forma quase que exclusiva, com a funcionalidade protetiva do fenômeno jurídico, isto é, com a capacidade do Direito de delimitar regras de propriedade e de licitude contratual que garantam melhor desempenho aos agentes econômicos.

Desincumbido do propósito de indicar soluções definitivas, o presente artigo buscou ressaltar como outras funcionalidades do Direito, como a funcionalidade coordenativa, pode ser desenvolvida na definição de regras brasileiras de discriminação de tráfego. Para tanto, examinamos em que medida o objetivo do Marco Civil da Internet de assegurar uma governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática está sendo buscado na sua regulamentação. Ressaltamos que a regra estabelecida no art. 5º, § 2º, do Decreto nº 8.771/16 pode se afigurar como uma dessas fontes de aprofundamento da funcionalidade coordenativa no compartilhamento de decisões sobre o controle de atos de discriminação de tráfego. No entanto, ainda não há elementos suficientes para diagnosticarmos os resultados da opção regulatória lançada.

6. Bibliografia

BECK, Thorsten; DEMIRGUC-KUNT, Asli; LEVINE, Ross. A New Database on Financial Development and Structure. *World Bank Policy Research Working Paper No. 2146*, p. 1–38, 1999.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 1–54, 1968.

_____.; CARLTON, Dennis W.; SIDER, Hal S. Net neutrality and consumer welfare. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 3, p. 497–519, 2010.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.

CASTRO, Marcus Faro de. Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, v. 1, n. 2, p. 23–51, 2011.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 1–44, 1960.

COOPER, Alissa. *How Regulation and Competition Influence Discrimination in Broadband Traffic Management : A Comparative Study of Net Neutrality in the United States and the United Kingdom*. University of Oxford, 2013.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 191–226, 1980.

ECONOMIDES, Nicholas. “Net Neutrality” Non-Discrimination and Digital Distribution of Content through the Internet. *Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 4, n. 2, p. 209–233, 2008.

ECONOMIDES, Nicholas; TÁG, Joacim. Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis. *Information Economics and Policy*, v. 24, n. 2, p. 91–104, 2012.

FAULHABER, Gerald R. Economics of Network Neutrality: a Review. *Communications –& Convergence Review*, v. 3, n. 1, p. 53–64, 2011.

HAZLETT, Thomas; WRIGHT, Joshua. The Law and Economics of Network Neutrality. *George Mason Law & Economics Research Paper no. 11-40*, v. 11, n. 11–36, p. 1–82, 2011.

LA PORTA, Rafael *et al.* Law and Finance. *The Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, p. 1113–1155, 1998.

LEMLEY, Mark A; LESSIG, Lawrence. The End of End-to-End : Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era The End of End-to-End : *UCLA Law Review*, v. 48, n. 20, p. 1–63, 2001.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around The World*. 1 Ed. Chicago e Londres: TheUniversity of Chicago Press, 2008.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUECHTERLEIN, Jeanne E. Antitrust Oversight of an Antitrust Dispute: An Institutional Perspective on the Net Neutrality Debate. *AEI Center for Regulatory and Market Studies Working Paper*, n. February, p. 8–7, 2008.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Little Brown and Co., 1973.

SCHEWICK, Barbara Van. *Internet Architecture and Innovation Barbara van*

Schewick. London: The MIT Press, 2010.

_____. Towards an economic framework for network neutrality regulation. *Journal on Telecommunications & High Technology Law & High Technology Law*, v. 5, p. 329–392, 2007.

SIDAK, J. Gregory. The Fallacy of Equal Treatment in Brazil's Bill of Right for Internet Users. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 2, p. 651–676, 2012.

THIERER, Adam. "Net Neutrality" Digital Discrimination or Regulatory Gamesmanship in Cyberspace? *Cato Policy Analysis Series*, v. 12, n. 507, p. 2–28, 2004.

WU, Tim. Network Neutrality , Broadband Discrimination. *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 2, n. 2001, p. 141–179, 2003.

_____; YOO, Christopher S. Keeping the Internet Neutral ? Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*, v. 59, n. 3, p. 575–592, 2007.

YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law & Technology Volume*, v. 19, n. 1, p. 1–77, 2005.

Defesa da concorrência na Nova Lei dos Portos

Oswaldo Agripino de Castro Junior³⁷⁷

RESUMO

O presente artigo objetiva contribuir para a efetividade da defesa da concorrência no setor portuário e está dividido em três seções. A primeira discorre sobre uma Teoria Geral da Defesa da Concorrência no setor portuário. A segunda seção trata da relação do papel do Cade para a defesa da concorrência no setor portuário e a terceira seção discorre sobre as possibilidades e limites da cooperação do Cade e da Antaq na defesa da concorrência. Por fim, são feitas considerações finais com sugestões para aperfeiçoar o modelo de defesa da concorrência no setor portuário.

Palavras-Chave: Defesa da Concorrência; Antaq; Portos públicos e privados.

ABSTRACT

This paper aims to contribute to the effectiveness of the antitrust law in the port sector. Split into three sections. The first section deals with a General Theory of Antitrust Law to the port sector. The second section is concerned to the role of Brazilian Antitrust Court (Cade) in the port sector and in the third and final section, a study is made about the possibilities and limits of Cade and Brazilian National Port Commission (Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq) to the effectiveness of the Antitrust Law. In the final considerations are proposed some suggestions to improve the model of the regulation antitrust in the port sector.

Keywords: Competition; Antaq; Public and private terminals.

Classificação JEL: L1; L4; L9.

³⁷⁷ Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, do Mestrado em Engenharia de Transportes da UFSC (Labtrans) e convidado do Mestrado e Doutorado em Direito Marítimo Internacional do IMLI, IMO, Malta. Advogado graduado pela UERJ, 1992 e sócio do *Agripino & Ferreira Advocacia e Consultoria*. *Visiting Scholar* na *Stanford Law School* (2000). Concluiu estudos de Pós-Doutorado sobre análise comparativa das agências reguladoras de transportes e portos dos EUA e Brasil na *Harvard University* (2007-2008), com bolsa da CAPES.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Teoria Geral da Defesa da Concorrência no Setor Portuário; 2.1. Defesa da Concorrência na Nova Lei dos Portos; 2.2. A relação do Cade com as agências setoriais; 3. O Cade e a defesa da concorrência no setor portuário; 4. Cade e Antaq: Possibilidades e limites da cooperação na defesa da concorrência; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Transporte aquaviário e, por sua vez, a atividade portuária, são considerados elementos estratégicos para o desenvolvimento das nações, especialmente porque pelos portos transitam cerca de 80 % do comércio global por volume e 70 % por valor, percentual que é, ainda, maior nos países em desenvolvimento.³⁷⁸ No Brasil, 95% do comércio exterior é feito pela via marítima, portanto, passa pelos portos.

Considerado serviço essencial para a economia internacional, esse tipo de atividade requer competitividade,³⁷⁹ o que demanda que o ambiente institucional regule com eficácia o mercado e, dessa forma, garanta o interesse público no setor regulado.

O ambiente institucional, portanto, é fator determinante para o desenvolvimento dos países e, especialmente, por meio da regulação estatal setorial independente, contribui para reduzir a captura da agência reguladora e evitar falhas de mercado e de governo.

Sobre o tema, é pertinente o ensinamento de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Todavia, com o passar dos anos foram surgindo estudos críticos da regulação, basicamente sustentando que, apesar das boas intenções dos reguladores, esses terminavam sendo capturados pelos anseios do poder econômico, e, assim, promoviam a regulação de interesse da indústria, ao invés de discipliná-la. Ou seja, se havia falhas de mercado, também existiam falhas de governo.³⁸⁰

Assim, a regulação setorial tem exercido papel relevante para a defesa da concorrência. Essa regulação é definida como forma de intervenção do Estado no domínio econômico que objetiva o interesse público no mercado regulado.

³⁷⁸ PANITCHPAKI, Supachai. Foreword. In: *Review of Maritime Transport 2012. Report by Unctad Secretariat*. Geneve, New York: UNCTAD, 2012, p. 70.

³⁷⁹ Acerca da qualidade da regulação como fator de competitividade, inclusive com a análise da existência de alternativas no âmbito da União Europeia: MALARET GARCIA, Elisenda. Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea del Estado contemporáneo: La regulación económica. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez.2008, p. 116-127.

³⁸⁰ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 64-65.

Tal atuação ocorre por meio de funções normativas, fiscalizatórias, sancionatórias, adjudicativas (solução de conflitos), dialógicas e redistributivas (por meio do subsídio cruzado, por exemplo) dentre elas a regulamentação, é um conceito que expressa o poder normativo do Estado,³⁸¹ exercida pela agência reguladora do setor.

Nesse quadro, o tema desse artigo (defesa da concorrência) é relevante para regular as operações entre terminais públicos (dentro do porto organizado) e privados (foro do porto organizado), especialmente pelos incentivos dados pelo marco regulatório para o aumento da participação dos TUP's em relação aos terminais localizados nos portos organizados.

2. Teoria Geral da Defesa da Concorrência no Setor Portuário

O Relatório Final do estudo sobre concorrência no setor portuário, encomendado pela Antaq à Universidade de Brasília, é cristalino sobre a existência de situação de monopólio em várias hinterlândias, da seguinte forma:

Algumas das conclusões extraídas da análise das tabelas acima são as seguintes: (i) Para contêineres, os mercados menos concorridos são os de Salvador, Paranaguá, Rio Grande, São Luiz e Vitória. Para essas cinco hinterlândias, os índices IHH³⁸² resultaram maiores do que 0,90 para todos os anos analisados. Na hinterlândia de Paranaguá, as movimentações de contêineres estão concentradas no TCP. Para a hinterlândia de Salvador, a concentração é no TECON. Para São Luiz, a concentração é no cais público. Para a hinterlândia de Vitória, as movimentações estão concentradas no TVV, enquanto para a hinterlândia de Rio Grande, as movimentações estão concentradas no TECON. A hinterlândia com menores indicadores de concentração é a hinterlândia de Santos/Paranaguá/Manaus, justamente por ser atendida por terminais de três estados diferentes.³⁸³

³⁸¹ No caso norte-americano, esse poder normativo da regulação é realizado pela *Federal Maritime Commission* (FMC) e no Brasil, pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq. Sobre o tema, por meio da análise comparativa de vinte e dois elementos determinantes da regulação de transportes aquaviários e portos nos dois países, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil*. Florianópolis: Conceito, 2009, 409 p.

³⁸² Índice de concentração de Herfindahl-Hirschman. O IHH = 1,0 significa que o único porto movimenta 100% da carga, ou seja, é monopólio. Liu, Gan e Chen (2012) apresentam alguns limites para caracterizar concentração na operação de contêineres. Para IHH acima de 0,1, há indicativos de concentração; para IHH acima de 0,18, há indicativos de alta concentração na operação de movimentação de contêineres. A Divisão de Antitruste do Departamento de Justiça americano considera que IHH entre 0,15 e 0,25 são indicadores de concentração moderada e IHH acima de 0,25 traz indicações de um mercado altamente concentrado (vide *U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission*, 2010). Para valores do IHH menores do que 0,15, há indicações de um mercado não concentrado.

³⁸³ CERME. Centro de Excelência em regulação de mercados. Unb. *Avaliação da concorrência na prestação de serviços portuários. Relatório final*, Tabela 4. Brasília, Unb, 2013, p. 48.

Mesmo assim, com vários terminais que operam com cerca de 100 % do mercado relevante, como Tecon Rio Grande e Tecon Salvador, o citado relatório, do qual diverge-se nesse ponto, paradoxalmente, sustenta a desnecessidade de regulação econômica pela Antaq, da seguinte forma:

Não é recomendável que sejam introduzidos mecanismos de regulação econômica no setor portuário, em particular de controles de preços. Como ficou claro na análise de lucros residuais, a maioria dos terminais portuários brasileiros não tem obtido lucros residuais positivos, o que é evidência de ausência de poder de mercado significativo.³⁸⁴ Em casos assim, a regulação de preços não é recomendável.³⁸⁵

Nesse ambiente, portos públicos localizados nos portos organizados, submetem-se a um processo licitatório e a um maior controle do órgão regulador, especialmente porque cobram tarifa do usuário, a ser homologada pela Antaq. No caso de arrendatários, estes pagam tarifa à autoridade portuária e devem prestar serviços a todos que demandem os seus serviços, sem discriminação, além de obrigatoriamente contratar os serviços de trabalho portuário, via órgão-gestor-de-mão-de-obra (OGMO), com maiores custos, e não via CLT, como podem os terminais privados.

Assim, terminais privados, localizados fora do porto organizado, que prestam serviço portuário por meio de outorga de autorização, portanto, preço privado,³⁸⁶ e operam com menos encargos do que os portos públicos, seja no regime de trabalho dos colaboradores, seja na inexistência de pagamento de tarifa à autoridade portuária e homologação dos preços privados cobrados aos usuários.

Tal cenário possibilita um ambiente com externalidades negativas entre usuários e terminais públicos localizados nos portos organizados, porque prestam serviço público. O mesmo se dá entre terminais públicos localizados no porto organizados e terminais privados. Esse ambiente aumenta os custos de transação e a insegurança jurídica.

Ademais, a inexistência de uma política e de uma resolução da Antaq que identifique critérios e a crie metodologias adequados para a defesa da concorrência, bem como sanções para infrações da ordem econômica no setor portuário e de transporte

³⁸⁴ Questiona-se, assim, a metodologia usada porque a premissa do lucro residual presumido, vez que efetuada com base em demonstrações financeiras não padronizadas e informações prestadas pelos próprios terminais pesquisados. Com tal premissa a conclusão acima é fragilizada. Além disso, não houve análise da percepção dos usuários dos terminais pesquisados, o que aumenta ainda mais a evidência de captura epidérmica da política de defesa da concorrência da Antaq, com base no citado relatório.

³⁸⁵ CERME. Centro de Excelência em regulação de mercados. Unb. *Avaliação da concorrência na prestação de serviços portuários. Relatório final*, p. 131.

³⁸⁶ Operação que, por sua vez, demanda maior eficácia da regulação dos preços pela Antaq.

aquaviário (porque a operação é em rede e verticalizada),³⁸⁷ faz com que usuários, terminais públicos e privados atuem em ambiente assimétrico.

Assim, é preciso critérios e metodologia para identificar se há concorrência desleal, por exemplo, quando um terminal (público ou privado) compete com terminal que possui armadores como sócios (verticalização). Dentre outros casos, cita-se o Terminal Portuário Santa Catarina (TESC), operador portuário localizado no porto organizado de São Francisco do Sul, que movimentou 178.419 TEUS, em 2010, e 7.174 TEUS (de janeiro a setembro de 2016).³⁸⁸

A maioria desses contêineres migrou para os TUP's (i) Porto Itapoá, em Itapoá, com maior produtividade e especialização em contêiner do que o TESC, e tem como acionista o armador alemão Hamburg Sud (acionista da Aliança Navegação) e (i) Portonave, em Navegantes. Nesse caso, um terminal (arrendatário ou privado), possui maior previsibilidade de rotas e poder de barganha para atrair os navios do seu grupo econômico para os seus berços e armazéns.

A análise dos IHH's de diversos terminais no Relatório do CERME mostra a necessidade de uma política eficaz de defesa da concorrência, embora tal norma tenha sido recomendada à Antaq e ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) pela SEAE (Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico) em 2009, conforme adiante será tratado, até hoje inexistente tal política pela Antaq.

Não obstante, cabe mencionar que tópico foi incluído em Temas Gerais, como *aperfeiçoamento das análises concorrenciais dos mercados regulados*, na Agenda Regulatória da Antaq para o biênio 2016-2017.³⁸⁹

Assim, nesse ambiente de ineficácia do marco regulatório da defesa da concorrência no setor portuário, com repercussão no transporte marítimo, o objetivo desse artigo, em breves notas, é discorrer sobre a defesa da concorrência no setor portuário.

Acredita-se que, dessa maneira, o Estado possa reprimir, prevenir e punir o abuso do poder econômico nesse relevante setor da economia e,³⁹⁰ assim, possibilitar um

³⁸⁷ Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito Portuário e a Nova Regulação*. Prefácio Egon Bockmann Moreira. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

³⁸⁸ Administração Portuária do Porto de São Francisco do Sul. Tabela Movimentação de contêineres 2010 a 2016.

³⁸⁹ BRASIL. Antaq. Resolução n. 4.502, de 3 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 07 nov. 2016.

³⁹⁰ DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 285.

ambiente logístico mais equilibrado entre os prestadores de serviços e com modicidade nas tarifas e nos preços dos serviços portuários.

A implantação de uma política de defesa da concorrência nos setores regulados pela Antaq (portos e transporte aquaviário) protegerá, não somente os usuários das infrações da ordem econômica, mas também terminais privados, arrendatários, rebocadores portuários e empresas brasileiras de navegação, diante das empresas estrangeiras que operam fora da regulação da Antaq, tema de outro artigo.

No Brasil, essa regulação, dita moderna, vem sendo efetuada, a partir de 1996, com a criação da Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica), que regula o setor de energia elétrica, por meio das agências reguladoras setoriais, que devem ter independência e autonomia financeira para fazerem a regulação econômica do setor. No setor portuário, a regulação setorial teve início com a edição da Lei nº. 10.233/2001, que criou a Antaq, também competente para regular o transporte aquaviário.

Ademais, dada a relevância do setor para a economia, a efetividade da (i) defesa da concorrência no setor portuário é condição necessária, mas não suficiente, para o desenvolvimento econômico de qualquer nação. Aliados a tal princípio, destacam-se a defesa do (ii) usuário e dos (iii) contratos (segurança jurídica), considerados relevantes para a efetividade da ordem econômica constitucional brasileira.

No caso do setor portuário brasileiro, onde convivem arrendatários e concessionários (portos organizados), de um lado, e autorizatários (terminais privados), de outro lado, assume relevância a discussão sobre a redefinição/fixação das poligonais dos portos organizados.

Isso se dá com o aumento da participação dos terminais privados, especialmente os terminais de uso privado (TUP's) no conjunto de movimentação portuária no Brasil, com o fim da exigência de carga própria para outorga de autorização destes terminais decorrente da revogação do Decreto nº. 6.620/2008 (que exigiu a preponderância da movimentação de carga própria em relação à carga de terceiros, para os terminais privados) pelo Decreto nº. 8.033/2014.

O setor portuário, pela diversidade de atores e relações jurídicas que nele operam, é considerado uma indústria de rede, portanto, um ambiente propício a condutas oportunistas e preços abusivos. Nesse cenário, é relevante a regulação setorial, bem como uma política de cooperação com a agência antitruste - Cade.

Por tais motivos a Antaq é competente para julgar atos de infração à ordem econômica, tal como dispõe o art. § 2º, do art. 78 da Lei nº 10.233/2001.³⁹¹ Além disso, ao implementar as concessões deve observar o princípio da livre concorrência, nos termos do art. 28, inciso II, da citada norma, qual seja:

Art. 28. A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que: (...) II – os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I, definindo claramente: (...)

2.1. Defesa da Concorrência na Nova Lei dos Portos

Na Nova Lei dos Portos - nº. 12.815/2013 - o estímulo à concorrência é uma das diretrizes, conforme o art. 3º, inciso V, qual seja:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes: (...)V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

A defesa da concorrência no âmbito do transporte aquaviário e da atividade portuária tem na Constituição Federal, art. 170, inciso V, art. 173, § 4º,³⁹² na Lei nº 12.529/2011 e na Lei nº 10.233/2001, vários dispositivos que tratam da promoção da competitividade e de combate à estrutura de mercado em que não se verifica uma concorrência perfeita, ou seja, em que existe pelo menos uma empresa ou consumido com poder suficiente para influenciar o preço de mercado e a quantidade transacionada.

Como exemplos de concorrência imperfeita há os oligopólios e a concorrência monopolística. Uma situação de concorrência imperfeita pode ocorrer quando existe poder de influência dos preços de um prestador de serviços ou de um número reduzido de consumidores.

³⁹¹ Art. 78-F. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção e não deve ser superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). § 2º A imposição, ao prestador de serviço de transporte, de multa decorrente de infração à ordem econômica observará os limites previstos na legislação específica.

³⁹² Vale ressaltar que a Constituição Federal deixou de ser um documento de orientação política para os governantes, e vem se tornando, cada vez mais, um conjunto de normas jurídicas, a partir do qual o administrador público deve nortear a sua atividade, vez que vinculante para as suas atividades, em face da força normativa da Constituição.

Dentre as características deste tipo de estruturas de mercado podem ser citadas: (i) existência de produtos a diferenciá-los dos concorrentes e criar pequenos nichos de mercado e (ii) existência de preços distintos para cada um dos produtos. A regulação dessas condutas e o registro e acompanhamentos dos serviços e preços portuários pela Antaq são relevantes para evitar excessos por quem tem poder para influenciar os preços.

Assim, no que tange à promoção da competição, conforme dispositivos da Lei de criação da Antaq, devem ser mencionados o art. 5º, inciso III;³⁹³ e o art. 11, inciso XI.³⁹⁴

O fomento à competição entre os operadores está previsto no art. 27, inciso IV,³⁹⁵ da Lei nº 10.233/2001. Por sua vez, no que concerne à repressão de fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica são mencionados nos seguintes dispositivos: art. 12, inciso VII;³⁹⁶ e art. 20, inciso II.³⁹⁷

³⁹³ Art. 5º. Fica criado o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, vinculado à Presidência da República, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens, em conformidade com: III – a promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes, e da descentralização, para melhoria da qualidade dos serviços prestados;

³⁹⁴ Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais: (...) XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional;

³⁹⁵ Art. 27 - Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: (...) IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

³⁹⁶ Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: (...) VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica

³⁹⁷ Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: (...) II, (...) b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Os princípios da livre concorrência, da liberdade de preços³⁹⁸ e repressão à toda prática prejudicial à competição estão dispostos, respectivamente, nos artigos 28, inciso II;³⁹⁹ art. 43, inciso II,⁴⁰⁰ e art. 45.⁴⁰¹

Ressalte-se que a competição nos transportes aquaviários e na atividade portuária também colabora para a melhoria da competitividade dos produtos brasileiros,⁴⁰² tendo em vista o forte impacto dos custos desses serviços na formação dos preços do produto importado ou exportado.

Com o propósito de corrigir as falhas apontadas, podem ser propostas regras de regulação compatíveis com o mercado e a legislação, bem como a Antaq pode realizar ações de promoção de defesa da concorrência, com base na sua competência acima fundamentada, por meio de parcerias com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que faz parte do Ministério da Justiça.

Nesse contexto, poder-se-ia analisar o desempenho da gestão portuária, por meio da avaliação das estruturas gerenciais e definição do modelo de gestão, diagnosticar a situação financeira econômica dos portos, analisar o impacto da verticalização (armador sócio de terminal portuário), a concorrência intra e inter-portos, e elaborar metodologia para apuração de reajustes e revisão de tarifas.

³⁹⁸ Ao contrário da conclusão do relatório da pesquisa do CERME, defende-se o registro e acompanhamento de preços e tarifas pela Antaq, tal como preceitua o marco regulatório que determina a fiscalização e a supervisão dos serviços regulados. Essa política, com alguns ajustes, vem sendo efetuada pela Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, por exemplo, no transporte aéreo internacional de passageiros e de carga, e inibe condutas oportunistas pelos prestadores de serviços (terminais) que possibilitam preços que violam a modicidade. Tratando-se de indústria de rede, o setor portuário é ambiente propício para tal prática. Deve-se, contudo, mencionar, que a prática proposta é diversa de uma política regulatória (regulação econômica) por meio de tabelamento de preços e tarifas.

³⁹⁹ Art. 28. A Antt e a Antaq, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que:(...) II – os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I, definindo claramente: a) (vetado); b) limites máximos tarifários e as condições de reajustamento e revisão; c) pagamento pelo valor das outorgas e participações governamentais, quando for o caso; d) prazos contratuais.

⁴⁰⁰ Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: (...) II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

⁴⁰¹ Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

⁴⁰² Acerca do tema, por meio de crítica a partir de pesquisa empírica: WANKE, Peter. A qualidade da infraestrutura logística na percepção dos grandes exportadores brasileiros. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (coord.) Prefácio Nelson Carlini. Direito, Regulação e Logística. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 249-261.

Segundo Motta:

(...) ainda não existe no âmbito da atividade de transporte aquaviário de mercadorias qualquer precedente de processo administrativo que envolva infração à ordem econômica. Embora a Antaq entenda ser competente, concorrentemente, ao Cade, para julgar as infrações à ordem econômica, o que se pode constatar do estudo de seus processos administrativos que envolvem a exploração de instalações portuárias é que, ao apurar indícios de infração à ordem econômica, a Antaq, prudentemente, diga-se, tem se absterido em prever e aplicar qualquer penalidade.⁴⁰³

Menciona-se a inexistência de convênio de cooperação entre a Antaq e o Cade para as hipóteses de julgamento de infração à ordem econômica, a fim de que, ao evitar sobreposição de competências e *bis in idem* (repetição – *bis* – de uma sanção pelo mesmo fato – *in idem*), a agência possa agir em consonância com o Cade. Por exemplo, a existência de uma norma com critérios e metodologia para identificar infrações à ordem econômica no aumento de preços de serviços portuários, com índices bem superiores ao IGP-M acumulado no período, por terminal que possui posição dominante.⁴⁰⁴

Isso ocorre em processo julgado na Antaq⁴⁰⁵ no qual se formulou convite ao relator de processo em andamento no Cade (de objeto conexo àquele em julgamento na Antaq) para que assistisse à sessão de julgamento na Antaq.⁴⁰⁶

Ademais, em setores competitivos como o de transportes aquaviários e atividade portuária deve-se ter cautela com as externalidades negativas. Dessa maneira, a articulação entre concorrência e mercados regulados tem que ser gerenciada com cuidado, motivação, transparência e definição precisa das responsabilidades de cada agente.

A livre concorrência, de um lado, obriga todo órgão estatal, especialmente as agências reguladoras setoriais de mercados que operam em indústria de rede, como o

⁴⁰³ MOTTA, Andréa Limani Boisson. *A Regulação do Transporte Aquaviário de Mercadorias*. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2006, p. 145.

⁴⁰⁴ Essa situação foi identificada em oito serviços prestados pelo terminal privado – TUP – Portonave S/A que, em quarenta e oito meses, de 1.1.2010 a 1.1.2014, aumentos tais preços entre 200 e 445,45%, enquanto o IGP-M acumulado foi de 33%. Um dos serviços, inspeção (desunitização + unitização) para mudança, aumento de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais) para R\$ 6.000,00 (seis mil reais) no período. Embora tenha havido denúncia contra a Portonave S.A e outros terminais e a ABTP, o Superintendente-Geral do CADE decidiu pelo arquivamento da referida denúncia pelo “não cabimento da intervenção desse Conselho quanto à matéria de abuso de preços, por considerar que o preço abusivo não se constituiria um ilícito *per se*”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório n. 08700.007937/2014-34. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁴⁰⁵ BRASIL. Antaq. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processo Administrativo n. 50.300.000159/02. Rel. Diretor José Guimarães Barreiros. j. 17.02.2005. Disponível em:<www.antaq.gov.br>. Acesso em: 14 dez. 2007.

⁴⁰⁶ MOTTA, Andréa Limani Boisson. *A Regulação do Transporte Aquaviário de Mercadorias*, p. 146.

portuário e o de transporte marítimo, ambos sob regulação da Antaq, a editar e fiscalizar normas de defesa da concorrência e buscar a sua efetividade.

Assim, é dever da Antaq, e não mera faculdade, zelar pela defesa da concorrência, responsabilidade que aumenta quando há maior dificuldade de implementar a concorrência em ambiente de indústria de rede. Agir de forma contrária, por omissão ou comissão ineficaz, é violar a Constituição Federal.

Deve-se lembrar que a criação de uma agência reguladora decorre da:

(...) existência de falhas que devem ser corrigidas de modo a corrigir disfunções institucionais em certos mercados. Não é à toa, portanto, que um dos lócus favorecidos para a criação de entes reguladores diz respeito, precisamente, às hipóteses em que há a privatização de empresas estatais monopolistas, havendo a substituição destas por agentes vinculados à iniciativa privada.⁴⁰⁷

A sobreposição de competências (p.ex. Antaq e Cade) bem como a omissão do órgão competente gera danos ao mercado. Por sua vez, evitar o atrito entre os regulados e consumidores, bem como entre terminais públicos e privados, é um desafio das políticas do setor e do marco regulatório e da Autoridade Antitruste.

2.2. A relação do Cade com as agências setoriais

A relação do Cade, responsável pela interpretação e aplicação da Lei Antitruste, é relevante. Assim, objetiva-se contribuir para o desenvolvimento da atividade portuária, através dos principais aspectos que envolvem a regulação econômica do setor, como os princípios da defesa da concorrência, da segurança jurídica (para investidores e usuários), e defesa dos usuários.

Acrescente-se, contudo, que a efetividade de tais princípios é condição necessária, mas não suficiente para o aumento da competitividade do setor. Ademais, esse aumento é uma das principais justificativas da reforma portuária iniciada com a edição da MP n.º 595/2012, que culminou com a edição da Lei n.º 12.815/2013 e do Decreto n.º 8.033/2013, consideradas as principais normas do novo marco regulatório do setor.

⁴⁰⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos Portuários – Licitações, Proteção à Concorrência e o Direito dos Arrendatários. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus Regimes Jurídicos - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 213.

Dessa forma, é relevante tratar da defesa da concorrência e das competências do Cade e da Antaq. Isso será feito através do estudo dos principais aspectos jurídicos, conceitos e possibilidades da efetividade da regulação econômica no setor mencionado.

A partir do final de década de 80, com o início do processo de abertura da economia e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, o Direito da Concorrência, gradativamente adquire maior efetividade. Do controle da economia popular passa-se a uma intensificação da tutela concorrencial.

De acordo com Pereira da Silva:

Marca desta mudança foi a edição da Lei n.º 8.158/91, que, em certa medida, simbolizou o nascimento (ou renascimento) da defesa da concorrência. Esta nova etapa, que antecedeu à promulgação da Lei n.º 8.884/94, foi marcada, entretanto, por um certo hibridismo, já que não representou o total abandono das práticas ortodoxas de intervenção nos mercados.⁴⁰⁸

Diante desse cenário e com a criação das agências reguladoras setoriais, a partir da década de 90, as mesmas encontram-se muito mais próximas dos setores que por elas regulados, vez que se inserem num sistema específico de regras, com uma linguagem e *expertise* próprias.

Isso se dá porque as agências possuem mais condições técnicas para identificar as condutas anticoncorrenciais no setor definido no marco da lei de criação de cada uma das agências.

Mas mesmo assim, verifica-se:

(...) uma nítida tensão que se traduz na dicotomia 'centralização x descentralização' do direito da concorrência, ou seja, de um lado, a tendência da setorização do direito antitruste e, de outro, a necessidade de que haja unidade na política concorrencial. Em termos práticos, o que está em jogo é a interpretação cabal da Lei n.º 8.884/94 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos do mercado.⁴⁰⁹

Não obstante o debate sobre a competência de controle da concorrência, o princípio da livre concorrência deve ser a regra, de modo que as restrições regulatórias, seja pelo Cade ou pela Antaq, deve ser a exceção.

Acerca da relação entre o Cade e a regulação setorial, cabe a lição de Caio Mario da Silva Pereira Neto e José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho:

⁴⁰⁸ PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos. In: *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/jun., 2005, p. 12

⁴⁰⁹ PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos, p. 14.

Quando a abertura de espaços concorrenciais em setores regulados não foi determinada expressamente pelo legislador, o CADE vem identificando limitações à aplicação do direito antitruste de modo análogo às regras prudenciais norte-americanas denominadas *State Action Doctrine* e *Pervasive Power Doctrine* (com alguns requisitos peculiares impostos em decorrência da própria evolução jurisprudencial do CADE). Diante de uma dessas duas limitações, ao entender que a regulação não abriu espaço para a concorrência no setor regulado, o CADE tem atuado de forma cautelosa: efetivamente apreciando a compatibilidade da política regulatória frente ao direito antitruste, mas como resultado, requerendo ou solicitando às autoridades providências para o cumprimento da lei concorrencial.⁴¹⁰

Concorda-se com tal diagnóstico em relação à atuação do Cade e Antaq no setor portuário, contudo, a verticalização da cadeia e os incentivos para a difusão de TUP's demandam maior urgência da Antaq para a criação e cumprimento de uma política de defesa da concorrência.

3. O Cade e a defesa da concorrência no setor portuário

No que tange à forma de censura,⁴¹¹ pelo Cade, dos atos regulatórios contrários à concorrência envolve, num primeiro momento, a questão da aplicabilidade da Lei n. n.º 8.884/94 (revogada pela Lei n.º 12.529/2011) às autoridades.

Tal aplicação deve ser a mais ampla possível, especialmente porque inexistente discriminação entre empresas da administração pública e empresas da iniciativa privada e, os princípios da ordem econômica do art. 170 da Lei Maior, são aplicados a todos os setores da economia, inclusive cartéis.

Aliás, os artigos 2º e 31, da Lei n.º 12.529/2011,⁴¹² determinam o âmbito de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Além disso, com base na citada lei, a atuação

⁴¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. In: *Revista Direito GV*, vol. 12, n.1, jan.abr. 2016, p. 42.

⁴¹¹ A análise da jurisprudência do Cade mostra que é possível que atos contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho, bem como "*expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do Cade identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão*". SALGADO, Lúcia Helena. *Voto na Averiguação preliminar contra o Departamento de Aviação Civil – DAC Apud PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos*, p. 25.

⁴¹² Quais sejam: "Art. 2º *Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. § 1º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. § 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório*

do Cade em relação à concorrência setorial, deve ser a mais ampla possível e, embora admissível e saudável que as agências reguladoras setoriais instrumentalizem poderes normativos relacionados à sua competência setorial no âmbito da concorrência, esse poder não pode ser feito ao arrepio da citada Lei e do entendimento do Cade.

Ressalte-se que o Cade tem procurado preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente não reguladas pelas agências, ou mesmo, substituído normas omissas ou contraditórias que trazem riscos à ordem concorrencial. Nesse sentido, tem sido a jurisprudência do Cade, que tem admitido a competência residual em matéria de regulação.⁴¹³

Nesse cenário, a busca de uma relação dialógica e cooperativa entre a agência setorial, *in casu*, e o Cade, deve ser a melhor forma para dar efetividade à Lei n.º 12.529/2011 no âmbito setorial. Essa articulação pacífica é fundamental, especialmente porque a Lei dos Portos (n.º 12.815/2013), bem como a Lei de Ordenação do Transporte Aquaviário (Lei n.º 9.482/97), são leis específicas.

Dessa forma, no Novo Marco Regulatório, o CAP perdeu a competência, ainda que complementar, para zelar pela defesa da concorrência no âmbito do porto organizado, tal como determinava o art. 30, inciso VI,⁴¹⁴ da Lei n.º 8.630/93, revogada pela Lei n.º 12.815/2013.

Isso se dava em detrimento da competência genérica do Cade,⁴¹⁵ que não suprimia a competência do Cade para aplicar a Lei de Defesa da Concorrência em seus aspectos preventivo e repressivo, ou, ainda, "*de derogar a incidência da norma concorrencial sobre as atividades que se desenvolvem no interior dos portos organizados.*"⁴¹⁶ Mesmo assim, o Cade tinha que ser comunicado pela Antaq, nos termos do art. 31 da Lei n.º 10.233/2001 adiante transcrito.

instalado no Brasil.(...) Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

⁴¹³ PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos, p. 27.

⁴¹⁴ Art. 30. Será instituído, em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão, um Conselho de Autoridade Portuária. § 1º Compete ao Conselho de Autoridade Portuária: (...) VI - zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência;

⁴¹⁵ Com a mesma posição sobre a competência do Conselho da Autoridade Portuária, ao analisar a taxa de segregação no Porto de Santos: BILLIERI, Mário Dittrich. A Taxa de Segregação no Porto de Santos e o Conflito de Competência entre Autoridades Administrativas. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (coords.) *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 387-416.

⁴¹⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*, p. 205.

Ademais, nos termos do art. 9º da Lei n.º 12.529/2011 e seus §§ 1º a 3º, as "(...) *agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência (...)*", o que mostra que a competência do Cade é originária quando se trata de defesa da concorrência.

Nesse cenário, a análise da jurisprudência do Cade é pacífica sobre os agentes dos setores regulados devem observar, ao mesmo tempo, as normas da agência reguladora setorial, bem como o direito concorrencial, nos contratos públicos e privados.

Essa é a síntese da conclusão de manifestação da Procuradoria do Cade emitido em parecer para analisar a competência do Cade frente à Antaq, ao indicar que um ato pode ser válido do ponto de vista das normas regulatórias, mas não em relação às normas de defesa da concorrência.⁴¹⁷

Dessa forma, explícito é o poder do Cade como última instância na interpretação e aplicação da Lei n.º 12.529/2011, havendo, portanto, relação de complementaridade e cooperação entre tais entidades.

Ademais, deve-se ressaltar que, seja, na Constituição Federal, seja na Lei do Cade, nenhum setor, regulado ou não por agência reguladora setorial, é excepcionado da competência do Cade na defesa da concorrência.

Por tal motivo, o legislador inseriu na Lei de criação da Antaq, n.º 10.233/2001, os artigos 31 e 45,⁴¹⁸ que incidem sobre os preços dos terminais autorizatários (TUP's) e do transporte aquaviário.

Na mesma linha é a posição do Cade em decisão proferida em 2005, qual seja:

É evidente que a atividade judicante do Cade - que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173§ 4º da CR/88) - não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao Cade não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados do poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o Cade um 'revisor' de políticas públicas (...). Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste

⁴¹⁷Manifestação da Procuradoria do Cade a respeito da Nota AGU/MS 02/2006.

⁴¹⁸ Art.31. *A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso. (...) Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.*

investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei n. 8.884/94,⁴¹⁹ de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante, para o aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual contrato prevêem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência.⁴²⁰

Por tais motivos, segundo André Marques Gilberto e Álvaro Adelino Marques Bayeux:

Como visto acima, somente nos casos em que exista imunidade conferida constitucionalmente é que o Cade não teria competência para atuar em questões relacionadas a um setor regulado. Com base na análise regulatória realizada na seção anterior deste artigo, viu-se que essa não é uma hipótese que possa ser aplicada ao setor portuário. A atuação dos diversos sujeitos de direito que atuam nesse mercado está sujeita ao crivo do Cade em questões que digam respeito à matéria concorrencial, o que faz com que mesmo um ato eventualmente válido pelo prisma regulatório pode ainda violar as normas que integram o direito da concorrência. Essa conclusão é reforçada pela própria Lei n.º 10.233/2001, que criou a Antaq e estabelece em seu artigo 31 a necessidade de a agência comunicar às autoridades concorrenciais fatos que possam configurar infração à ordem econômica. Isso sinaliza que o legislador optou por não reduzir a esfera de competência do Cade no setor. Trata-se de atividade econômica plenamente sujeita às leis de defesa da concorrência.⁴²¹

Vale, portanto, destacar que não cabe ao Cade revisar ou substituir a decisão do regulador que atua no gozo das suas competências. Isso se dá, mesmo que, na visão do Cade, a regulação seja mal elaborada e, por isso, propicie a criação de cenários anticoncorrenciais.

Dessa forma, compete ao Cade, em última análise, decidir se houve "*omissão regulatória*" ou "*falha*" da regulação, que permita o exercício de competências residuais pela autoridade concorrencial, com a ressalva da revisão judicial dos atos administrativos conforme permite o direito brasileiro, no caso de abusos.⁴²²

Fica claro, dessa forma, a relação de complementaridade e cooperação que deve existir entre as competências da Antaq e do Cade na interpretação do marco regulatório da defesa da concorrência no setor portuário, à luz da Lei n.º 12.529/2011, cabendo,

⁴¹⁹ Revogada pela Lei n.º 12.529/2011.

⁴²⁰ Processo administrativo n.º 8012.007743-99-17.

⁴²¹ GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz. (org.) *Direito Marítimo e Portuário: Novas Questões*. GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 458-459.

⁴²² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*, p. 165.

sempre à Antaq, o dever de comunicar ao Cade fato que possa configurar infração da ordem econômica, nos termos do art. 31 da Lei n.º 10.233/2001 acima transcrito.

Na mesma linha é o entendimento de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Como regra geral, no Brasil, a relação entre as competências das autoridades reguladoras e concorrenciais é de complementaridade, ou seja, nem se sobrepõem, nem se excluem. Sendo assim, o fato de uma atividade ser considerada serviço público ou ser objeto de regulação setorial mais rígida não afasta,⁴²³ em princípio, a competência julgadora do Cade. De fato, a atual lei de defesa da concorrência (Lei n.º 12.529/2011) não prevê mercados que sejam a ela imunes. Ao contrário, a ampla redação do art. 31⁴²⁴ determina a sua aplicação às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, às de direito público e, inclusive, às que exercem atividades sob monopólios legal.⁴²⁵

A Lei n.º 12.529/2011, de 1º de novembro de 2011, unificou os três antigos órgãos responsáveis pela análise de fusões e investigação de cartéis instalados no Ministério da Justiça e no Ministério da Fazenda — Secretaria de Defesa Econômica e Cade, do Ministério da Justiça, e Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, bem como trouxe para antes das fusões a necessidade da aprovação governamental, o que acabou com o histórico risco de uma decisão do órgão desfazer, a **posteriori**, negócios já concluídos há anos — como aconteceu com a compra da indústria de chocolates Garoto pela concorrente Nestlé.

Nesse cenário, cabe a lição de Alexandre Aragão:

(...) Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações. A regulação, sob quaisquer dessas formas, possui três searas: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) a regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preços justo.⁴²⁶

⁴²³ Como os terminais de uso privado e as empresas de navegação marítima, especialmente as estrangeiras, que não são reguladas (fiscalizadas e supervisionadas) pela Antaq, com violação do marco regulatório setorial. Essa falha de governo tem proporcionado condutas oportunistas e preços abusivos e prejudicado a defesa da concorrência e do usuário.

⁴²⁴ O artigo aqui é o da Lei n.º 12.529/2011 e não o da Lei n.º 10.233/2001, *in verbis*: Art. 31. *Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*

⁴²⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*, p. 199-200.

⁴²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da economia: conceito e características contemporâneas*. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (org.). *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional*. vol. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 96.

4. Cade e Antaq: Possibilidades e limites da cooperação na defesa da concorrência

Essa seção pretende discorrer sobre as possibilidades e os limites de atuação da agência antitruste com a agência setorial no desenvolvimento portuário para garantir a defesa da concorrência. O tema é relevante porque, como agências de Estado, no caso brasileiro, o Cade e a Antaq devem zelar pela efetividade dos princípios que norteiam a regulação da atividade econômica.

A eficácia da política de defesa da concorrência num setor regulado envolve a possibilidade de aparente sobreposição de competências, bem como de dupla aplicação de sanções para o mesmo fato por órgãos diferentes e a difícil identificação entre regulação e concorrência.

A rigor inexistente conflito de competências, mas competências complementares, como leciona Billieri:

Em vista disso, o modelo institucional que se apresenta não se enquadra na configuração de uma isenção antitruste: Tampouco há nesse caso um modelo de competências concorrentes, concorrentes mitigadas ou concorrencial cooperativa. Em verdade a situação parece se enquadrar perfeitamente no modelo de competências complementares.⁴²⁷

Não obstante a doutrina e o fundamento legal, nesse cenário podem ocorrer conflitos jurídicos com (i) avocação, por meio de Resolução, de competência definida em lei dos órgãos do SBDC;⁴²⁸ ou (ii) ocorrência de *bis in idem*.

⁴²⁷ BILLIERI, Mário Dittrich. A Taxa de Segregação no Porto de Santos e o Conflito de Competência entre Autoridades Administrativas. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (coords.) *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 409.

⁴²⁸ A Lei nº 12.529/2011 confere ao Cade a competência absoluta para julgar processos administrativos de infração à ordem econômica, com efeitos em todo território nacional. O único setor em que a instrução é feita por Agência Reguladora é o setor de telecomunicações, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações. Observe-se que, mesmo neste caso, não é afastada a competência do Cade de julgamento em caráter final no âmbito administrativo, nos termos do art. 19, inciso XIX, da Lei n. 9.472/97, qual seja: *Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;*

A Lei nº 10.233/2001 estabelece no § 2º do art. 78-F a imposição ao prestador de transporte de multa decorrente de infração à ordem econômica, todavia, este dispositivo não conferiu à Antaq a competência para investigar e julgar condutas com tal potencial.⁴²⁹

Apenas definiu os limites da punição pecuniária (R\$ 10 milhões). Portanto, na Lei nº 10.233/2001 não há qualquer dispositivo retirando a competência órgãos do SBDC na investigação e julgamento das condutas anticompetitivas no setor de transporte e portos, estabelecidos por meio da Lei nº 12.529/2011.

Deve-se, assim, ter cautela para que não ocorra *bis in idem* em face de sanções pela Antaq e pelos órgãos do SBDC,⁴³⁰ ao aplicarem a legislação de defesa da concorrência no setor. O conflito negativo entre Cade e Antaq é também possível.

Nesse sentido, é relevante, mencionar as conclusões do Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) à Audiência Pública nº 06/2009 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) sobre a proposta de norma que regulamenta a outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminal portuário uso privativo de turismo, aprovada pela Resolução nº 1.315-2009, da Antaq, que assim, concluiu:

18. Diante da análise efetuada no presente parecer, estritamente sob a ótica da advocacia da concorrência e da defesa das melhores práticas regulatórias, resumidamente, sugere-se à ANTAQ: 19. excluir a redação do parágrafo único do art. 20,⁴³¹ de modo a dirimir dúvidas quanto ao eventual conflito de competências do SBDC ou de ocorrência de *bis in idem*. a elaboração, em parceria com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, de metodologia que permita caracterizar e identificar objetivamente as situações de “competição imperfeita”, regulamentando o disposto no artigo 12, VII e no artigo 20, II-b da Lei nº.10.233/2001;⁴³²

Segundo o citado parecer:

⁴²⁹ Ressalte-se, contudo, que o § 1º do citado artigo 78-F dispõe que: *O valor das multas será fixado em regulamento aprovado pela Diretoria de cada Agência, e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.*

⁴³⁰ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE-MF) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça (Cade).

⁴³¹ Art. 20. A multa estabelecida no art. 18 poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com as demais penalidades de que tratam os incisos I, III, IV e V do mesmo artigo e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da infração e a graduação da penalidade.

⁴³² BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. SEAE-MF. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 07 COGTL/SEAE/MF. Assunto: Manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE sobre a Proposta de Norma para outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminal portuário de uso privativo de turismo. Brasília, 11 maio 2009, p. 5-6.

Na prática, situações de competição imperfeita podem ser observadas na ocorrência de elevada concentração econômica, como é o caso de monopólios ou oligopólios na prestação de serviços de operação portuária, ou na ocorrência de condutas anticompetitivas. Contudo, a concentração econômica não configura, por si só, uma infração, ficando a aprovação ou não desse tipo de operação sujeita à análise dos potenciais danos e benefícios econômicos decorrentes, segundo estabelece a Lei nº 8.884/94. Esta Lei também pune as infrações à ordem econômica decorrentes de condutas anticompetitivas por parte dos agentes.⁴³³

Para aperfeiçoar a defesa da concorrência e regulação no setor portuário e defender a competência do Cade e não da Antaq para interpretação e aplicar a Lei de Defesa da Concorrência, vez que se trata de regulação *ex post*, é relevante a lição de Bernardo Stroebel Guimarães e Mariana Almeida Kato:

Para tanto, as agências reguladoras valem-se de normas regulatórias setoriais que condicionam e conformam as condutas dos agentes econômicos daquele setor. A atuação é essencialmente *ex ante* (no estabelecimento de normas aplicáveis a todos os agentes daquele mercado) e complementarmente *ex post* (na fiscalização e controle do cumprimento de tais normas). (...) Já a atuação do regulador geral - no caso do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) - tem escopo bastante diverso. O objeto de tutela direto e imediato é a defesa da concorrência (em sua perspectiva geral), seja através da repressão de comportamentos abusivos (...). Não se trata aqui de substituir aqui os mecanismos naturais de mercado, mas de corrigi-los, impedindo que se estabeleçam ou que venham a se propagar efeitos nocivos à competição. Ao contrário do que ocorre com as agências reguladoras, portanto, a atuação do regulador geral é *ex post*, reativa. Seja na análise prévia dos atos de concentração, seja na apuração de condutas anticoncorrenciais, sua competência surge apenas em vista do caso concreto. (...) Há casos de mercados que por si só são capazes de se regular e que demandam, portanto, intervenções apenas pontuais do Estado; e há mercados com estrutura mais hostil à autorregulação, que exigem uma intervenção de caráter mais permanente por parte da Administração Pública - como é o caso do setor portuário.⁴³⁴

Na verdade, há uma dúplice atribuição, pois há interesses gerais, consagrados constitucionalmente a justificar a permanência da regulação para proteger o consumidor, e a preservação da competência enquanto pressuposto da própria ordem econômica.

A análise dos abusos no setor de transporte marítimo e de armazenagem (portuário) indica a existência de marco regulatório suficiente para a defesa da concorrência no âmbito do setor regulado pela Antaq, que envolve alto grau de interdisciplinaridade.

Apesar do voto acima, desconhece-se, desde então, qualquer medida da Antaq para evitar, fiscalizar, supervisionar e punir as práticas decorrentes das condutas oportunistas

⁴³³ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. SEAE-MF. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 07 COGTL/SEAE/MF, p. 3.

⁴³⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos portuários - Licitações, proteção à concorrência e o direito dos arrendatários, p. 201-202.

que motivaram a denúncia,⁴³⁵ portanto, com violação dos dispositivos da Lei n.º. 10.233/2001 (art. 11, I, III, IV, art. 12, VII, art. 20, II, 'a' e 'b', art. 27, XII e XXI) especialmente o art. 32:

Art. 32. As Agências acompanharão as atividades dos operadores estrangeiros que atuam no transporte internacional com o Brasil, visando a identificar práticas operacionais, legislações e procedimentos, adotados em outros países, que restrinjam ou conflitem com regulamentos e acordos internacionais firmados pelo Brasil. § 1º Para os fins do disposto no *caput*, a Agência poderá solicitar esclarecimentos e informações e, ainda, notificar os agentes e representantes legais dos operadores que estejam sob análise. (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.217-3, de 4.9.2001) § 2º Identificada a existência de legislação, procedimento ou prática prejudiciais aos interesses nacionais, a Agência instruirá o processo respectivo e proporá, ou aplicará, conforme o caso, sanções, na forma prevista na legislação brasileira e nos regulamentos e acordos internacionais.

Nesse cenário, é relevante o Cade assumir a liderança em relação à defesa da concorrência, em face da omissão da Antaq, tal como lecionam lição de Caio Mario da Silva Pereira Neto e José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho:

De outra parte, quando identifica espaços concorrenciais abertos expressamente pela lei e pela regulamentação, ou naqueles espaços em que o silêncio da lei é suprido com a negativa de aplicação das imunidades decorrentes da *State Action Doctrine* ou da *Pervasive Power Doctrine*, o CADE tem exercido reiterada e plenamente sua competência de adjudicação no âmbito concorrenciais, impondo sanções contra práticas restritivas e condicionamentos a operações de concentração. Nessas situações, o CADE assume clara liderança em relação aos órgãos reguladores. Naturalmente, trata-se sempre de um equilíbrio dinâmico. Robert Skitol fala, de forma muito interessante, das “dunas” da política antitruste norte-americana para ilustrar o processo jurisprudencial por meio do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos define, redefine e atualiza os objetivos operacionais para aplicação do *Sherman Act*. (SKITOL, 1999, *passim*, mas particularmente p. 240-253; sobre essa discussão, cf. PRADO FILHO, 2011, p. 143-144, nota de rodapé n. 329). Algo semelhante vale para esta discussão brasileira: os *espaços* e *interfaces* entre defesa da concorrência e regulação setorial, quando não tenham sido clara e expressamente definidos pela legislação, deverão ser delimitados e preenchidos pelo CADE via jurisprudência, mas sempre em um diálogo aberto e franco com as agências reguladoras e a própria sociedade.⁴³⁶

4.1. O papel da Antaq, Autoridade Portuária e CAP na regulação econômica

⁴³⁵ O mesmo ocorreu no caso da Libra Rio, quando houve o reajuste abusivo das tarifas portuárias, em janeiro de 2014, sem homologação da Antaq e com índice de reajuste de até 490%, 49 vezes o permitido (10%).

⁴³⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE*, p. 42-43.

São várias as possibilidades da Antaq, Autoridade Portuária e CAP para a regulação econômica da atividade portuária. Nos termos da Lei nº. 10.233/2001, constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário aproveitar as vantagens comparativas dos diferentes meios de transporte, competindo à Antaq promover sua integração física e a conjugação das suas operações, para a movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens (Art. 12, inciso II) e reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica (inciso VII).

Ademais, nos termos dos incisos II e V, do art. 3º, da Lei nº.12.815/2013, as seguintes diretrizes devem ser observadas pela Antaq, Autoridade Portuária e CAP, que atua no âmbito do porto organizado, inclusive para fiscalizar a atuação do arrendatário, na exploração dos portos organizados e instalações portuárias.

Na mesma linha, a reforma portuária deu competência à Antaq para instauração de processo administrativo e aplicação de penalidade previstas em lei, em regulamento e nos contratos, nos termos do art. 17, §1º, inciso XI, da Lei dos Portos.

Além disso, compete à Antaq, apurar, de ofício ou mediante provocação, práticas abusivas ou tratamentos discriminatórios, conforme o art. 3º, inciso V, do Decreto n. 8.033/2013, ressalvadas as competências da Lei n. 12.529/2011, *in verbis*:

Art. 3º Sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, compete à Antaq: (...)V - apurar, de ofício ou mediante provocação, práticas abusivas ou tratamentos discriminatórios, ressalvadas as competências previstas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; e (...)

Diante de tal quadro, uma possibilidade é a Antaq instaurar um procedimento de fiscalização para analisar as tarifas e preços do setor portuário e, de posse de tais dados, abrir uma audiência pública para discutir tais custos, sem esquecer de que a mera redução de tais custos não implica na redução dos demais custos da cadeia logística de sua competência. Afinal, deve-se, em face da experiência internacional em setores com controle de tarifas (preços administrados) e preços privados, ter muita cautela.

Cabe destacar que a concorrência dentro dos portos (intra) entre terminais e operadores, por meio de grupos de terminais, é tão relevante quando aquela que se dá entre os portos, especialmente nos grandes centros de carga, tal como lecionam César Ducruet, Theo Notteboom e Peter Langen, da seguinte maneira:

As a result, there is a need to rethink ports as groups of terminals with their own individual logics, notably with the globalization of port terminal operators (Slack and Frémont 2005; Olivier and Slack 2006). Intra-port competition

among terminals and operators in large load centres has become as important as inter-port competition (Pallis et al. 2008).⁴³⁷

Verifica-se, portanto, a possibilidade de estratégias pelos armadores e terminais, por meio, dentre outras formas, de acordo de acionistas que podem prejudicar a defesa da concorrência.

Tal justificativa/percepção mostra a relevância do Cade e da Antaq intensificarem a defesa da concorrência e, por sua vez, a regulação econômica, em terminais públicos e privados verticalizados, o que pode ser feito como maior supervisão das tarifas e preços cobrados pelos referidos tipos de terminais, assim como preços dos navios que operam nos citados terminais, através do registro pelos autorizatários (terminais e empresas de navegação, e seus agentes intermediários) de tais serviços e preços.

Deve-se observar, ainda, as especificidades da regulação de terminais verticalizados, pois possuem implicações distintas no universo portuário, segundo o tipo de carga/terminal.

Por sua vez, no âmbito do porto organizado sustenta-se que a autoridade administrativa para fazer a regulação econômica é a autoridade portuária. Ela pode sugerir medidas para aumentar a competitividade dentro do porto organizado,⁴³⁸ enquanto que, para questões anticoncorrenciais fora do porto organizado e no setor de transporte aquaviário, essa competência é do Cade, vez que não há essa competência específica na Lei n.º. 10.233/2001, conforme o seu art. 31.

Esse argumento, contudo, não isenta a Antaq de zelar pela capacitação dos seus servidores e desenvolver, por meio de cooperação com o Cade, em face das características e especificidades do setor regulado, pela identificação das condutas atentatórias (ilícitas) à concorrência.

5. Considerações finais

⁴³⁷ DUCRUET, César; NOTTEBOOM, Theo E.; DE LANGEN, Peter W. Revisiting Inter-Port Relationships under the New Economic Geography Research Framework. NOTTEBOOM, Theo; DUCRUET, César; DE LANGEN, Peter. (org.) *Ports in Proximity - Competition and Coordination among Adjacent Seaports*. Burlington: Ashgate, 2009, p. 22.

⁴³⁸ O Regulamento (Decreto n. 8.033/2013) da Lei dos Portos (12.815/2013), assim dispõe: Art. 36. Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto. § 1º Compete ao conselho de autoridade portuária sugerir: (...) VI - medidas que visem estimular a competitividade; e VII - outras medidas e ações de interesse do porto.

Conclui-se, portanto, à luz do que foi acima apresentado, que o Brasil possui legislação e instituições suficientes para implementar a defesa da concorrência no setor portuário.

Além disso, inexistente conflito de competência entre Cade, Antaq e autoridade portuária e, em cooperação, de forma complementar, com o CAP, no que tange à *produção, interpretação e aplicação das normas* (juridicidade) de regulação econômica, especialmente defesa da concorrência em face dos transportadores transnacionais e operadores portuários que atuam no país, com base na teoria do impacto territorial, requisitos estratégicos da economia para desenvolver o setor portuário brasileiro.

Como demonstrado, é relevante que a Antaq tome a iniciativa para regular com eficácia a defesa da concorrência no setor de transporte aquaviário e portuário. Para tanto, recomenda-se que a Antaq: (i) edite resolução para identificar os critérios e metodologia que identifiquem condição de concorrência imperfeita, bem como sanções e (ii) efetue maior cooperação com agências reguladoras de transporte aquaviário e portos e autoridades antitruste de outros países, como Estados Unidos e União Europeia, para aumentar a eficácia na defesa da concorrência do setor portuário.

Acredita-se que tais iniciativas, articuladas entre Antaq e Cade, especialmente pela abertura de um diálogo com todos os interessados, podem trazer maior equilíbrio ao mercado e, portanto, benefícios para terminais públicos e privados e, especialmente, aos usuários e terminais não verticalizados.

6. Referências bibliográficas

Administração Portuária do Porto de São Francisco do Sul. Tabela Movimentação de contêineres 2010 a 2016. *Mimeo*, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (org.). *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional*. vol. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 91-138.

BILLIERI, Mário Dittrich. A Taxa de Segregação no Porto de Santos e o Conflito de Competência entre Autoridades Administrativas. In: MOREIRA, Egon Bockmann;

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (coords.) *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 481-504.

BRASIL. Antaq. Resolução n. 4.502, de 3 de dezembro de 2015. Disponível em:<www.antaq.gov.br>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Antaq. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processo Administrativo n. 50.300.000159/02. Rel. Diretor José Guimarães Barreiros. j. 17.02.2005. Disponível em:<www.antaq.gov.br>. Acesso em: 14 dez. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Manifestação da Procuradoria do Cade a respeito da Nota AGU/MS 02/2006. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório n. 08700.007937/2014-34. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n. 8012.007743-99-17. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Decreto federal nº. 8.033, de 27 de junho de 2013. Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Brasília: DOU, 28 jun. 2013.

BRASIL. Lei Federal nº. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DOU, 6 jun. 2001.

BRASIL. Lei Federal 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. Brasília, DOU, 1 dez. 2011.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. SEAE-MF. *Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 07 COGTL/SEAE/MF*. Assunto: Manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE sobre a Proposta de Norma para outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminal portuário de uso privativo de turismo. Brasília, 11 maio 2009.

CERME. Centro de Excelência em regulação de mercados. Unb. *Avaliação da concorrência na prestação de serviços portuários. Relatório final*, Tabela 4. Brasília, Unb, 2013.

DUCRUET, César; NOTTEBOOM, Theo E.; DE LANGEN, Peter W. Revisiting Inter-Port Relationships under the New Economic Geography Research Framework. NOTTEBOOM, Theo; DUCRUET, César; DE LANGEN, Peter. (org.) *Ports in Proximity - Competition and Coordination among Adjacent Seaports*. Burlington: Ashgate, 2009, p. 11-27.

DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz. (org.) *Direito Marítimo e Portuário: Novas Questões*. GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 458-459.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos Portuários – Licitações, Proteção à Concorrência e o Direito dos Arrendatários. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus Regimes Jurídicos - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 199-219.

MOTTA, Andréa Limani Boisson. *A Regulação do Transporte Aquaviário de Mercadorias*. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2006.

PANITCHPAKI, Supachai. Foreword. *In: Review of Maritime Transport 2012. Report by Unctad Secretariat*. Geneve, New York: UNCTAD, 2012, p. 70.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos. *In: Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/jun., 2005.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *In: Revista Direito GV*, vol, 12, n.1, jan.abr. 2016, p. 13-48.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*. Saraiva: São Paulo, 2013.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). Horizontal Merger Guidelines. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

A Defesa da Concorrência na República Argentina

Silvio Brambila Fragoso Junior⁴³⁹

RESUMO

O presente artigo analisa o Direito da Concorrência na Argentina, terceiro principal parceiro econômico do Brasil. Considerando os significativos e sólidos vínculos econômico-comerciais entre ambas as nações, o conhecimento acerca da legislação concorrencial na Argentina ganha importância para os operadores do Direito que atuam no Brasil. O objetivo do trabalho será realizar um resumo histórico das normas relativas ao tema produzidas até hoje na Argentina. A legislação atual (lei 25.156, de 1999) será comentada de forma mais aprofundada, bem como as competências das autoridades de aplicação do Direito da Concorrência na Argentina. Estas faculdades serão analisadas a partir de jurisprudência da Corte Suprema de Justiça do país. A pesquisa, elaborada mediante abordagem histórica, conclui que o desenvolvimento da matéria acompanhou as mudanças ocorridas na economia argentina ao longo dos anos e que; até o presente momento, a aplicação do Direito Concorrencial no país vizinho se encontra fortemente vinculada às ações do Poder Executivo.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência na Argentina; Defesa da Concorrência; Direito concorrencial.

ABSTRACT

This article analyses Competition Law in the Argentine Republic, Brazil's third most important commercial partner. Considering the important and solid economic and commercial bonds between the two nations, being familiar with Argentine Competition Law is essential for Brazilian legal operators. The aim of this article has been to present a historical summary about the subject in Argentina. The current legislation (Law number 25.156, from 1999) is commented on in more depth and also the competence of the application authorities of the Argentine Competition Law. Their power is analysed based on the jurisprudence of the Argentine Supreme Court. The article has been elaborated through a historical perspective and concludes that the development of the subject has followed the changes which have occurred in the Argentine economy over time. Moreover, the conclusion affirms that, until now, the application of Competition Law in Argentina has been strongly linked to the actions of the Executive Power.

Keywords: Argentina Competition Law; Competition Defence; Competition Law.

⁴³⁹ Mestrando junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Internacional pela UFRGS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Direito Internacional da Concorrência" (UFRGS/CNPQ). Funcionário do Consulado-Geral da República Argentina em Porto Alegre/RS. E-mail: silviofragoso@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. Histórico das legislações de Defesa da Concorrência na República Argentina; 2.1. Lei 11.210, de 1923; 2.2. Lei 12.906, de 1946; 2.3. Lei 22.262, de 1980; 3. Legislação atual: lei 25.156, de 1999 e anteprojeto de nova Lei de Defesa da Concorrência; 4. Autoridades de Aplicação das normas de Defesa da Concorrência e suas competências: análise jurisprudencial da Corte Suprema de Justiça; 4.1. Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC); 4.2. Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência (TNDC); 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. Considerações Iniciais

O estudo do Direito da Concorrência na República Argentina se reveste de relevância dado o significativo relacionamento econômico-comercial entre esse país e o Brasil, as recentes perspectivas de aprofundamento desta relação e a probabilidade de mudanças legislativas relativas ao tema.

A Argentina é o terceiro parceiro comercial do Brasil. Entre janeiro e setembro de 2016, a corrente de comércio entre ambos os países alcançou os US\$ FOB 16 bilhões⁴⁴⁰. Outro importante aspecto da relação econômica e comercial entre a Argentina e o Brasil é o intenso fluxo de Investimento Externo Direto (IED)⁴⁴¹ registrado. No mesmo sentido, a Argentina é um dos destinos mais procurado por empresas brasileiras interessadas em internacionalizar suas atividades.⁴⁴²

A confirmação da vitória do candidato Mauricio Macri na eleição presidencial de 2015⁴⁴³ gerou expectativas positivas no Brasil entre representantes dos setores privado e público. A partir de então, e apesar da instabilidade política brasileira registrada no início de 2016, os Chefes de Estado de ambos os países realizaram viagens internacionais de relevante valor político⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Base de dados de comércio exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Brasil (MDIC) Sistema Aliceweb. Balança Comercial: Brasil Argentina, período entre janeiro e setembro de 2016. Disponível em: <http://alicesweb.desenvolvimento.gov.br>. Acesso em 26/10/2016.

⁴⁴¹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD): World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance. Pg.10. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 26/10/2016.

⁴⁴² No país vizinho, cabe destacar a atuação de empresas como: Banco Itaú, BRF Brasil Foods, Grupo Randon, entre outros sócios da Câmara de Comércio Argentino Brasileira de Buenos Aires (CAMBRAS). Disponível em: <http://www.cambras.org.ar/index.php/socios>. Acesso em 26/10/2016.

⁴⁴³ Resultados oficiais do segundo das eleições presidenciais na Argentina. Disponível em: <http://www.resultados.gob.ar/inicio.htm> Acesso em 26/10/2016.

⁴⁴⁴ Em dezembro de 2015, na qualidade de Presidente Eleito, Maurício Macri realizou importante visita à Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP). (Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/noticias/mauricio-macri-mostra-visao-afinada-com-a-da-fiesp-afirma-skaf/>). Em agosto de 2016, já como Presidente da República, o mandatário retornou ao Brasil. (Disponível em:

Diante das perspectivas de incremento e melhoria nas relações econômicas e comerciais entre ambos os países, o conhecimento acerca da legislação concorrencial na Argentina ganha importância para os operadores do Direito que atuam no Brasil. No mesmo sentido, o governo argentino entende que devem ser realizadas modificações na atual legislação concorrencial e vem trabalhando neste sentido⁴⁴⁵.

Com o objetivo de oferecer subsídios para a compreensão e o estudo da matéria concorrencial no direito argentino, ao longo das próximas páginas será realizado estudo histórico acerca do tema. As legislações que tratam a matéria serão brevemente analisadas, bem como jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da República Argentina.

2. Histórico das legislações de Defesa da Concorrência na República Argentina

2.1. Lei 11.210, de 1923

A intenção de elaborar uma legislação repressiva aos monopólios se manifestou na Argentina desde o início do século XX⁴⁴⁶. A primeira norma de defesa da concorrência no país foi a Lei 11.210 - “Lei de Repressão da Especulação e dos Trustes”, promulgada em 1923⁴⁴⁷, e inspirada no *Sherman Act* dos Estados Unidos da América. Seu objetivo principal era reprimir atos orientados a criar ou manter monopólios que prejudicassem a economia. Ademais, sancionava condutas restritivas à livre concorrência ou que implicassem em aumentos desproporcionais de lucros. A lei tratava a constituição de monopólios e sua manutenção como delito, sem a necessidade de comprovar efeitos deletérios à economia. Um dos problemas na aplicação da lei 11.210 foi a dificuldade de relacionar os atos observados na prática econômica

<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,macri-fara-primeira-visita-ao-brasil-como-presidente,10000063909>). No mês de outubro de 2016, foi a vez de Michel Temer visitar oficialmente Buenos Aires. (Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/temer-embarca-para-argentina-onde-fara-1-visita-oficial-como-presidente.html>).

⁴⁴⁵ <http://www.telam.com.ar/notas/201609/164536-diputados-proyecto-reforma-defensa-de-la-competencia.html>. Acesso em 26/10/2016.

⁴⁴⁶CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires. Ed. Heliasta, 1983. Pg. 58.

⁴⁴⁷Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) Disponível em: <http://www.cndc.gov.ar/memorias/memoria97/memoria2.htm> Acesso em 25/10/2016.

do mercado aos chamados “atos de mercado” listados no artigo 2º da referida norma⁴⁴⁸. Durante seu período de vigência, a lei 11.210 não foi aplicada a muitos casos⁴⁴⁹.

2.2. Lei 12.906, de 1946

Promulgada em 1946, a Lei 12.906 - “Lei de Repressão a Monopólios e Trustes” implementou algumas modificações no texto da normativa anterior. O objetivo da nova legislação era corrigir algumas dificuldades encontradas na aplicação da lei 11.210, especificamente sua ineficácia na repressão de condutas anticoncorrenciais. Cabia ao Poder Executivo aplicar a lei 12.906, promovendo investigações e iniciando inquéritos diante de evidências de irregularidades. À época, o órgão designado para essas funções era a Secretaria de Indústria e Comércio⁴⁵⁰.

Apesar das intenções do legislador, a lei 12.906 não alcançou seu objetivo de regulamentar a formação e a criação de monopólios. Cabe destacar que o período histórico de vigência da norma esteve marcado pela forte intervenção do Estado na economia argentina⁴⁵¹. Segundo o doutrinador Guillermo CABANELLAS (h), o pequeno número de condenações promovido pela lei 12.906, similar ao do período de vigência da lei 11.210, pode ser explicado pelos seguintes motivos⁴⁵²: a) A falta de consciência acerca da ilicitude das condutas restritivas da concorrência. Esta dificuldade se manifestava na falta de interesse das autoridades responsáveis em promover investigações e na interpretação restritiva da norma. b) A previsão legal de finalização dos processos apenas mediante condenação ou extinção sem julgamento do mérito. Este elemento, aliado à reticência das autoridades de aplicação em fazer valer a norma, resultava na finalização da maioria dos processos sem a correção dos atos anticoncorrenciais. c) A necessidade de adaptar o objetivo da lei à estrutura competitiva do mercado argentino. Como o reduzido volume de mercado não permitia, muitas vezes, que mais de um competidor operasse em condições favoráveis; aplicar o texto da lei 12.906 literalmente significaria um

⁴⁴⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires. Ed. Heliasta, 1983. Pg. 59.

⁴⁴⁹ LAMBERT, Ariel D. El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁵⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires. Ed. Heliasta, 1983. Pg. 61.

⁴⁵¹ LAMBERT, Ariel El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁵² CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires. Ed. Heliasta, 1983. Pg. 63-66.

empecilho ao desenvolvimento econômico ao impedir o aproveitamento das economias de escala. d) A dificuldade dos membros do Poder Judiciário em apreciar casos nos quais fundamentos econômicos deveriam ser considerados. e) O caráter predominantemente repressivo, e não preventivo, da norma. Esta característica comprometia uma possível colaboração entre os réus e o organismo de aplicação da lei. f) A mínima possibilidade de participação no processo por parte dos prejudicados pelos atos anticoncorrenciais. A particularidade dos delitos relacionados ao Direito da Concorrência demanda uma colaboração ativa por parte dos afetados pelas práticas ilícitas, com o objetivo de avaliar os danos provocados.

2.3. Lei 22.262, de 1980

Após um período marcado por intervencionismo estatal⁴⁵³ e fomento ao processo de industrialização, na segunda metade da década de 1970 a economia argentina se transformou e o país se abriu aos investimentos externos. O princípio das vantagens comparativas prevaleceu entre o pensamento econômico das autoridades, em detrimento da teoria cepalina de desenvolvimento mediante substituição de importações⁴⁵⁴. Diante da nova realidade e de suas implicações no âmbito da concorrência, foi promulgada a Lei 22.262 - “Lei de Defesa da Concorrência”.

A nova norma, criada em 1980, tinha como objetivos fundamentais: definir com maior precisão as condutas reprimidas, instrumentalizar um procedimento administrativo e elaborar o marco jurídico adequado para garantir, com exatidão, o correto funcionamento dos mercados⁴⁵⁵. O controle prévio de concentrações econômicas estava fora do âmbito de vigência da norma. A lei 22.262 extrapolou o modelo de regulamentação antitruste, seguido pelas normas anteriores acerca do tema (leis 11.210 e 12.906), e se mostrou em sintonia com a realidade econômica argentina da época⁴⁵⁶. A nova regulamentação, inspirada na legislação vigente no continente

⁴⁵³ MARCHESINI, Dardo: Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontifícia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Junho de 1998. Pgs. 33. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁵⁴ FAUSTO, Boris e DEVOTO, Fernando. *Brasil e Argentina – Um Ensaio de História Comparada (1850 – 2002)*. São Paulo: Editora 34, 2005. Pg. 415.

⁴⁵⁵ Portal de Internet da Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) http://www.cndc.gov.ar/docs/Ley_22262_exposicion_motivos.pdf Acesso em 19/02/2016

⁴⁵⁶ MARCHESINI, Dardo. Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontifícia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Junho de 1998. p. 33. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> Acesso em 29/10/2016. Pg. 33.

européu, visava garantir o maior nível possível de concorrência no mercado⁴⁵⁷. Seu objetivo era controlar o exercício do poder econômico, mas não obstaculizar sua formação. O monopólio, a concentração de poder econômico e as fusões realizadas para obter mais eficiência não se consideravam delitos *a priori*. A nova regulamentação objetivava claramente defender a concorrência, proteger os consumidores e evitar prejuízos ao interesse econômico geral.

A menção ao termo “monopólio” foi retirada do texto da lei. Ao contrário dos antecedentes legislativos relativos ao Direito Concorrencial na Argentina, a lei 22.262 não avaliava as empresas pelo seu tamanho ou pela sua posição em determinado mercado, mas penalizava determinadas condutas consideradas abusivas ou anticompetitivas⁴⁵⁸. A legislação reprimia os atos restritivos, limitadores ou que desvirtuassem a concorrência e que representassem abuso de posição dominante que afetassem, mesmo potencialmente, o interesse econômico geral.

A normativa trazia em seu texto a possibilidade de aplicar sanções a pessoas físicas e jurídicas que atentassem contra a concorrência. Entre as punições previstas, havia multas que podiam superar em até vinte por cento o valor do lucro obtido de forma ilícita⁴⁵⁹. Em certos casos, a empresa infratora poderia ser dissolvida. As pessoas físicas, diretamente ou como representantes de sociedades, podiam ser punidas com prisão, pagamento de multas e também com a inabilitação para exercer os cargos que ocupavam nas empresas sancionadas⁴⁶⁰. Outra novidade trazida pela lei 22.262 foi a possibilidade de que os prejudicados pelos atos anticompetitivos ajuizassem ações de indenização por perdas e danos⁴⁶¹.

A lei 22.262 criou a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC)⁴⁶², organismo responsável pela investigação de atos e condutas anticompetitivas que representassem prejuízo para o interesse econômico geral. Apesar de ter se mostrado mais eficiente do que as normas anteriores, a lei 22.262 não apresentou resultados significativos. Isto

⁴⁵⁷ LAMBERT, Ariel El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁵⁸ LAMBERT, Ariel El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁵⁹ Artigo 26, 3 da lei 22.262.

⁴⁶⁰ MARCHESINI, Dardo. Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontificia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Junho de 1998. Pgs. 33. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> Acesso em 29/10/2016. Pg. 38.

⁴⁶¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires. Ed. Heliasta, 1983. Pg. 67.

⁴⁶² Portal de Internet da Comisión Nacional de Defensa da la Competencia <http://www.cndc.gov.ar/> Acesso em 29/10/2016.

se deu em virtude, principalmente, da falta de cultura da concorrência na Argentina, da falta de objetividade da norma e da dependência do órgão de aplicação (CNDC) ao Poder Executivo. Cabe também destacar o conturbado ambiente macroeconômico do país durante a década de 1980; marcado por longos períodos de inflação, controles de preços, fortes e abundantes regulamentações⁴⁶³ e a pequena dimensão do mercado interno. Mesmo assim, durante a vigência da lei 22.262, a CNDC analisou uma quantidade de casos superior ao número total registrado desde a promulgação da primeira norma de defesa da concorrência no país até aquele momento⁴⁶⁴.

A estabilidade macroeconômica alcançada na Argentina no início da década de 1990, aliada a uma nova etapa de abertura do mercado nacional ao capital estrangeiro e do afastamento do Estado da condução da economia⁴⁶⁵, viabilizou o debate acerca de uma nova lei de concorrência. As pressões dos organismos multilaterais de crédito e o processo de privatizações⁴⁶⁶ e a desregulação econômica marcaram a necessidade de adaptar a legislação de defesa da concorrência aos paradigmas internacionais. Em 1991, foi promulgado o Decreto 2.284. Este introduziu significativas alterações na lei 22.262⁴⁶⁷ com a intenção de adaptar o texto da norma às mudanças econômicas promovidas e expandir a capacidade de ação da CNDC⁴⁶⁸. Cabe destacar, à época, a existência de debate entre operadores do Direito no sentido de decidir entre alterar a legislação existente ou elaborar uma nova lei. Alguns defendiam a realização de reformas em determinados pontos na lei 22.262, enquanto outros advogavam pela criação de normativa que a substituísse⁴⁶⁹.

⁴⁶³ MARCHESINI, Dardo. Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontifícia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Junho de 1998. Pgs. 33. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> p 35. Acesso em 29/10/2016.

⁴⁶⁴ LAMBERT, Ariel D. El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁶⁵ FAUSTO, Boris e DEVOTO, Fernando. *Brasil e Argentina – Um Ensaio de História Comparada (1850 – 2002)*. São Paulo: Editora 34, 2005. p. 486 - 487.

⁴⁶⁶ LAMBERT, Ariel D. El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁶⁷ MARCHESINI, Dardo. Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontifícia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Junho de 1998. Pgs. 33. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> Acesso em 29/10/2016. Pg. 36.

⁴⁶⁸ MARCHESINI, Dardo. Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontifícia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Junho de 1998. Pgs. 33. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> p 35. Acesso em 29/10/2016.

⁴⁶⁹ LAMBERT, Ariel D. El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

Diante do novo panorama, a defesa da concorrência foi contemplada na reforma constitucional de 1994. Dispõe o artigo 42 da carta:

Artigo 42.- Os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, nas relações de consumo, à proteção de sua saúde, segurança e interesses econômicos; à informação adequada e veraz; à liberdade de escolha e a condições de tratamento equitativo e digno.

As autoridades promoverão a proteção desses direitos, a educação para o consumo, **a defesa da concorrência** contra toda forma de distorção dos mercados, o controle dos monopólios naturais e legais, a qualidade e eficiência dos serviços públicos e a constituição de associações de consumidores e de usuários.

No ano de 1999, após a apresentação de diferentes propostas⁴⁷⁰⁴⁷¹, foi promulgada a Lei 25.156 - “Lei de Defesa da Concorrência”. Alguns analistas entendem que sua promulgação ocorreu tardiamente, após o impacto de mudanças de grande envergadura na economia argentina. A norma passou a vigorar quando já teriam sido promovidas distorções significativas no mercado, consequência dos processos de privatização de grandes empresas públicas e da entrada de companhias estrangeiras no mercado nacional⁴⁷².

3.) Legislação Atual: lei 25.156, de 1999 e anteprojeto de nova Lei de Defesa da Concorrência:

O texto da lei 25.156 está organizado da seguinte forma⁴⁷³: Capítulo I – Dos Acordos e Práticas Proibidas, Capítulo II – Da Posição Dominante, Capítulo III – Das Concentrações e Fusões, Capítulo IV – Autoridade de Aplicação, Capítulo V – Do Orçamento (revogado pela Lei 26.993, que criou sistema de resolução de conflitos nas relações de consumo), Capítulo VI – Do Processo, Capítulo VII – Das Sanções, Capítulo VIII – Dos Recursos, Capítulo IX – Da Prescrição e Capítulo X – Disposições Finais e Transitórias.

⁴⁷⁰ MARCHESINI, Dardo: Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontificia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Junho de 1998. Pgs. 33. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> Acesso em 29/10/2016. Pg. 40.

⁴⁷¹ LAMBERT, Ariel D. El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁷² LAMBERT, Ariel D. El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁷³ Texto da Lei 25.156. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/texact.htm> Acesso em 28/10/2016.

A legislação não traz em seu texto uma definição explícita de seus objetivos, mas estes podem ser deduzidos a partir da análise dos artigos: 1º (proibir atos que limitem a concorrência ou que constituam abuso de posição dominante)⁴⁷⁴ e 7º (proibir concentrações econômicas)⁴⁷⁵.

Ainda em relação a seus objetivos, a lei 25.156 não apresentou grandes modificações em relação à normativa anterior. Assim como a lei 22.262, a norma atual preservou como finalidade a proteção do interesse econômico geral da sociedade⁴⁷⁶. Cabe destacar como novidades na lei 25.156 a regulamentação do controle prévio de fusões e aquisições entre empresas e a disposição de criar um órgão de interpretação e aplicação da normativa concorrencial: o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência (TNDC).

Acerca dos atos e condutas anticompetitivas, o artigo 1º da Lei 25.156 adota o critério de ilegalidade condicionada. Desta forma, um ato ou conduta será proibido quando cumprir as seguintes condições. Primeira: ser anticompetitivo; ou seja: “distorcer, falsificar, limitar ou restringir a concorrência ou o acesso ao mercado ou constituir abuso de uma posição dominante em um mercado”. Segunda: ser capaz de prejudicar o “interesse econômico geral”, conceito impreciso e ambíguo.

O artigo 4º da Lei 25.156 define o conceito de posição dominante. De acordo com o texto: a condição de posição dominante se dá quando pessoa jurídica: a) for a única ofertante ou demandante de um determinado produto ou serviço dentro do mercado nacional ou em uma ou várias partes do mundo, ou b) não estiver exposta a uma concorrência substancial, ou ainda c) estiver em condições de determinar a viabilidade econômica de um competidor por seu grau de integração vertical ou horizontal.

A norma não define o conceito de “abuso de posição dominante”⁴⁷⁷. Entretanto, a jurisprudência entende que este se equipara ao “exercício de poder de mercado”, mediante o qual empresas podem tomar decisões como, por exemplo, aumentar seus lucros.

⁴⁷⁴ Artigo 1º Lei 25.156 – “Estão proibidos e serão sancionados de acordo com as normas da presente lei, os atos ou condutas, de qualquer forma manifestados, relacionados com a produção e intercâmbio de bens e serviços, que tenham por objetivo ou efeito limitar, restringir, falsificar ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constitua abuso de uma posição dominante em um mercado, de forma que possa resultar em prejuízo para o interesse econômico geral”.

⁴⁷⁵ Artigo 7º Lei 25.156 – “Estão proibidas as concentrações econômicas cujo objeto ou efeito seja ou possa ser restringir ou distorcer a concorrência, de forma que possa resultar em prejuízo para o interesse econômico geral”.

⁴⁷⁶ LAMBERT, Ariel D. El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario* Nº 1. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁷⁷ LAMBERT, Ariel D. El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia. *Revista Argentina de Derecho Empresario* Nº 1. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 29/10/2016.

Em seu artigo 8º⁴⁷⁸, a lei 25.156 determinou a obrigatoriedade de notificar as operações de concentração econômica que superem o valor de 200 milhões de pesos argentinos. Desde a promulgação da referida norma, a CNDC priorizou os procedimentos de controle de concentrações econômicas.

Segundo a lei 25.156, são punidos os atos anticompetitivos que limitam, restringem ou distorcem a concorrência. São os atos executados por algum dos agentes econômicos que participam em mercado estruturado competitivamente com a intenção de alterá-lo. No mesmo sentido, são sancionados os atos que acarretam abuso de posição dominante, aqueles executados por agentes econômicos que gozam de uma situação de predomínio em mercado onde a concorrência é inexistente ou restrita. Cabe destacar que a empresa em questão deverá possuir certo poder de mercado, provocando algum efeito negativo sobre a economia. Caso contrário, seus atos não afetariam a concorrência.

A lei 25.156 também contempla políticas estruturais de defesa da concorrência, aquelas focadas na disposição dos mercados e que procuram otimizar sua formação utilizando medidas tendentes a ampliar o número de agentes econômicos participantes e prevenir a formação de concentrações econômicas.

De acordo com pesquisa elaborada por um dos maiores escritórios de advocacia empresarial da Argentina (MARVAL, O FARREL MAIRAL)⁴⁷⁹; entre os anos de 1999 e 2010, a CNDC analisou aproximadamente 500 casos de concentrações econômicas⁴⁸⁰. Entre eles, 95% das concentrações foram aprovadas sem condicionamentos, 1% rejeitadas e 4% aprovadas com condicionamentos. No mesmo sentido, durante o referido período, a Comissão analisou uns 200 casos relativos a Investigações de Cartel⁴⁸¹. O índice de condenação rondou 10% dos casos. Neste particular. Cabe destacar alguns antecedentes⁴⁸²:

⁴⁷⁸ Artigo 8º Lei 25.156 – “Os atos indicados no artigo 6º desta lei, quando a soma do volume do negócio total do conjunto de empresas afetadas supere no país a soma de DUZENTOS MILHÕES DE PESOS (\$ 200.000.000), deverão ser notificadas para seu exame previamente ou no prazo de uma semana a partir da data de conclusão do acordo, da publicação da oferta de compra ou troca, ou da aquisição de uma participação de controle, perante o Tribunal de Defesa da Concorrência, contando-se o prazo a partir do momento em que ocorrer o primeiro dos acontecimentos citados, sob advertência, em caso de não cumprimento, do previsto no artigo 46 inciso d). Os atos apenas produzirão efeitos entre as partes ou em relação a terceiros, uma vez cumpridas as previsões dos artigos 13 e 14 da presente lei, caso corresponda”.

⁴⁷⁹ Portal de Internet do escritório Marval, O Farrel Mairal. <http://www.marval.com.ar/institucional/> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁸⁰ Portal de Internet do escritório Marval, O Farrel Mairal. <http://www.marval.com.ar/publicacion/?id=5738> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁸¹ Portal de Internet do escritório Marval, O Farrel Mairal. <http://www.marval.com.ar/publicacion/?id=5738> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁸² Portal de Internet do escritório Marval, O Farrel Mairal. www.marval.com.ar/publicacion/?id=5738 Acesso em 29/10/2016.

a) Cimento: no ano de 2005, seis grandes empresas produtoras de cimento na Argentina foram condenadas a pagar multa de 75 milhões de dólares por formação de cartel e por ter obstaculizado a entrada de novos concorrentes no mercado ao longo de um período de 20 anos.

b) Oxigênio líquido: Entre 1997 e 2002, um grupo de aproximadamente 10 empresas foi multado em 15 milhões de dólares por promover acordos de preços. Mesmo realizando processos licitatórios, hospitais e centros de saúde não conseguiam obter melhores condições econômicas dos fornecedores. Durante o período em questão, os mesmos ofertantes ganharam as licitações em 70% das oportunidades⁴⁸³.

A seguir se apresenta breve quadro comparativo das legislações de Defesa da Concorrência criadas até hoje na República Argentina, com destaque para as principais características de cada uma das normas. Também se inclui na comparação os principais pontos constantes no anteprojeto de lei de defesa da concorrência apresentado recentemente ao Congresso Nacional Argentino.

⁴⁸³ Portal de Internet do escritório Marval, O'Farrel Mairal. <http://www.marval.com.ar/publicacion/?id=5738>
Acesso em 29/10/2016.

Legislação	Principais Características
Lei 11.210, de 1923	Inspirada no <i>Sherman Act</i> , a chamada “Lei de Repressão da Especulação e dos Trustes” tinha como objetivo principal reprimir a criação e manutenção de monopólios. Foi aplicada a poucos casos.
Lei 12.906, de 1946	A “Lei de Repressão a Monopólios e Trustes” foi criada para corrigir dificuldades encontradas na aplicação da legislação anterior. Em um período histórico de forte intervenção estatal na economia, a norma não promoveu resultados concretos.
Lei 22.262, de 1980	A “Lei de Defesa da Concorrência” visava controlar o exercício do poder econômico sem gerar obstáculos para sua formação. Basicamente, seus objetivos eram defender a concorrência e proteger os consumidores. Criou a CNDC.
Lei 25.156, de 1999 (atualmente vigente)	Manteve os objetivos básicos da normativa anterior, mas trouxe como novidade a regulamentação do controle prévio de fusões e aquisições entre empresas e a criação de um Tribunal de Defesa da Concorrência, ainda não constituído.
Anteprojeto de Lei de Defesa da Concorrência (apresentado no final de setembro de 2016)	Apresentado por legisladores da bancada governista. Sugere criar uma autarquia independente (Autoridade Nacional da Concorrência), prevê aplicar multas expressivas e incentivar a delação de condutas anticompetitivas.

Em relação ao anteprojeto de Lei de Defesa da Concorrência apresentado no final de setembro de 2016, cabe destacar que a transformação do âmbito concorrencial é uma das estratégias do atual governo argentino para promover o crescimento econômico do país. Neste sentido, o referido anteprojeto traz em seu texto algumas novidades significativas.

Em relação ao Marco Institucional, seria criada a Autoridade Nacional da Concorrência (ANC), como organismo autárquico. A ANC seria formada por um tribunal, composto por 5 membros concursados com mandato de 5 anos, e por secretarias de instrução.

O Regime de Sanções também seria alterado. Os atos ilícitos seriam punidos mediante multas que poderiam alcançar o dobro do valor do lucro obtido de forma ilícita, até 30% do

valor relativo ao volume de negócios existente nos mercados afetados ou mediante sanções econômicas definidas com base em critérios monetários.

As empresas envolvidas em irregularidades que eventualmente colaborassem com as investigações poderiam ser beneficiadas com a isenção ou a redução de sanções. A ideia da proposta é desenvolver um esquema progressivo de incentivo e facilitação para promover a delação de condutas anticompetitivas.

A norma ainda sugere realizar controles prévios simplificados das concentrações que não apresentarem efeitos negativos para o funcionamento do mercado, com o objetivo de desburocratizar o sistema. No mesmo sentido, os valores atualmente vigentes de processos de fusões e aquisições seriam atualizados.

Finalmente, seriam criados novos instrumentos para promover a concorrência. A Subsecretaria de Fomento da Concorrência e o Fundo de Fomento da Concorrência. A primeira teria como funções realizar pesquisas, estudos setoriais de competitividade e elaborar indicadores de comportamento competitivo do mercado, entre outras funções. Já o Fundo de Fomento, que seria administrado pela Secretaria, teria como função promover a concorrência eliminando práticas anticompetitivas.

4.) Autoridades de Aplicação das normas de Defesa da Concorrência e suas competências: análise jurisprudencial da Corte Suprema de Justiça:

4.1.) Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC):

A. Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC) é uma autarquia especializada na promoção da “defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados”, de acordo com o artigo 42 da Constituição Nacional Argentina⁴⁸⁴.

Sua missão é realizada por meio da instrução de processos por denúncias de condutas anticompetitivas e abuso de posição dominante. A CNDC analisa a estrutura dos mercados e das cadeias de controle empresarial em operações de concentração econômica, usando pesquisas de comportamento e de estruturas em determinados mercados e também por meio de recomendações pro competitivas e ações de promoção de uma cultura da concorrência.

⁴⁸⁴ Portal de Internet do Senado da República Argentina. <http://www.senado.gov.ar/Constitucion/capitulo2> Acesso em 28/10/2016.

A CNDC foi criada pela lei 22.262 em 1980⁴⁸⁵ como organismo responsável pela investigação dos atos e condutas anticompetitivas que pudessem representar prejuízo para o interesse econômico geral. A promulgação da lei 25.156 inaugurou uma nova etapa no trabalho da CNDC, pois somou atribuições ao organismo ao incorporar a análise de concentrações econômicas.

De acordo com o artigo 20 da Lei 25.156, as funções da CNDC são as seguintes⁴⁸⁶:

- a) Realizar estudos e pesquisas de mercado solicitadas pela autoridade de aplicação. Para isso poderá requerer aos particulares e autoridades nacionais, provinciais, da Cidade Autônoma de Buenos Aires ou municipais, e às associações de Defesa de Consumidores e dos usuários, a documentação e colaboração que julgar necessárias;
- b) Realizar as perícias necessárias sobre livros, documentos e demais elementos conducentes para a pesquisa, de acordo com os requerimentos da autoridade de aplicação;
- c) Emitir opinião em matéria de concorrência e livre concorrência relativa a leis, regulamentos, circulares e atos administrativos, sem que tais opiniões tenham efeito vinculante;
- d) Emitir recomendações de caráter geral ou setorial em relação às modalidades de concorrência nos mercados;
- e) Emitir parecer prévio à imposição de sanções estabelecidas no artigo 46;
- f) Desenvolver as tarefas solicitadas pela autoridade de aplicação;

Podem ser identificadas duas etapas claramente diferenciadas no trabalho da CNDC. Antes da promulgação da lei 25.156, o órgão recebia e tratava denúncias de atos e condutas que infringissem a Lei 22.262. Com o advento da Lei 25.156, a CNDC passou também a analisar fusões e aquisições.

A CNDC depende da Secretaria de Comércio, assim como a Direção Nacional de Defesa do Consumidor, a Direção de Lealdade Comercial e a Comissão Nacional de Comércio Exterior. A Secretaria de Comércio, antes vinculada ao Ministério de Economia e Finanças Públicas, passou para a órbita do Ministério de Produção da República Argentina a partir do início da gestão das autoridades nacionais eleitas em novembro de 2015^{487 488}.

4.2.) Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência (TNDC):

⁴⁸⁵ Portal de Internet da Comisión de Defensa de la Competencia. http://www.cndc.gov.ar/que_es_cndc.html Acesso em 29/10/2016

⁴⁸⁶ Artigo 20 da lei 25.156. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/texact.htm> Acesso em 29/10/2016.

⁴⁸⁷ Portal de Internet do Ministério da Fazenda e Finanças Públicas da República Argentina. <http://www.economia.gob.ar/secretarias/comercio/> Acesso em 28/10/2016

⁴⁸⁸ Portal de Internet do jornal de economia e negócios EL Cronista Comercial. Disponível em: <http://www.cronista.com/economiapolitica/Ministerio-de-Produccion-absorbera-secretaria-de-Comercio-y-otras-areas-20151125-0116.html> Acesso em 29/10/2016

A necessidade de criação de um Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência (TNDC) é um tema debatido pelo menos há duas décadas na Argentina⁴⁸⁹. O texto da Lei 25.156 introduziu esta novidade no universo jurídico do país. De acordo com o artigo 18 da citada norma, as funções e faculdades do TNDC são as seguintes⁴⁹⁰:

- a) Solicitar a realização de estudos e pesquisas de mercado que considerar pertinentes;
- b) Realizar audiências com prováveis responsáveis, denunciante, prejudicados, testemunhas e peritos, receber declarações e ordenar acareações, para o qual poderá solicitar auxílio da Força Pública;
- c) Solicitar a realização de perícias necessárias sobre livros, documentos e demais elementos necessários para as investigações;
- d) Controlar estoques, comprovar origens e custos de matérias primas ou outros bens;
- e) Impor as sanções previstas nesta lei;
- f) Promover estudos e pesquisas em matéria de concorrência;
- g) Atuar junto aos organismos competentes na negociação de tratados, acordos ou convênios internacionais em matéria de regulação ou políticas de concorrência e livre concorrência;
- h) Organizar o Registro Nacional da Concorrência;
- i) Promover e instar ações judiciais, para o qual designará representante legal;
- j) Suspender prazos processuais da presente lei por resolução fundamentada;
- k) Acessar os lugares objeto de inspeções com o consentimento dos ocupantes ou mediante ordem judicial, que será solicitada ao juiz competente, que deverá decidir no prazo de (24) horas;
- l) Solicitar ao juiz competente as medidas cautelares que estimar pertinentes, que deverão ser resolvidas no prazo de (24) horas;
- m) Assinar convênios com organismos provinciais, municipais para a habilitação de escritórios de recebimento de denúncias;
- n) Promover acordos entre as partes;
- ñ) Assinar convênios com associações de usuários e consumidores para promover a participação das associações comunitárias na defesa da concorrência e a transparência dos mercados.

Apesar da determinação legal, até hoje o TNDC não foi constituído. O Senado da Nação Argentina⁴⁹¹ e a Câmara de Deputados já manifestaram interesse favorável em relação à constituição do tribunal⁴⁹². Na prática, as funções do TNDC são exercidas pela Secretaria de Comércio a partir das recomendações formuladas pela CNDC. Esta situação caracteriza um

⁴⁸⁹ MARCHESINI, Dardo. Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontifícia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Junho de 1998. Pgs. 33. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> Acesso em 29/10/2016. Pg. 41.

⁴⁹⁰ Artigo 18 da lei 25.156. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/texact.htm> Acesso em 28/10/2016.

⁴⁹¹ Portal de Internet do Senado da República Argentina. Disponível em: http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&nro_comision=&tipo=PL&numexp=3897/13&tConsulta=3 Acesso em 29/10/2016,

⁴⁹² Portal de Internet da Câmara dos Deputados da República Argentina <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5351-D-2014> Acesso em 29/10/2016.

controle político por parte do Poder Executivo Nacional acerca das decisões relativas à Defesa da Concorrência no país⁴⁹³.

Mesmo com a disposição legal no sentido de constituir o TNDC, até o presente momento⁴⁹⁴ o tribunal não foi formado. Ao longo dos últimos anos, questões relativas à correta delimitação da competência da CNDC e do TNCD suscitaram vários debates jurídicos. Por se tratarem de casos de interpretação de lei federal, muitos deles chegaram até o máximo tribunal do país: a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (CSJN).

Segundo jurisprudência do referido colegiado, mais especificamente em acórdão publicado em junho de 2007 relativo a caso julgado durante a vigência da lei 22.262 (de 1980), a CSJN declarou que:

Até a constituição do Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência criado pela lei 25.156, a instrução e investigação das infrações à lei 22.262 são poderes da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, como também a de emitir os pareceres pertinentes que indiquem e aconselhem a autoridade administrativa competente, quando a lei assim prever, o tratamento a seguir nas autuações, mas o poder resolutorio desde procedimentos, por meio da elaboração de atos administrativos, corresponde ao Secretário de Coordenação Técnica do Ministério de Economia e Produção⁴⁹⁵.

O caso que deu ensejo ao referido pronunciamento trata de lide originada após interposição de recurso contra decisão de autoridade vinculada ao então Ministério de Economia e Produção. A determinação foi aplicar multa por atitude anticompetitiva a uma empresa do setor bancário. O apelo foi provido, declarando a incompetência do órgão emissor com base em interpretação do artigo 58 da lei 25.156⁴⁹⁶. O tribunal de segunda instância entendeu que, considerando a inexistência do TNDC, caberia à CNDC impor a multa exigida pelo Ministério de Economia e Produção. O Estado recorreu à última instância e alegou que, até a constituição do TNDC, a competência relativa ao tema é da “autoridade de aplicação” citada na lei 22.262. Esta teria caráter dual, formada pela CNDC e pelo Ministério de Economia e Produção. Também alegava que, enquanto o TNDC não estivesse formado, o procedimento

⁴⁹³ Portal de Internet do jornal El Clarín. Disponível em: http://www.clarin.com/politica/Reclaman-forme-Tribunal-Competencia_0_1169283220.html Acesso em 29/10/2016.

⁴⁹⁴ Outubro de 2016.

⁴⁹⁵ Argentina. *Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: defensa de la competencia, defensa del consumidor, lealtad comercial. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2014. E-Book. ISBN 978-987-1625-28-4. Pg. 306. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/data/defcom.pdf> Acesso em 29/10/2016.*

⁴⁹⁶ Artigo 58 – Lei 25.156: “Revoga-se a lei 22.262. Não obstante, as causas em trâmite na data de entrada em vigor da presente lei continuarão tramitando de acordo com suas disposições perante o órgão de aplicação da referida norma. Mesmo assim, entenderá em todas as causas promovidas a partir da vigência desta lei, de acordo com a disposição dos artigos 19 e 20.

disposto na lei 22.262 deveria ser mantido. A CSJN decidiu pela procedência do recurso apresentado pelo Estado.

A partir da análise do caso anterior, observa-se que a CSJN divide as atividades de instrução e investigação das atividades resolutórias. Enquanto as primeiras seriam de responsabilidade da CNDC; uma autarquia, as últimas dependeriam de autoridade vinculada ao Poder Executivo (o Ministério de Economia e Produção, à época da publicação do acórdão; e, atualmente, o Ministério de Produção).

Mais recentemente, e no mesmo sentido, a CSJN voltou a se pronunciar acerca da competência da CNDC e do ainda não criado TNDC⁴⁹⁷ em acórdão publicado no mês de abril de 2015. A seguir, o caso em questão será brevemente resumido.

A CNDC, entendendo estar diante de medida anticompetitiva, emitiu resolução ordenando que uma determinada rede de centros comerciais anulasse uma suspensão de descontos oportunamente fornecidos aos seus clientes. A empresa atacou a decisão da CNDC alegando que não correspondia à referida comissão ordenar esse tipo de abstenção da conduta. Referiu-se ao artigo 35 da lei 25.156, que diz:

“O tribunal, em qualquer estado do procedimento poderá impor o cumprimento de condições que estabelecer ou ordenar o término ou a abstenção da conduta lesiva. Quando for possível causar um grave prejuízo ao regime de concorrência poderá ordenar as medidas que segundo as circunstâncias fossem mais aptas para prevenir esse prejuízo. Contra essa resolução poderá ser interposto recurso de apelação com efeito devolutivo, na forma e nos termos previstos nos artigos 52 e 53”.

Em segunda instância, foi dado provimento ao pedido da ré sob a alegação de que a medida cautelar prevista no artigo 35 da lei 25.156 tem natureza jurisdicional. De tal forma, não correspondia às atribuições transitórias conferidas à CNDC. A defesa argumentou que a cautelar deveria ter sido provida por juiz competente, e não pela CNDC.

Inconformado com a referida decisão, o Estado interpôs Recurso Extraordinário alegando erro de interpretação de lei federal por parte do tribunal de segunda instância. Afirmou que, até a criação do TNDC, a autoridade encarregada de defender a concorrência contra distorções de mercado é a CNDC. Esta comissão teria a responsabilidade de cumprir o disposto pelo artigo 42 da Constituição Argentina.

⁴⁹⁷ Portal de Internet do Centro de Informação Judicial – Agência de Notícias do Poder Judicial da República Argentina. Disponível em: <http://www.cij.gov.ar/nota-15609-La-Corte-revoc--resoluciones-de-la-Comisi-n-Nacional-de-Defensa-de-la-Competencia.html>. Disponível em: <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/ADJ-0.513587001429038330.pdf> Acesso em 29/10/2016.

Finalmente, a CSJN decidiu de acordo com seus antecedentes jurisprudenciais relativos ao tema. Diferenciou as tarefas de investigação, instrução e assessoramento; que devem estar sob o âmbito de competência da CNDC, e a atividade resolutiva. Esta última, até a formação do TNDC, cabe à Secretaria de Comércio.

5.) Considerações Finais:

As primeiras legislações acerca da Defesa da Concorrência na Argentina foram criadas no início do século XX e tinham como objetivo combater os trustes. Ao longo dos anos, transformações econômicas e políticas ocorridas no país geraram a necessidade de criar novas regulamentações.

Um dos pontos mais polêmicos referentes ao tema tem sido a falta de iniciativa do Poder Executivo em colocar em prática o disposto pela lei 25.156 e constituir o TNDC. Esta atitude demonstra o desinteresse em contar com uma corte autônoma para atuar no âmbito da Defesa da Concorrência. Desde 1999, ano de criação da norma, o Executivo concentra poder ao permitir que as decisões sejam tomadas pela Secretaria de Comércio. O tema aparentemente não terá fácil solução, dado que as atuais autoridades sugerem criar nova agência autárquica para disciplinar a concorrência (a Agência Nacional da Concorrência).

O Poder Executivo argentino se mostra hoje decidido a valorizar a Defesa da Concorrência como forma de incentivar o crescimento econômico do país. Neste sentido, anteprojeto de Lei de Defesa da Concorrência foi recentemente apresentado ao Congresso Nacional. A proposta tem como fundamento atualizar a normativa vigente e as instituições de defesa da concorrência, visando otimizar o sistema atual.

Atualmente, estamos diante de uma visível melhoria nas relações econômico-comerciais entre o Brasil e a Argentina em um momento de transformações profundas nas estruturas produtivas de ambos os países. Ao mesmo tempo, as autoridades argentinas e o setor privado do país reconhecem a necessidade de adaptar o sistema concorrencial para promover modificações na economia nacional. Este esforço se materializou recentemente no citado anteprojeto de lei, cuja tramitação deverá ser seguida com atenção pela comunidade jurídica.

6. Referências

ALICEWEB - Sistema de Análise das Informações de Comércio Exterior – Secretaria de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Brasil (MDIC). Disponível em: <http://aliceweb.desenvolvimento.gov.br>. Acesso em 30/10/2016.

ARGENTINA: *Secretaria de Jurisprudência da Corte Suprema de Justiça defesa da concorrência, defesa do consumidor, lealdade comercial.* – 1ª Ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justiça, 2014. E-Book. ISBN 978-987-1625-28-4. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/data/defcom.pdf>. Acesso em 29/10/2016.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia.* Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1983. 880 p.

CENTRO DE INFORMAÇÃO JUDICIAL– Agência de Notícias do Poder Judicial Argentino. Disponível em: <http://www.cij.gov.ar>. Acesso em 27/10/2016.

CNDC: Portal de Internet da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência da República Argentina (CNDC) Disponível em: <http://www.cndc.gov.ar>. Acesso em 30/10/2016.

FARGOSI. Portal de Internet do escritório Disponível em: <http://www.fargosi.com.ar>. Acesso em 28/10/2016.

FAUSTO, Boris e DEVOTO, Fernando. *Brasil e Argentina – Um Ensaio de História Comparada* (1850 – 2002). São Paulo: Editora 34, 2005. 574 p.

FIESP: Portal de Internet da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo Disponível em: <http://www.fiesp.com.br>. Acesso em 30/10/2016.

IProfesional. Disponível em: <http://www.iprofesional.com>. Acesso em 27/10/2016.

LAMBERT, Ariel D: El Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia *Revista Argentina de Derecho Empresario N° 1.* Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361> Acesso em 30/10/2016.

MARCHESINI, Dardo: Defensa de la Competencia y Control de los Monopolios. *Prudentia Iuris – Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Pontifícia Universidade Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*. Nº 46. Junho de 1998. Pgs. 31 a 41. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia46.pdf> Acesso em 29/10/2016.

MARVAL, O'FARREL, MAIRAL. Portal de Internet do escritório. Disponível em: <http://www.marval.com.ar>. Acesso em 30/10/2016.

TUDO SOBRE LA CORTE. Disponível em: <http://www.todosobrelacorte.com/> Acesso em 30/10/2016.

UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development: World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 29/10/2016.